

RESEARCH OUTPUTS / RÉSULTATS DE RECHERCHE

Décisions de l'APD irlandaise contre Meta

Rappe, Martin

Published in:

Revue du Droit des Technologies de l'information

Publication date:

2023

Document Version

le PDF de l'éditeur

[Link to publication](#)

Citation for pulished version (HARVARD):

Rappe, M 2023, 'Décisions de l'APD irlandaise contre Meta: qui fait l'objet de publicité comportementale doit-il toujours consentir ?', note d'observations sous Data Protection Commission, 31 décembre 2022', *Revue du Droit des Technologies de l'information*, numéro 90, pp. 49-78.

General rights

Copyright and moral rights for the publications made accessible in the public portal are retained by the authors and/or other copyright owners and it is a condition of accessing publications that users recognise and abide by the legal requirements associated with these rights.

- Users may download and print one copy of any publication from the public portal for the purpose of private study or research.
- You may not further distribute the material or use it for any profit-making activity or commercial gain
- You may freely distribute the URL identifying the publication in the public portal ?

Take down policy

If you believe that this document breaches copyright please contact us providing details, and we will remove access to the work immediately and investigate your claim.

JURISPRUDENCE

Complaint. As discussed below, I further expressed the view that other provisions of the GDPR (such as transparency, which I consider at Issue 3) act to strictly regulate the manner in which this service is to be delivered, and the information that should be given to users.

4.56. [...] [A]s directed by the EDPB further to the Article 65 Decision, I find that Facebook was not entitled to rely on Article 6(1)(b) GDPR to process the Complainant's personal data for the purpose of behavioural advertising in the context of the Facebook Terms of Service.

Finding 2: I find that Facebook was not entitled to rely on Article 6(1)(b) GDPR to process the Complainant's personal data for the purpose of behavioural advertising in the context of the Facebook Terms of Service.

[...]

OBSERVATIONS¹

Décisions de l'APD irlandaise contre Meta : qui fait l'objet de publicité comportementale doit-il toujours consentir ?

I. CONTEXTE ET HISTORIQUE DÉCISIONNEL

A. Faits et manquements allégués

1. Contexte

1. En avril 2018, anticipant l'entrée en vigueur du Règlement général sur la protection des données², Facebook Irlande (entretemps devenu Meta Irlande) modifie les conditions d'utilisation de ses services de réseaux sociaux

Facebook³ et Instagram⁴. Le groupe propose aux utilisateurs de ces deux plateformes d'entrer dans un processus leur donnant la possibilité de prendre connaissance de ces conditions⁵. Une fois la dernière étape du processus atteinte, ils doivent accepter les nouvelles conditions ou supprimer leur compte⁶. À ce même stade, différents liens renvoient aux textes complets des conditions, de la politique de confidentialité et de la politique concernant l'utilisation de cookies⁷.

¹ Martin Rappe est chercheur au CRIDS (NaDI) et consultant en protection des données et en sécurité de l'information (www.keystone-solutions.be).

² Règlement (UE) du Parlement européen et du Conseil du 27 avril 2016 relatif à la protection des personnes physiques à l'égard du traitement des données à caractère personnel et à la libre circulation de ces données, et abrogeant la directive 95/46/CE (règlement général sur la protection des données) (ci-après le «Règlement» ou le «RGPD»), *J.O.*, L 119/1, 4 mai 2016.

³ Autorité de protection des données irlandaise, 31 décembre 2022, décision faisant suite à l'enquête n° IN-18-5-5 (ci-après «décision *Facebook*»), point 2.2.

⁴ Autorité de protection des données irlandaise, 31 décembre 2022, décision faisant suite à l'enquête n° IN-18-5-7 (ci-après «décision *Instagram*»), point 8.

⁵ Autorité de protection des données irlandaise, décision *Facebook* précitée, point 2.5 et décision *Instagram* précitée, point 9.

⁶ Autorité de protection des données irlandaise, décision *Facebook* précitée, point 2.9 et décision *Instagram* précitée, point 10.

⁷ Autorité de protection des données irlandaise, décision *Facebook* précitée, point 2.3 et décision *Instagram* précitée, point 9.

2. À la suite de l'introduction de plaintes par None of Your Business (« Noyb »)⁸ en mai 2018, au nom de deux utilisateurs des services offerts par Meta, l'Autorité de protection des données irlandaise (« DPC ») ouvre une enquête au mois d'août de la même année.

2. Le consentement « forcé »

3. Le premier reproche formulé par l'association autrichienne provient du caractère absolu des options proposées par Meta à ses utilisateurs. Selon les représentants des plaignants, le consentement obtenu de la part des personnes concernées a été « forcé » dès lors qu'elles ont dû accepter la totalité des traitements de données à caractère personnel listés par la politique de confidentialité pour ne pas perdre leurs accès à Facebook ou à Instagram⁹.

3. Les traitements de données à des fins de publicité comportementale, fondés sur l'article 6 (1) (b) du RGPD

4. Meta a également entendu traiter les données à caractère personnel de ses utilisateurs pour leur fournir « une expérience personnalisée », en se fondant sur la nécessité du traitement à l'exécution du contrat pour ce faire. Cela incluait le fait de leur « montrer des annonces, offres et autres contenus sponsorisés pour les aider à découvrir des produits, contenus et services »¹⁰. Or, selon Noyb, ces traitements n'étaient en réalité pas nécessaires à l'exécution du contrat conclu entre les personnes concernées et l'entreprise en cause.

4. Le manque de transparence

5. Finalement, selon Noyb, Meta aurait manqué de transparence dans l'information fournie quant aux bases de licéité sur laquelle elle se fondait au regard de chaque traitement poursuivi individuellement¹¹. Dans les développements qui suivent, cet élément n'est toutefois pas abordé plus avant, la présente contribution tendant principalement à mettre en évidence les discussions relatives au choix de l'article 6 (1) (b) comme base de licéité pour légitimer les traitements de données effectués à des fins de publicité comportementale¹².

B. Le processus décisionnel

6. En 2021, soit trois ans après l'introduction des plaintes, la DPC (qui est l'autorité chef de file dans cette affaire), a dévoilé ses projets de décisions¹³. Elle a invité Meta et Noyb à les commenter, dans la foulée¹⁴. Les différentes positions exprimées ont ensuite été partagées avec les autres autorités de protection des données concernées, conformément à l'article 60 (3) du RGPD¹⁵.

⁸ Association fondée par Max Schrems et qui poursuit diverses initiatives, notamment dans le but de maximiser la défense effective des droits et intérêts des personnes concernées (www.noyb.eu).

⁹ Autorité de protection des données irlandaise, décision *Facebook* précitée, point 2.9 et décision *Instagram* précitée, point 16.

¹⁰ Autorité de protection des données irlandaise, décision *Facebook* précitée, point 4.38.

¹¹ Pour le surplus, voy. not. Autorité de protection des données irlandaise, décision *Facebook* précitée, points 5.6 et s.

¹² C'est également la raison pour laquelle nous ne traitons pas du troisième cas soumis à la DPC à la même période, qui concernait WhatsApp et qui posait des questions similaires dans le cadre de finalités en lien avec l'amélioration des services existants et le maintien des standards de sécurité.

¹³ Le projet de décision *Facebook* est dévoilé le 14 mai 2021 tandis que le projet de décision *Instagram* l'est le 23 décembre de la même année.

¹⁴ Comité européen pour la protection des données, 5 décembre 2022, décision contraignante n° 3/2022, p. 6.

¹⁵ Comité européen pour la protection des données, décision contraignante n° 3/2022 précitée, p. 6. Notez que la décision ne donne pas de liste exhaustive des autorités qui étaient en l'espèce concernées.

JURISPRUDENCE

7. Plusieurs d'entre elles¹⁶ ont alors formulé des objections¹⁷ auxquelles l'autorité irlandaise a répondu, sans que cela n'ait suffi à toutes¹⁸ les satisfaire¹⁹. La DPC, ayant décidé de ne pas suivre les objections de certaines de ses consœurs, a ensuite soumis les deux affaires en cause au mécanisme de contrôle de la cohérence visé à l'article 63 du RGPD²⁰. En conséquence, elles ont été renvoyées au Comité européen pour la protection des données (ci-après «CEPD» ou «le Comité»).

8. Le 5 décembre 2022, le Comité a adopté deux décisions contraignantes²¹ à la majorité simple de ses membres²². Notons que seules

cinq décisions avaient jusqu'alors été adoptées sur la base de ce mécanisme²³⁻²⁴.

9. Enfin, la DPC a adopté, conformément au prescrit de l'article 65 (6) du RGPD, ses décisions finales le 31 décembre 2022. Des différences significatives existent entre la position initiale de l'Autorité de protection des données irlandaise et celle adoptée par le CEPD dans ses décisions contraignantes, que l'autorité chef de file a ensuite dû faire sienne. Nous les mettons en lumière dans les développements qui suivent.

II. LES POSITIONS QUANT AU FOND DES DIFFÉRENTS ACTEURS IMPLIQUÉS

10. Nous analysons, dans un premier temps, le contenu des projets de décisions initialement élaborés par la DPC. Nous nous penchons ensuite sur celui des décisions contraignantes du CEPD. Enfin, nous évoquons les possibles conséquences juridiques et économiques que pourraient avoir ces affaires²⁵.

¹⁶ Il s'agissait des autorités autrichienne, allemande, finlandaise, française, italienne, néerlandaise, norvégienne, polonaise, portugaise et suédoise. Comité européen pour la protection des données, décision contraignante n° 3/2022 précitée, p. 6.

¹⁷ De nombreuses objections étaient liées au fait que l'autorité irlandaise ait considéré que Meta n'avait pas violé l'article 6 (1) (b) du RGPD. Pour le surplus, voy. Comité européen pour la protection des données, décision contraignante n° 3/2022 précitée, points 41-61.

¹⁸ Les autorités autrichienne, allemande, norvégienne, italienne, française et néerlandaise ont maintenu leurs objections. Comité européen pour la protection des données, décision contraignante n° 3/2022 précitée, p. 6.

¹⁹ Comité européen pour la protection des données, décision contraignante n° 3/2022 précitée, pp. 6-7.

²⁰ En application de l'article 60 (4) du règlement. Voy. Comité européen pour la protection des données, décision contraignante n° 3/2022 précitée, p. 7.

²¹ Conformément à l'article 65 (1) (a) RGPD. Voy. Comité européen pour la protection des données, décision contraignante n° 3/2022 précitée et Comité européen pour la protection des données, 5 décembre 2022, décision contraignante n° 4/2022.

²² Nous le soulignons puisque les décisions contraignantes doivent en principe être prises à la majorité des deux tiers. Dans le cas d'espèce, il a été fait application de l'article 65 (3) du RGPD qui permet d'allonger le délai de prise de décision et de réduire le *quorum* du vote à la majorité simple.

²³ Comité européen pour la protection des données, «Binding decisions», disponible sur https://edpb.europa.eu/our-work-tools/consistency-findings/binding-decisions_en, consulté le 23 février 2023.

²⁴ Des divergences importantes entre les interprétations de la DPC et celles de ses homologues sont toutefois régulièrement mises en évidence. Il est donc probable que les recours à l'article 65 du RGPD soient amenés à se multiplier dans le cadre d'affaires dans lesquelles l'autorité de protection des données irlandaise est l'autorité chef de file. La récente amende record imposée à Meta, par suite indirecte de la décision contraignante n° 1/2023, en témoigne.

²⁵ Notez que la présente contribution a été majoritairement rédigée durant le premier semestre de l'année 2023. Elle n'a donc pas pour objectif d'analyser pleinement l'arrêt *Meta Platforms*, rendu le 4 juillet 2023 par la Cour de justice. Nous commentons cependant les paragraphes de l'arrêt qui sont directement en lien avec la problématique traitée au point III.

A. Les projets de décisions de la DPC

1. Sur l'existence d'un consentement forcé

11. Le premier argument mis avant par Noyb consiste à dire que Meta a en réalité cherché à obtenir le consentement de la part de ses utilisateurs pour le traitement de leurs données à caractère personnel²⁶. Les représentants des plaignants avancent, subsidiairement, que même si tel n'était pas le cas, la défenderesse ne disposait d'aucune autre base légale lui permettant de justifier les traitements de données effectués²⁷. Meta se fondait donc *de facto* sur l'article 6 (1) (a)²⁸. L'association considère en outre que le consentement avait été « forcé ». Il ne pouvait avoir été librement donné et ne pouvait être aisément retiré parce que son obtention avait été intégrée aux dispositions d'un contrat²⁹.

12. À l'appui de ses prétentions, Noyb relève notamment que le *design* du processus d'acceptation des nouvelles conditions, qu'elle estime trompeur, participait à faire croire à l'utilisateur moyen qu'il ne signait pas simplement un contrat mais consentait, en outre, à ce que Meta traite ses données à caractère personnel dans le cadre de la poursuite de plusieurs finalités³⁰.

13. Meta s'en défend et argue que l'accord donné quant à la conclusion du contrat était tout à fait séparé d'une éventuelle forme de consentement à un traitement de données³¹. La partie défenderesse rappelle également que le consentement n'est qu'une des six bases de licéité permettant de légitimer un traitement de données, que le responsable de traitement est en droit d'envisager de façon alternative³². Elle confirme donc n'avoir jamais entendu fonder les traitements incriminés sur cette base de licéité³³.

14. Dans ses projets de décisions, la DPC tranche en faveur de ce second point de vue. Adoptant une approche en deux étapes, elle vérifie d'une part si (i) Meta entendait factuellement se fonder sur le consentement comme base de licéité dans les deux cas d'espèce et, d'autre part, si (ii) elle aurait pu être obligée de le faire, comme le considère la partie demanderesse³⁴. Il n'y a guère de doute quant à la réponse à apporter à la première question, selon l'autorité de contrôle, dès lors que le responsable du traitement précise lui-même n'avoir jamais entendu se fonder l'article 6 (1) (a)³⁵. Quant au second point de la réflexion, elle confirme d'abord que l'article 6 du RGPD ne prévoit aucune hiérarchie entre les bases de licéité³⁶. Elle poursuit ensuite en précisant qu'aucune de ses dispositions ne requiert que

²⁶ Autorité de protection des données irlandaise, décision *Facebook* précitée, point 3.1 et décision *Instagram* précitée, point 39.

²⁷ Autorité de protection des données irlandaise, décision *Facebook* précitée, points 3.14, 3.15 et 3.20 et décision *Instagram* précitée, points 47-49.

²⁸ Autorité de protection des données irlandaise, décision *Facebook* précitée, points 3.14, 3.15 et 3.20 et décision *Instagram* précitée, points 47-49.

²⁹ Autorité de protection des données irlandaise, décision *Facebook* précitée, point 3.25.

³⁰ Autorité de protection des données irlandaise, décision *Facebook* précitée, point 3.2 et décision *Instagram* précitée, point 40.

³¹ Autorité de protection des données irlandaise, décision *Facebook* précitée, point 3.5 et décision *Instagram* précitée, points 41-43.

³² Autorité de protection des données irlandaise, décision *Facebook* précitée, point 3.10 et décision *Instagram* précitée, point 53.

³³ Autorité de protection des données irlandaise, décision *Facebook* précitée, point 3.6.

³⁴ Autorité de protection des données irlandaise, décision *Facebook* précitée, point 3.3.

³⁵ Autorité de protection des données irlandaise, décision *Facebook* précitée, point 3.8 et décision *Instagram* précitée, point 45.

³⁶ Autorité de protection des données irlandaise, décision *Facebook* précitée, point 3.17 et décision *Instagram* précitée, point 51.

les traitements de données effectués dans certains contextes particuliers se fondent sur le consentement³⁷.

15. Pour le surplus, la DPC considère que l'argument selon lequel le consentement des utilisateurs aurait pu être forcé ne peut avoir de pertinence que si le responsable du traitement entend se fonder sur cette base de licéité pour légitimer le(s) traitement(s) effectué(s). Elle ne l'accepte donc pas non plus *in casu*³⁸.

2. Sur le caractère nécessaire à l'exécution du contrat de la publicité comportementale

16. Parmi les questions soulevées par les affaires commentées, c'est sans doute celle relative à l'exécution du contrat pour justifier certains traitements de données qui a été la plus mise en avant³⁹. Plus précisément, cette question porte sur le fait de savoir si Meta pouvait se baser sur la nécessité à l'exécution du contrat conclu avec les utilisateurs de ses services, pour traiter leurs données à des fins de publicité comportementale⁴⁰.

17. Noyb considère qu'il faut y répondre par la négative. Pour elle, l'application de l'ar-

ticle 6 (1) (b) ne s'envisage que si le traitement de données visé est « strictement nécessaire » à l'exécution du contrat⁴¹. Chaque contrat contient en son cœur un noyau dur d'obligations qui peut être identifié par référence à la commune intention des parties⁴². Ce noyau dur doit être distingué d'autres éléments accessoires⁴³ qui seraient intégrés à l'accord écrit, sans pour autant être nécessaires à la réalisation de l'objet du contrat⁴⁴.

18. Dans le cas des conditions d'utilisation de Facebook et Instagram, Noyb estime que la personnalisation des *posts* et des fonctionnalités de communication est au cœur du contrat mais pas la publicité comportementale⁴⁵. Le simple fait que les termes de l'accord visent le traitement de données à caractère personnel aux fins de fournir ce type de publicité ne suffit pas à rendre ce traitement nécessaire à l'exécution dudit contrat⁴⁶. À cet égard, les plaignants se réfèrent à des lignes directrices publiées par le CEPD, qui précisent qu'« [e]n règle générale, le traitement de données à caractère personnel à des fins de publicité comportementale n'est pas nécessaire à l'exécution d'un contrat de

³⁷ Autorité de protection des données irlandaise, décision *Facebook* précitée, point 3.18 et décision *Instagram* précitée, point 54.

³⁸ Autorité de protection des données irlandaise, décision *Facebook* précitée, point 3.25 et décision *Instagram* précitée, point 62.

³⁹ Voy., par exemple, V. MANANCOURT, « € 390M fine strikes blow to Meta's ad-fueled business model », disponible sur <https://www.politico.eu/article/meta-fine-ad-business-model/#:~:text=Meta%20faces%20%E2%82%AC390%20million,body%20over%20claims%20of%20overreach.>, publié le 4 janvier 2023, consulté le 1^{er} mars 2023.

⁴⁰ Le propos était initialement plus large mais a été recentré sur ce point spécifique par la DPC durant le processus décisionnel. Voy. Autorité de protection des données irlandaise, décision *Facebook* précitée, point 4.9.

⁴¹ Autorité de protection des données irlandaise, décision *Facebook* précitée, point 4.10 et décision *Instagram* précitée, point 80.

⁴² Autorité de protection des données irlandaise, décision *Facebook* précitée, point 4.11.

⁴³ Les représentants des parties demandereses parlent de « descriptions factuelles neutres ». Voy. Autorité de protection des données irlandaise, décision *Facebook* précitée, point 4.17.

⁴⁴ Autorité de protection des données irlandaise, décision *Facebook* précitée, point 4.17.

⁴⁵ Autorité de protection des données irlandaise, décision *Facebook* précitée, point 4.11 et décision *Instagram* précitée, point 81.

⁴⁶ Autorité de protection des données irlandaise, décision *Facebook* précitée, point 4.39.

services en ligne [...]»⁴⁷. Noyb argumente donc dans le même sens⁴⁸.

19. Selon Meta, il s'agit au contraire d'interpréter le RGPD plus largement, pour laisser une place suffisante à la liberté contractuelle⁴⁹. Le traitement ne doit pas forcément être « essentiel » à l'exécution du contrat pour que l'application de l'article 6 (1) (b) soit envisageable⁵⁰. Étant donné que la publicité comportementale assure un financement continu et le développement des services au bénéfice des utilisateurs, ce doit être suffisant pour considérer qu'elle est au cœur des services fournis⁵¹.

20. De manière générale, la DPC tente de restreindre la portée de ses décisions en rappelant à de multiples reprises qu'elles ne portent que sur le contrat conclu spécifiquement entre Meta et ses utilisateurs⁵². Ce faisant, elle donne raison au groupe américain. Cela lui permet aussi de s'écarter du contenu des lignes directrices du CEPD mentionnées par les plaignants et leurs représentants. L'Autorité de protection des données irlandaise rappelle par ailleurs que les questions relatives à l'interprétation et l'évaluation de la validité des contrats ne

sont pas de son ressort⁵³ et qu'elle se doit de se borner à l'analyse de ce que signifie être (i) « nécessaire », (ii) « à l'exécution », (iii) « d'un contrat »⁵⁴. Ainsi précise-t-elle qu'un contrat est « exécuté » lorsque chacune des parties s'est déchargée des obligations contractuelles qui sont les siennes⁵⁵. Le concept de « nécessité » doit quant à lui être analysé par rapport aux obligations essentielles des parties, non par rapport à l'ensemble de l'accord écrit⁵⁶. Sur ces points, elle semble donc aller dans le sens des plaignants.

21. Cependant, tandis que les plaignants et leurs représentants évaluent les éléments qui sont nécessaires à la fourniture de services de réseaux sociaux en général, la DPC estime pour sa part qu'il s'agit uniquement de déterminer les éléments nécessaires à la fourniture des services qui sont au cœur des contrats conclus entre Meta et ses utilisateurs, *in concreto*⁵⁷. En l'espèce, l'autorité est d'avis que la proposition d'annonces personnalisées est intrinsèquement liée au *business model* des plateformes de Meta, particulièrement lorsqu'on sait que l'utilisateur ne paye pas pour bénéficier des services qu'elles offrent⁵⁸. Selon la DPC, compte tenu

⁴⁷ Comité européen pour la protection des données, Lignes directrices 2/2019 sur le traitement des données à caractère personnel au titre de l'article 6, paragraphe 1, point b), du RGPD dans le cadre de la fourniture de services en ligne aux personnes concernées, 8 octobre 2019, p. 16.

⁴⁸ Autorité de protection des données irlandaise, décision *Facebook* précitée, points 4.35 et 4.39 et décision *Instagram* précitée, point 97.

⁴⁹ Autorité de protection des données irlandaise, décision *Facebook* précitée, point 4.21.

⁵⁰ Autorité de protection des données irlandaise, décision *Facebook* précitée, points 4.22 et 4.23 et décision *Instagram* précitée, point 85.

⁵¹ Autorité de protection des données irlandaise, décision *Facebook* précitée, point 4.23 et 4.39.

⁵² Voy. par exemple Autorité de protection des données irlandaise, décision *Facebook* précitée, points 4.12, 4.21, 4.29, 4.31, 4.32 et points 4.41 à 4.43 et décision *Instagram* précitée, point 87.

⁵³ Autorité de protection des données irlandaise, décision *Facebook* précitée, points 4.13, 4.14 et 4.16 et décision *Instagram* précitée, point 87.

⁵⁴ Autorité de protection des données irlandaise, décision *Facebook* précitée, point 4.26 et décision *Instagram* précitée, point 87.

⁵⁵ Autorité de protection des données irlandaise, décision *Facebook* précitée, point 4.27 et décision *Instagram* précitée, point 88.

⁵⁶ Autorité de protection des données irlandaise, décision *Facebook* précitée, point 4.27 et décision *Instagram* précitée, point 89.

⁵⁷ Autorité de protection des données irlandaise, décision *Facebook* précitée, point 4.32 et décision *Instagram* précitée, point 95.

⁵⁸ Autorité de protection des données irlandaise, décision *Facebook* précitée, points 4.40 et 4.41 et décision *Instagram* précitée, points 105 et 107.

JURISPRUDENCE

des débats publics et médiatiques se tenant dans ce domaine, un utilisateur raisonnable ne peut ignorer qu'il s'agit là de la nature profonde desdits services⁵⁹.

22. L'autorité réfute également l'argument avancé par Noyb selon lequel un traitement n'est nécessaire à l'exécution d'un contrat que si le fait de ne pas le conduire rend impossible l'exécution de l'accord dans sa globalité⁶⁰. Elle répète, à cet égard, que la nécessité doit seulement être évaluée au regard du noyau dur des obligations des parties, et non en référence au contenu du contrat dans son entièreté⁶¹.

23. Elle en conclut que l'article 6 (1) (b) n'empêche pas Meta de se fonder sur cette base de licéité pour légitimer les traitements de données qu'elle effectue à des fins de publicité personnalisée dans le cadre des contrats conclus avec ses utilisateurs⁶².

B. La mise au point par le Comité européen pour la protection des données

24. Cette position de la DPC, favorable à Meta, ne fut pas suivie par le Comité européen pour la protection des données.

1. L'importance donnée à la compréhension de l'utilisateur raisonnable

25. Dans ses décisions, le Comité développe une réflexion préliminaire ayant trait à la question de savoir si l'utilisateur raisonnable

pouvait comprendre que son acceptation des conditions d'utilisation impliquait nécessairement un ciblage à des fins publicitaires⁶³. Dans cette optique, il déplore que la DPC ne se soit pas intéressée au fonctionnement technique du système de publicité comportementale mis en place par Meta⁶⁴.

26. Il regrette également que le contenu du sondage de l'institut Gallup, mis en avant par les plaignants dans le cadre de l'affaire concernant Facebook, n'ait pas fait partie de la section relative aux faits dans le projet de décision⁶⁵. Selon le Comité, il donne pourtant de précieuses indications quant à la perception des utilisateurs en dévoilant notamment que seuls 1,6 à 2,5 % des répondants utilisant le réseau social étaient conscients de faire l'objet de publicité comportementale à la suite de la conclusion d'un contrat⁶⁶.

2. Sur le second argument

27. Suite à cela, le CEPD commence par analyser la réponse donnée par la DPC sur la possibilité de justifier les traitements effec-

⁵⁹ Autorité de protection des données irlandaise, décision *Facebook* précitée, point 4.39 et décision *Instagram* précitée, point 108.

⁶⁰ Autorité de protection des données irlandaise, décision *Facebook* précitée, point 4.40 et décision *Instagram* précitée, point 109.

⁶¹ Autorité de protection des données irlandaise, décision *Facebook* précitée, point 4.47 et décision *Instagram* précitée, point 110.

⁶² Autorité de protection des données irlandaise, décision *Facebook* précitée, point 4.51 et décision *Instagram* précitée, point 114.

⁶³ Comité européen pour la protection des données, décision contraignante n° 3/2022 précitée, point 96 et décision contraignante n° 4/2022 précitée, point 100.

⁶⁴ Comité européen pour la protection des données, décision contraignante n° 3/2022 précitée, point 96 et décision contraignante n° 4/2022 précitée, point 100. Notons qu'une telle analyse a été réalisée par l'autorité belge de la protection des données dans le cadre la décision sur le fond 21/2022 du 2 février 2022, n° DOS-2019-01377 (concernant IAB). Pour un commentaire détaillé de cette dernière décision, voy. J. EYNARD et M. PRUDET, « Une opaque publicité : au sujet des enchères en temps réel en ligne », *R.D.T.I.*, n° 88-89, 2022, pp. 117-133.

⁶⁵ Comité européen pour la protection des données, décision contraignante n° 3/2022 précitée, point 97.

⁶⁶ Comité européen pour la protection des données, décision contraignante n° 3/2022 précitée, point 97. Pour plus de précisions, voy. l'information simplifiée que donne Noyb au sujet de ce sondage : Gallup Institut, « Informal translation. Facebook and advertising-user-insights: a quantitative study », novembre 2019, p. 9, disponible sur https://noyb.eu/sites/default/files/2020-05/Gallup_Facebook_EN.pdf.

tués à des fins de publicité comportementale sur base de la nécessité à l'exécution du contrat. Selon lui, pour pouvoir se fonder sur l'article 6 (1) (b), le responsable du traitement doit tout d'abord être en mesure de démontrer (i) qu'un contrat existe et (ii) qu'il est valide au regard du droit national applicable⁶⁷.

28. Le Comité s'accorde avec la DPC sur le fait que le RGPD n'octroie pas aux autorités de contrôle une compétence étendue en matière contractuelle. En revanche, il est d'avis que ces autorités doivent pouvoir disposer d'une compétence limitée quant à l'évaluation générale de la validité des contrats lorsque cela est nécessaire pour leur permettre d'accomplir leurs missions⁶⁸. Le CEPD considère donc que l'autorité irlandaise aurait dû conduire une analyse sur ce point, ce qu'elle n'a pas fait alors que la validité de la convention faisant l'objet des débats était selon lui incertaine⁶⁹. Par ailleurs, l'insuffisance de l'information fournie ne constitue pas uniquement, aux yeux du Comité, une infraction autonome additionnelle, contrairement à ce qu'en pense la DPC. L'asymétrie qu'elle engendre remet également en cause la validité même du contrat, et rend incertaine sa bonne compréhension par l'utilisateur des services. Il en découle un risque relatif au respect des droits fondamentaux des personnes concernées⁷⁰. Ce risque est par ailleurs renforcé dans les situations où l'uti-

lisateur est face à un contrat d'adhésion, qu'il sera malgré tout enclin à accepter eu égard au manque d'alternatives à sa disposition sur le marché des services de réseaux sociaux⁷¹.

29. Outre ce premier élément, il n'est possible, selon le Comité, de se fonder sur la disposition précitée que si le traitement est objectivement nécessaire à l'exécution du contrat⁷². C'est au regard de l'objet fondamental de l'accord que doit être apprécié ce critère de nécessité objective⁷³. Il ajoute par ailleurs que tant la perspective du responsable du traitement que celle de la personne concernée doivent être prises en considération lorsqu'il s'agit de déterminer le contenu dudit objet⁷⁴.

30. Une fois ces principes dégagés, le CEPD s'attache à les appliquer au cas d'espèce. Il constate tout d'abord que Meta promeut ses services comme étant principalement destinés à permettre à ses utilisateurs de communiquer avec les autres à travers le monde⁷⁵ et que les conditions d'utilisation ne prévoient aucune obligation liante à charge de la plateforme d'offrir de la publicité personnalisée⁷⁶. Cela démontre pour l'utilisateur du moins, que les traitements de données poursuivant cette

⁶⁷ Comité européen pour la protection des données, décision contraignante n° 3/2022 précitée, point 106 et décision contraignante n° 4/2022 précitée, point 109.

⁶⁸ Comité européen pour la protection des données, décision contraignante n° 3/2022 précitée, point 109 et décision contraignante n° 4/2022 précitée, point 112.

⁶⁹ Comité européen pour la protection des données, décision contraignante n° 3/2022 précitée, point 110 et décision contraignante n° 4/2022 précitée, point 113.

⁷⁰ Comité européen pour la protection des données, décision contraignante n° 3/2022 précitée, points 125-126 et décision contraignante n° 4/2022 précitée, points 129-130.

⁷¹ Comité européen pour la protection des données, décision contraignante n° 3/2022 précitée, point 127 et décision contraignante n° 4/2022 précitée, point 131.

⁷² Comité européen pour la protection des données, décision contraignante n° 3/2022 précitée, point 111 et décision contraignante n° 4/2022 précitée, point 114.

⁷³ Comité européen pour la protection des données, décision contraignante n° 3/2022 précitée, points 112-113 et décision contraignante n° 4/2022 précitée, point 115.

⁷⁴ Comité européen pour la protection des données, décision contraignante n° 3/2022 précitée, point 113 et décision contraignante n° 4/2022 précitée, point 115.

⁷⁵ Comité européen pour la protection des données, décision contraignante n° 3/2022 précitée, point 117 et décision contraignante n° 4/2022 précitée, point 120.

⁷⁶ Comité européen pour la protection des données, décision contraignante n° 3/2022 précitée, point 118 et décision contraignante n° 4/2022 précitée, point 121.

finalité ne sont pas nécessaires à l'exécution du contrat⁷⁷.

31. Le Comité réaffirme cette position aux points suivants de ses décisions, même si les services offerts par Meta sont financés majoritairement par la publicité comportementale. Il rappelle que le principe de licéité du traitement et l'article 6 impliquent que le modèle de revenus du responsable du traitement soit adapté pour se conformer aux dispositions du RGPD, non l'inverse⁷⁸. Le CEPD fait référence aux conclusions rendues par l'avocat général Rantos dans le cadre de l'affaire *Meta Platforms*⁷⁹. Au point 52 des dites conclusions, il est rappelé que « conformément à l'article 5, paragraphe 2, du RGPD, c'est sur le responsable du traitement que pèse la charge de la preuve que les données à caractère personnel sont traitées selon la norme de ce règlement et que, conformément à l'article 13, paragraphe 1, sous c), dudit règlement, il incombe au responsable du traitement des données à caractère personnel de préciser les finalités du traitement auquel sont destinées les données ainsi que la base juridique du traitement »⁸⁰.

32. Le Comité rappelle⁸¹ par ailleurs ce qu'il avait déjà précisé dans les lignes directrices que nous mentionnons ci-avant : « [s]'il existe des alternatives réalistes et moins intrusives,

le traitement n'est pas "nécessaire" [à l'exécution du contrat] »⁸². En l'espèce, des moyens moins intrusifs pour les personnes concernées, tels que la publicité contextuelle, étaient à disposition de Meta⁸³. Le CEPD ajoute que l'existence du droit d'opposition absolu dont bénéficient les personnes concernées lorsque leurs données sont traitées à des fins de *marketing* direct (y compris le profilage) renforce encore cette réflexion dans les cas d'espèce⁸⁴. Le profilage à des fins publicitaires ne saurait être nécessaire à l'exécution du contrat à partir du moment où une personne concernée peut s'y opposer à tout moment, sans devoir s'en justifier⁸⁵.

33. Le Comité souligne ensuite la complexité technique de la publicité comportementale, ainsi que le caractère massif de l'intrusion qu'elle occasionne dans la vie privée des personnes concernées⁸⁶. Eu égard à cela, il considère qu'il est difficile d'arguer que l'utilisateur raisonnable puisse comprendre les conséquences qui découlent de l'utilisation d'annonces de ce type sur la base de l'information succincte donnée par Meta dans les conditions d'utilisation⁸⁷.

34. La combinaison de l'ensemble de ces éléments amène le CEPD à conclure que les utili-

⁷⁷ Comité européen pour la protection des données, décision contraignante n° 3/2022 précitée, point 118 et décision contraignante n° 4/2022 précitée, point 121.

⁷⁸ Comité européen pour la protection des données, décision contraignante n° 3/2022 précitée, point 119 et décision contraignante n° 4/2022 précitée, point 122.

⁷⁹ C.J., arrêt *Meta Platforms Inc. e.a. c. Bundeskartellamt*, 4 juillet 2023, C-252/21, EU:C:2023:537. Voy. le commentaire que nous faisons de cet arrêt au point III.

⁸⁰ Av. gén. A. Rantos, concl. préc. C.J., arrêt *Meta Platforms Inc. e.a. c. Bundeskartellamt*, 4 juillet 2023, C-252/21, EU:C:2022:704, point 52.

⁸¹ Comité européen pour la protection des données, décision contraignante n° 3/2022 précitée, point 120 et décision contraignante n° 4/2022 précitée, point 123.

⁸² Comité européen pour la protection des données, lignes directrices 2/2019 précitées, point 25.

⁸³ Comité européen pour la protection des données, décision contraignante n° 3/2022 précitée, points 120-121 et décision contraignante n° 4/2022 précitée, points 123-124.

⁸⁴ Comité européen pour la protection des données, décision contraignante n° 3/2022 précitée, point 122 et décision contraignante n° 4/2022 précitée, point 125.

⁸⁵ Comité européen pour la protection des données, décision contraignante n° 3/2022 précitée, point 122 et décision contraignante n° 4/2022 précitée, point 125.

⁸⁶ Comité européen pour la protection des données, décision contraignante n° 3/2022 précitée, point 123 et décision contraignante n° 4/2022 précitée, point 126.

⁸⁷ Comité européen pour la protection des données, décision contraignante n° 3/2022 précitée, point 123 et décision contraignante n° 4/2022 précitée, point 126.

sateurs de Facebook et d'Instagram acceptent les conditions d'utilisation de ces services pour communiquer les uns avec les autres et non pour recevoir des annonces personnalisées⁸⁸. De ce fait, Meta ne pouvait justifier les traitements effectués à des fins de publicité comportementale sur base de l'article 6 (1) (b)⁸⁹.

3. Sur le premier argument

35. À propos de l'argument relatif à l'existence d'un éventuel consentement « forcé », les plaignants avaient fait remarquer que, parmi les catégories de données traitées à des fins de publicité comportementale, figuraient des données sensibles relatives, par exemple, aux opinions politiques ou religieuses, à l'orientation sexuelle ou à la santé des personnes concernées⁹⁰. La DPC avait quant à elle considéré qu'il était impossible de conduire une analyse sur chaque activité de traitement en particulier sans d'abord résoudre le conflit fondamental entre les parties, relatif à l'interprétation de l'article 6 (1) (b) du RGPD⁹¹. Elle n'avait dès lors pas poussé l'analyse plus avant.

36. Dans ce contexte, le CEPD commence par relever la confusion, dans l'esprit des utilisateurs, quant à la nature des données sensibles traitées, à la finalité de ces activités de traitement et à la base légale permettant à Meta de les accomplir⁹².

37. Il note également que la *privacy policy* se contente de décrire de façon très générique les finalités pour lesquelles des données « bénéficiant d'une protection spéciale » peuvent être traitées⁹³. Meta semble reconnaître qu'elle traite des données sensibles à des fins de publicité comportementale, sans toutefois préciser en quoi consiste ladite « protection spéciale »⁹⁴. Elle se contente d'inclure une référence au consentement sur une page *web* séparée, parmi d'autres bases légales⁹⁵.

38. Le Comité relève ensuite que la DPC n'a pas vérifié que toutes les catégories de données sensibles traitées font bien l'objet d'un consentement⁹⁶. Il s'en étonne puisque, dans le même temps, l'autorité chef de file a pourtant conclu à un sérieux manque de transparence et n'a pas pu clarifier quelles étaient précisément les données, ou les catégories de données, traitées à des fins de publicité comportementale⁹⁷. Pour soutenir son raisonnement, le CEPD met aussi en avant le récent arrêt *OT*⁹⁸, dans lequel la Cour de justice a entendu interpréter largement la notion de « données sensibles ».

⁸⁸ Comité européen pour la protection des données, décision contraignante n° 3/2022 précitée, point 124 et décision contraignante n° 4/2022 précitée, point 137.

⁸⁹ Comité européen pour la protection des données, décision contraignante n° 3/2022 précitée, point 133 et décision contraignante n° 4/2022 précitée, point 128.

⁹⁰ Comité européen pour la protection des données, décision contraignante n° 3/2022 précitée, point 184 et décision contraignante n° 4/2022 précitée, point 189.

⁹¹ Comité européen pour la protection des données, décision contraignante n° 3/2022 précitée, point 185 et décision contraignante n° 4/2022 précitée, point 191.

⁹² Comité européen pour la protection des données, décision contraignante n° 3/2022 précitée, point 187 et décision contraignante n° 4/2022 précitée, point 192.

⁹³ Comité européen pour la protection des données, décision contraignante n° 3/2022 précitée, point 188 et décision contraignante n° 4/2022 précitée, point 193.

⁹⁴ Comité européen pour la protection des données, décision contraignante n° 3/2022 précitée, point 188 et décision contraignante n° 4/2022 précitée, point 193.

⁹⁵ Comité européen pour la protection des données, décision contraignante n° 3/2022 précitée, point 188 et décision contraignante n° 4/2022 précitée, point 193.

⁹⁶ Comité européen pour la protection des données, décision contraignante n° 3/2022 précitée, point 189 et décision contraignante n° 4/2022 précitée, point 194.

⁹⁷ Comité européen pour la protection des données, décision contraignante n° 3/2022 précitée, point 192 et décision contraignante n° 4/2022 précitée, point 197.

⁹⁸ Comité européen pour la protection des données, décision contraignante n° 3/2022 précitée, point 190 et décision contraignante n° 4/2022 précitée, point 195. Voy. C.J., arrêt *OT c. Vyriausioji tarnybinės etikos komisija*, 1^{er} août 2022, C-184/20, EU : C : 2022:601.

39. En agissant de la sorte, la DPC n'a pas pu correctement évaluer les risques que pouvait poser le traitement de ces catégories particulières de données dans le cadre des services Facebook et Instagram pour les utilisateurs, selon le Comité⁹⁹. Parmi les risques identifiés, on peut citer le fait que des données sensibles soient traitées pour créer des profils intimes à des fins de publicité comportementale sans base légale sur laquelle s'appuyer ou encore que Meta ne considère pas certaines catégories de données comme étant des données sensibles alors qu'elles le sont¹⁰⁰. Le Comité relève également que laisser libre cours à l'ambiguïté dont Meta fait preuve lorsqu'elle traite les données sensibles de ses utilisateurs pourrait servir de précédent pour des responsables du traitement qui agiraient de la même façon, compte tenu de l'importance des parts dont dispose Meta sur le marché des réseaux sociaux¹⁰¹.

40. Le CEPD en déduit que la DPC n'a pas conduit son analyse avec toute la diligence nécessaire pour ce faire¹⁰². Il considère dès lors ne pas disposer de suffisamment d'éléments pour lui permettre de déterminer si, oui ou non, Meta a enfreint l'article 9 du RGPD et les autres dispositions pertinentes¹⁰³. Cela l'amène finalement à en conclure que la DPC a eu tort de considérer que Meta n'était pas tenue de se fonder sur le consentement en l'espèce sans investiguer plus avant sur les traitements visés, les catégories de données traitées et les finalités

poursuivies par ceux-ci¹⁰⁴. C'est la raison pour laquelle le CEPD enjoint à l'Autorité irlandaise de retirer ses conclusions quant à ce premier point de sa décision finale¹⁰⁵.

III. L'ARRÊT *META PLATFORMS* DU 4 JUILLET 2023

41. La présente contribution porte sur l'analyse des décisions *Facebook* et *Instagram* et sur celle des décisions contraignantes n° 3/2022 et 4/2022. Cependant, à l'heure d'écrire ces lignes, nous ne pouvions faire abstraction de l'actualité jurisprudentielle, et en particulier de l'arrêt *Meta Platforms*, rendu par la Cour de justice réunie en grande chambre le 4 juillet 2023¹⁰⁶. Par conséquent, il nous importait de le commenter brièvement.

A. Les faits

42. Les conditions générales de Facebook renvoyaient aux politiques d'utilisation des données et des cookies fixées par Meta¹⁰⁷. Comme nous l'avons mentionné, les utilisateurs devaient nécessairement accepter ces conditions afin d'utiliser les services. En vertu de celles-ci, Meta collectait des données relatives aux utilisateurs et à leurs appareils, lui permettant dès lors de récolter des informations sur leurs activités à l'intérieur et à l'extérieur du réseau social, et mettait leurs données en relation avec leurs comptes Facebook¹⁰⁸. Les données portant sur les activités des utilisateurs du réseau social à l'extérieur de Facebook ont été qualifiées par la Cour de données

⁹⁹ Comité européen pour la protection des données, décision contraignante n° 3/2022 précitée, point 193 et décision contraignante n° 4/2022 précitée, point 198.

¹⁰⁰ *Ibid.*

¹⁰¹ *Ibid.*

¹⁰² Comité européen pour la protection des données, décision contraignante n° 3/2022 précitée, point 194 et décision contraignante n° 4/2022 précitée, point 199.

¹⁰³ Comité européen pour la protection des données, décision contraignante n° 3/2022 précitée, point 196 et décision contraignante n° 4/2022 précitée, point 201.

¹⁰⁴ Comité européen pour la protection des données, décision contraignante n° 3/2022 précitée, point 197 et décision contraignante n° 4/2022 précitée, point 202.

¹⁰⁵ Comité européen pour la protection des données, décision contraignante n° 3/2022 précitée, point 198 et décision contraignante n° 4/2022 précitée, point 203.

¹⁰⁶ C.J. (gde ch.), arrêt *Meta Platforms Inc. e.a. c. Bundeskartellamt*, 4 juillet 2023, C-252/21, EU:C:2023:537.

¹⁰⁷ C.J. (gde ch.), arrêt *Meta Platforms* précité, point 28.

¹⁰⁸ C.J. (gde ch.), arrêt *Meta Platforms* précité, point 28.

«off Facebook»¹⁰⁹. En 2019, l'autorité de concurrence allemande a interdit à Meta de conditionner l'utilisation du réseau social par des résidents allemands au traitement de ce type de données les concernant¹¹⁰. L'autorité a motivé sa décision notamment par le fait qu'un tel traitement constituait une exploitation abusive de la position dominante de cette société sur le marché des réseaux sociaux en ligne pour les utilisateurs privés en Allemagne¹¹¹. Meta a introduit un recours contre cette décision devant le tribunal régional supérieur de Düsseldorf¹¹², lequel a décidé de poser des questions préjudicielles¹¹³ à la Cour de justice¹¹⁴.

B. La possibilité pour une autorité de la concurrence de se prononcer sur l'existence d'un manquement au RGPD

43. Les première et septième questions posées à la Cour portaient sur le point de savoir si une autorité de la concurrence pouvait constater, de la sorte, l'existence d'un manquement à une ou plusieurs disposition(s) du RGPD dans le cadre de la constatation de l'existence d'un abus de position dominante¹¹⁵. La Cour a considéré que «[...] dans le cadre de l'examen d'un abus de position dominante de la part d'une entreprise sur un marché déterminé, il [pouvait] s'avérer nécessaire pour l'autorité de la concurrence de l'État membre concerné d'examiner également la conformité du comportement

de cette entreprise à des normes autres que celles relevant du droit de la concurrence, telles que les règles en matière de protection des données à caractère personnel prévues par le RGPD»¹¹⁶. Elle a répondu positivement à la question posée¹¹⁷, ajoutant cependant que «[...] dans l'hypothèse où une autorité de la concurrence nationale considère nécessaire de se prononcer, dans le cadre d'une décision relative à un abus de position dominante, sur la conformité ou la non-conformité au RGPD d'un traitement de données à caractère personnel effectué par l'entreprise en question, cette autorité et l'autorité de contrôle concernée ou, le cas échéant, l'autorité de contrôle chef de file compétente au sens de ce règlement doivent coopérer entre elles afin d'assurer une application cohérente de ce règlement»¹¹⁸. Elle a ensuite décrit une procédure détaillée à suivre tant par l'autorité de la concurrence que par l'autorité de protection des données en pareille situation¹¹⁹.

44. Ces développements pourraient avoir une incidence sur l'interprétation que les autorités de protection des données auront de l'article 6 (1) (b) du RGPD. En effet, le CEPD a rappelé que la nécessité à l'exécution d'un contrat impliquait l'existence d'un contrat valide¹²⁰. Selon le Comité, même si les autorités de protection des données ne disposent pas de compétence étendue en matière d'évaluation de la validité d'une convention, elles doivent disposer d'une «compétence limitée quant à l'évaluation de la validité générale d'un contrat lorsque tel est

¹⁰⁹ C.J. (gde ch.), arrêt *Meta Platforms* précité, point 28.

¹¹⁰ C.J. (gde ch.), arrêt *Meta Platforms* précité, point 29.

¹¹¹ C.J. (gde ch.), arrêt *Meta Platforms* précité, point 30.

¹¹² C.J. (gde ch.), arrêt *Meta Platforms* précité, point 31.

¹¹³ Ces questions préjudicielles portent sur divers points qui ne nous sont pas tous essentiels dans le cadre de nos développements. Nous revenons ci-après uniquement sur ceux d'entre eux qui présentent un intérêt dans le cadre de la détermination de la base de licéité permettant de justifier des traitements effectués afin de poursuivre des activités de publicité comportementale.

¹¹⁴ C.J. (gde ch.), arrêt *Meta Platforms* précité, point 34.

¹¹⁵ C.J. (gde ch.), arrêt *Meta Platforms* précité, point 36.

¹¹⁶ C.J. (gde ch.), arrêt *Meta Platforms* précité, point 48.

¹¹⁷ C.J. (gde ch.), arrêt *Meta Platforms* précité, points 49, 51 et 62.

¹¹⁸ C.J. (gde ch.), arrêt *Meta Platforms* précité, point 52.

¹¹⁹ Voy. C.J. (gde ch.), arrêt *Meta Platforms* précité, points 56 à 59 et point 63.

¹²⁰ Comité européen pour la protection des données, décision contraignante n° 3/2022 précitée, point 106 et décision contraignante n° 4/2022 précitée, point 109.

nécessaire à l'accomplissement des missions que leur octroie le RGPD»¹²¹. Pour sa part, la Cour de justice admet la possibilité pour une autorité administrative autre que l'autorité de protection des données concernée de procéder à la constatation d'un manquement au RGPD. Elle le justifie comme suit: «[...] l'accès aux données à caractère personnel et la possibilité de traitement de ces données sont devenus un paramètre significatif de la concurrence entre entreprises de l'économie numérique. Partant, exclure les règles en matière de protection des données à caractère personnel du cadre juridique à prendre en considération par les autorités de la concurrence lors de l'examen d'un abus de position dominante méconnaîtrait la réalité de cette évolution économique et serait susceptible de porter atteinte à l'effectivité du droit de la concurrence au sein de l'Union»¹²². Ce faisant, elle ouvre peut-être la porte au raisonnement du CEPD. En effet, on peut penser que les autorités de protection des données doivent également pouvoir prendre en compte les règles en matière de validité des conventions lorsqu'elles déterminent si un traitement est nécessaire à l'exécution d'un contrat. Exclure cette possibilité dans leur chef serait, à notre avis, susceptible de porter atteinte à l'effectivité du droit à la protection des données. Il s'agira toutefois de voir si ce sera expressément confirmé par la Cour à l'avenir.

C. La possibilité de justifier les traitements effectués à des fins de personnalisation des contenus sur la base de l'article 6 (1), alinéa 1^{er}, (b) et (c)

45. Outre ce premier enseignement, ce sont principalement les réponses données par la

Cour à la troisième et à la cinquième question qu'il nous faut mettre en lumière. Ces questions étaient relatives à la possibilité de considérer la personnalisation des contenus sur Facebook comme étant nécessaire à l'exécution du contrat conclu avec les utilisateurs ou à la poursuite des intérêts légitimes du responsable du traitement. À titre liminaire, la Cour a précisé qu'un traitement était d'abord licite s'il se fondait sur un consentement valable, au sens du RGPD, de la personne concernée¹²³. En l'absence de l'existence d'un consentement valide, il y aurait alors lieu de vérifier si le responsable du traitement est en mesure de justifier le traitement en se fondant sur l'une des autres bases de licéité contenues à l'article 6 (1) du RGPD¹²⁴. Par ailleurs, la Cour luxembourgeoise considère que «[d]ans ce contexte, les justifications prévues à cette dernière disposition, en ce qu'elles permettent de rendre licite un traitement de données à caractère personnel effectué en l'absence du consentement de la personne concernée, doivent faire l'objet d'une interprétation restrictive»¹²⁵.

46. Partant, il semble que la Cour de justice érige le consentement au rang de principe, reléguant les autres bases de licéité au statut d'exception. Si on suit cette logique, l'ensemble des bases de licéité contenues à l'article 6 ne devraient dès lors plus être envisagées sur un pied d'égalité, contrairement aux enseignements de la DPC et du CEPD¹²⁶. Ce n'est pas pour autant, selon nous, que le responsable du traitement ne pourrait plus initialement envisager de se fonder sur une autre base de licéité que le consentement. Seulement, comme les autres bases de licéité devraient être

¹²¹ Traduction libre; Comité européen pour la protection des données, décision contraignante n° 3/2022 précitée, point 109 et décision contraignante n° 4/2022 précitée, point 112.

¹²² C.J. (gde ch.), arrêt *Meta Platforms* précité, point 51.

¹²³ C.J. (gde ch.), arrêt *Meta Platforms* précité, point 91.

¹²⁴ C.J. (gde ch.), arrêt *Meta Platforms* précité, point 92.

¹²⁵ C.J. (gde ch.), arrêt *Meta Platforms* précité, point 93.

¹²⁶ Voy., par exemple, Autorité de protection des données irlandaise, décision *Facebook* précitée, point 3.17 et Comité européen pour la protection des données, décision contraignante n° 3/2022 précitée, point 104.

interprétées restrictivement en raison de leur caractère exceptionnel, les cas dans lesquels il serait à même de justifier leur application deviendraient dès lors plus rares. La probabilité que le responsable du traitement se voit reprocher un manquement à l'article 6 serait *a contrario* plus élevée.

47. La Cour s'est ensuite penchée sur la justification des activités de traitement effectuées par Meta à des fins de publicité comportementale sur pied des bases de licéité contenues aux points (b) et (c) de l'article 6 (1) du RGPD. Concernant la nécessité à l'exécution du contrat, la Cour a suivi *in abstracto* le même raisonnement que celui du Comité dans le cadre des décisions contraignantes n^{os} 3/2022 et 4/2022. Elle a précisé que «[...] l'élément déterminant aux fins de l'application de la justification visée à l'article 6, paragraphe 1, premier alinéa, sous b), du RGPD est que le traitement de données à caractère personnel effectué par le responsable du traitement soit essentiel afin de permettre l'exécution correcte du contrat conclu entre celui-ci et la personne concernée et, partant, qu'il n'existe pas d'autres solutions praticables et moins intrusives»¹²⁷. Elle a ajouté que «[l]e fait qu'un tel traitement soit mentionné dans le contrat ou qu'il soit seulement utile à l'exécution de celui-ci est, en soi, dépourvu de pertinence à cet égard [...]»¹²⁸. Finalement, elle semble même avoir consacré l'argument de «l'impossibilité», que Noyb avait avancé dans le cadre des affaires *Facebook* et *Instagram*¹²⁹, puisqu'elle a dit pour droit que «[...] le responsable du traitement doit [...] être en mesure de démontrer en quoi l'objet

principal du contrat ne pourrait être atteint en l'absence du traitement en cause»¹³⁰.

48. Pour ce qui concerne le cas particulier de la publicité comportementale offerte par Meta à ses utilisateurs, les juges luxembourgeois ont également suivi la même interprétation que le Comité. Ils ont mis en exergue le fait que la personnalisation des contenus est utile pour l'utilisateur mais qu'elle «[...] n'apparaît pas nécessaire pour offrir à cet utilisateur les services du réseau social en ligne. Ces services peuvent, le cas échéant, lui être fournis sous la forme d'une alternative équivalente n'impliquant pas une telle personnalisation, de sorte que cette dernière n'est pas objectivement indispensable à une finalité faisant partie intégrante des mêmes services»¹³¹. Par conséquent, elle n'est pas nécessaire à l'exécution du contrat¹³².

49. En outre, Meta n'était pas non plus en mesure de justifier les traitements de données effectués sur la base de la nécessité à la poursuite d'un intérêt légitime du responsable du traitement. En effet, la Cour a souligné que «[...] malgré la gratuité des services d'un réseau social en ligne tel que Facebook, l'utilisateur de celui-ci ne saurait raisonnablement s'attendre à ce que, sans son consentement, l'opérateur de ce réseau social traite les données à caractère personnel de cet utilisateur à des fins de personnalisation de la publicité. Dans ces conditions, il doit être considéré que les intérêts et les droits fondamentaux d'un tel utilisateur prévalent sur l'intérêt de cet opérateur à une telle personnalisation de la publicité par laquelle il finance son activité, de sorte que le traitement effectué par celui-ci à de telles fins ne saurait relever de l'article 6, paragraphe 1,

¹²⁷ C.J. (gde ch.), arrêt *Meta Platforms* précité, point 99.

¹²⁸ C.J. (gde ch.), arrêt *Meta Platforms* précité, point 99.

¹²⁹ Qui, rappelons-le, avait été rejeté par la DPC. Voy. Autorité de protection des données irlandaise, décision *Facebook* précitée, point 4.40 et décision *Instagram* précitée, point 109.

¹³⁰ C.J. (gde ch.), arrêt *Meta Platforms* précité, point 98.

¹³¹ C.J. (gde ch.), arrêt *Meta Platforms* précité, point 102.

¹³² Voy. C.J. (gde ch.), arrêt *Meta Platforms* précité, point 104.

premier alinéa, sous f), du RGPD»¹³³. Nous y reviendrons au point IV.

D. Le caractère libre du consentement obtenu par une entreprise bénéficiant d'une position dominante sur un marché déterminé

50. La sixième question préjudicielle portait quant à elle sur la possibilité, pour un responsable de traitement bénéficiant d'une position dominante sur un marché déterminé, d'obtenir de la part de ses utilisateurs un consentement valide au regard des dispositions du RGPD¹³⁴. À ce titre, l'interrogation était principalement liée à la liberté de choix dont bénéficiaient réellement les personnes concernées face à un tel acteur¹³⁵. La Cour a répondu que la seule circonstance qu'un responsable de traitement bénéficie d'une position dominante ne faisait pas obstacle à ce que ses utilisateurs puissent valablement consentir au traitement de leurs données¹³⁶. Cependant, la Cour a aussi précisé que l'existence d'une position dominante était un élément à prendre en considération au moment d'évaluer le caractère libre du consentement¹³⁷. Selon elle, une telle position dominante est en effet « [...] susceptible de créer un déséquilibre manifeste, au sens du considérant 43 du RGPD, entre la personne concernée et le responsable du traitement, ce déséquilibre favorisant notamment l'imposition de conditions qui ne sont pas strictement nécessaires à l'exécution du contrat, ce qui doit être pris en compte conformément à l'article 7, paragraphe 4, de ce règlement [...]»¹³⁸. Pour la Cour, dans de telles circonstances, les « [...] utilisateurs doivent disposer

de la liberté de refuser individuellement, dans le cadre du processus contractuel, de donner leur consentement à des opérations particulières de traitement de données non nécessaires à l'exécution du contrat sans qu'ils soient pour autant tenus de renoncer intégralement à l'utilisation du service offert. [...] [Cela] implique que lesdits utilisateurs se voient proposer, le cas échéant contre une rémunération appropriée, une alternative équivalente non accompagnée de telles opérations de traitement de données»¹³⁹. Par ailleurs, elle considère qu'il est nécessaire qu'un consentement distinct puisse être donné pour chaque traitement envisagé¹⁴⁰.

51. La Cour de justice semble donc donner une importance particulière à la compréhension par l'utilisateur de la teneur des activités de traitement poursuivies par le responsable du traitement à partir de ses données. La Cour rappelle aussi l'exigence de granularité du consentement, permettant à la personne concernée d'accepter ou refuser chaque traitement individuel. Enfin, elle ouvre la voie à des modifications du *business model* des plateformes, qui pourrait évoluer vers des mécanismes tels que le *paywall* ou la publicité contextuelle.

IV. QUELLES CONSÉQUENCES EN PRATIQUE ?

52. Les décisions discutées ci-avant ouvrent le champ à de nombreuses réflexions. Nous en introduisons trois ci-après.

A. Le consentement devenu incontournable

53. Tout d'abord, la nécessité à l'exécution du contrat étant écartée, les plateformes ne pouvaient théoriquement plus se fonder que

¹³³ C.J. (gde ch.), arrêt *Meta Platforms* précité, point 117.

¹³⁴ C.J. (gde ch.), arrêt *Meta Platforms* précité, point 140.

¹³⁵ C.J. (gde ch.), arrêt *Meta Platforms* précité, point 140.

¹³⁶ C.J. (gde ch.), arrêt *Meta Platforms* précité, point 147.

¹³⁷ C.J. (gde ch.), arrêt *Meta Platforms* précité, point 148.

¹³⁸ C.J. (gde ch.), arrêt *Meta Platforms* précité, point 149.

¹³⁹ C.J. (gde ch.), arrêt *Meta Platforms* précité, point 150.

¹⁴⁰ C.J. (gde ch.), arrêt *Meta Platforms* précité, point 151.

sur l'intérêt légitime¹⁴¹ ou le consentement de la personne concernée¹⁴² lorsqu'elles traitaient les données de leurs utilisateurs à des fins de publicité comportementale.

54. L'intérêt légitime paraissait dès le départ difficilement invocable: la publicité comportementale est profondément intrusive par nature, le CEPD l'a souligné¹⁴³. On imaginait donc mal que la balance entre les intérêts de la personne concernée et ceux du responsable du traitement puisse pencher en faveur de ce dernier¹⁴⁴. C'était d'autant plus le cas, à la lumière des arguments avancés par le Comité, quand on sait que les attentes raisonnables de l'utilisateur revêtent une importance toute particulière au moment de déterminer quels sont les intérêts qui devraient primer¹⁴⁵. La décision de Meta de choisir cette base de licéité au moment de se conformer aux injonctions de la DPC¹⁴⁶ ne semblait pas tenir la route. C'est également ce que soutenait Noyb¹⁴⁷. La Cour de justice l'a désormais expressément confirmé.

55. À l'heure actuelle, seule une légitimation du traitement sur pied de l'article 6 (1) (a) semble donc possible. Cette approche n'est pas dénuée de sens dans la mesure où le consentement est souvent considéré comme le socle de l'autodétermination informationnelle pour les personnes concernées¹⁴⁸.

56. Une interrogation demeure toutefois quant au caractère libre du consentement qui serait obtenu par un opérateur de plateforme bénéficiant d'une position dominante¹⁴⁹. La Cour de justice l'a d'ailleurs elle-même relevé, à la suite de son avocat général¹⁵⁰, au point 149 de son arrêt *Meta Platforms*¹⁵¹.

57. Il faut aussi noter que certaines critiques n'ont pas manqué d'émerger ces dernières années quant à la réelle efficacité du consentement dans le contexte particulier des traitements effectués à des fins de publicité comportementale¹⁵², mais également dans le contexte général de l'internet mondial. Y. Pouillet estime par exemple que « les conditions sévères mises à la reconnaissance du consentement [...] sont à ce point exigeantes que leur rencontre dans la pratique vécue dans le contexte des opérations courantes de l'Internet les rend illusoires »¹⁵³. On peut également mentionner le projet de règlement ePrivacy, dont l'exposé des motifs constate que « la règle du consentement pour préserver la confidentialité des

¹⁴¹ RGPD, article 6 (1) (f).

¹⁴² RGPD, article 6 (1) (a).

¹⁴³ Comité européen pour la protection des données, décision contraignante n° 3/2022 précitée, point 123 et décision contraignante n° 4/2022 précitée, point 126.

¹⁴⁴ L'article 6 (1) (f) du RGPD prévoit que les intérêts légitimes du responsable du traitement ne peuvent être invoqués lorsque « prévalent les intérêts ou les libertés et droits fondamentaux de la personne concernée qui exigent une protection des données à caractère personnel, notamment lorsque la personne concernée est un enfant ».

¹⁴⁵ RGPD, considérant 47.

¹⁴⁶ Meta, « Gestion des publicités dans l'UE », disponible sur <https://www.meta.com/fr-fr/help/policies/meta-policies/ads-in-eu/>, mis à jour le 7 avril 2023, consulté le 10 mai 2023.

¹⁴⁷ Noyb, « Meta (Facebook, Instagram) switching to "Legitimate interest" for ads », disponible sur <https://noyb.eu/en/meta-facebook-instagram-switching-legitimate-interest-ads#:~:text=noyb%20will%20take%20immediate%20action,series%20of%20complaints%20against%20them>, publié le 30 mars 2023, consulté le 10 mai 2023.

¹⁴⁸ Y. PUILLET, « Consentement et RGPD: des zones d'ombre! », *D.C.C.R.*, n°s 122-123, 2019, p. 5.

¹⁴⁹ Voy., par exemple, Y. PUILLET, *op. cit.*, p. 6; G. SARTOR, F. LAGIOIA et F. GALI, *Regulating targeted and behavioural advertising in digital services: how to ensure users' informed consent*, European Parliament, 2021, pp. 11, 60 et 97.

¹⁵⁰ Av. gén. A. Rantos, concl. préc. arrêt *Meta Platforms e.a. c. Bundeskartellamt*, 4 juillet 2023, C-252/21, EU:C:2022:704, point 75.

¹⁵¹ Voy. les développements contenus à ce sujet au point III de la présente contribution.

¹⁵² Sur ce point, voy., par exemple, G. SARTOR, F. LAGIOIA et F. GALI, *op. cit.*, pp. 103 et s.

¹⁵³ Y. PUILLET, *op. cit.*, p. 21.

équipements terminaux n'a pas permis d'atteindre les objectifs poursuivis car l'utilisateur final se voit demander d'accepter des témoins ("cookies") traceurs sans savoir ce que c'est [...]»¹⁵⁴. Nous doutons, similairement, que l'utilisation du consentement suffise, à elle seule, à améliorer sensiblement l'effectivité du contrôle de leurs données par les personnes concernées.

B. Quelles articulations avec le Digital Services Act ?

58. D'autres réflexions émergent lorsqu'on analyse les dispositions du Digital Services Act (DSA)¹⁵⁵, qui entend notamment répondre au manque de neutralité de l'information transmise aux individus à travers les annonces personnalisées¹⁵⁶.

59. Le 68^e considérant de ce nouveau texte précise ainsi que l'application des obligations qu'il impose est sans préjudice des dispositions du RGPD, «en particulier celles relatives au droit d'opposition, à la prise de décision individuelle automatisée, y compris le profilage, et en particulier à la *nécessité d'obtenir le consentement de la personne concernée avant de traiter des données à caractère personnel à des fins de publicité ciblée*»¹⁵⁷.

60. On ne trouve pourtant aucune disposition contenant un tel prescrit dans le RGPD. Le

règlement ne consacre pas expressément une «nécessaire» obtention du consentement de la personne concernée lorsqu'il s'agit de traiter ses données à des fins de publicité ciblée. Cette contradiction apparente provient de la proposition initiale de la Commission et n'a pas été modifiée durant les négociations politiques précédant l'adoption du texte¹⁵⁸. Il s'agit sans doute d'une erreur puisque la Commission n'entendait pas modifier les règles relatives au consentement que contient le RGPD à travers les dispositions du DSA¹⁵⁹. On a plutôt le sentiment qu'elle témoigne d'une croyance qui circulait sans doute déjà au sein des institutions européennes avant même que la Cour de justice et le CEPD n'aillent, à notre avis, dans un sens similaire. Pour être complet sur ce point, rappelons que l'erreur concerne un considérant et non une disposition contraignante, son importance est donc à nuancer.

61. Outre cela, le DSA interdit aux opérateurs de plateforme en ligne de proposer de la publicité comportementale à leurs utilisateurs lorsqu'ils ont la «certitude raisonnable» qu'ils sont mineurs¹⁶⁰. Il prévoit aussi que lesdits opérateurs ne peuvent pas non plus proposer une telle forme de publicité à qui que ce soit lorsque le profilage est effectué à partir de données sensibles¹⁶¹. Pour autant que le seul consentement puisse être retenu, il en découle que les plateformes ne pourraient plus traiter, à des fins de publicité comportementale, que les données à caractère personnel (i) non sensibles (ii) de leurs utilisateurs majeurs, et ce uniquement pour autant (iii) qu'ils y aient consenti.

¹⁵⁴ Proposition de règlement du Parlement européen et du Conseil concernant le respect de la vie privée et la protection des données à caractère personnel dans les communications électroniques et abrogeant la directive 2002/58/CE (règlement «vie privée et communications électroniques»), COM(2017) 010 final, 10 janvier 2017, exposé des motifs, p. 6.

¹⁵⁵ Règlement (UE) 2022/2065 du Parlement européen et du Conseil du 19 octobre 2022 relatif à un marché unique des services numériques et modifiant la directive 2000/31/CE (règlement sur les services numériques), J.O., L 277/1, 27 octobre 2022 (ci-après «Digital Services Act» ou «DSA»).

¹⁵⁶ DSA, considérant 69. Voy. J. EYNARD et M. PRUDET, *op. cit.*, p. 119.

¹⁵⁷ Nous soulignons.

¹⁵⁸ Proposition de règlement du Parlement européen et du Conseil relatif à un marché intérieur des services numériques (Législation sur les services numériques) et modifiant la directive 2000/31/CE, COM(2020) 825 final, 15 décembre 2020, considérant 52.

¹⁵⁹ Proposition de DSA précitée, exposé des motifs, p. 5.

¹⁶⁰ DSA, article 28 (2).

¹⁶¹ DSA, article 26 (3).

62. On ajoute encore que la Cour de justice a, dans l'arrêt *OT*, décidé que la notion de donnée sensible doit être interprétée largement¹⁶². Elle a estimé que les dispositions du RGPD « ne sauraient être interprétées en ce sens que le traitement de données à caractère personnel susceptibles de dévoiler, de manière indirecte, des informations sensibles concernant une personne physique est soustrait au régime de protection renforcé prévu par lesdites dispositions, sauf à porter atteinte à l'effet utile de ce régime et à la protection des libertés et des droits fondamentaux des personnes physiques qu'il vise à assurer »¹⁶³.

63. Si la Cour poursuit dans une telle direction, ce qu'elle semble avoir fait dans l'arrêt *Meta Platforms*¹⁶⁴, la marge de manœuvre dont disposent les opérateurs de la plateforme en ligne en sera encore plus réduite. Proposer de la publicité comportementale ne sera plus possible, dans leur chef, que moyennant le consentement de la personne concernée et sur base de catégories de données bien plus restreintes qu'auparavant. Si cela se vérifie, et bien qu'elles aient historiquement été peu enclines à le faire, les plateformes devront probablement envisager de faire évoluer leur *business model* pour tenir compte de ce nouveau paradigme.

C. Quelles potentielles évolutions pour le *business model* des plateformes ?

64. Encore faudrait-il pouvoir déterminer dans quelle direction ira cette potentielle (r)évolution. Nous envisageons ci-après deux options.

1. Le *paywall*

65. L'alternative la plus naturelle¹⁶⁵ consiste probablement en l'offre à la personne

concernée d'un choix entre trois options: (i) consentir au traitement de ses données (non sensibles) à des fins de publicité comportementale, (ii) payer un abonnement ou (iii) ne pas utiliser le service. On qualifie communément un tel mécanisme de « *paywall* ».

66. Le *paywall* a pour avantage d'amortir le coût financier de la fourniture des services pour les opérateurs de plateforme. Certes, l'utilisateur pourrait refuser de contracter, mais les chances qu'il le fasse sont faibles en raison de la position dominante dont jouissent parfois ces acteurs et du caractère nécessaire que revêtent souvent les services qu'ils proposent¹⁶⁶. Il reste donc deux possibilités qui profitent, d'une façon ou d'une autre, au prestataire.

67. Des questions se posent, une fois encore, quant au caractère véritablement libre du consentement donné dans ce contexte. Certaines autorités de protection des données, telles que la CNIL¹⁶⁷ ou l'APD autrichienne¹⁶⁸, considèrent que le fait de présenter une alternative pécuniaire n'impliquant pas de profilage permet de garantir une certaine liberté de choix dans le chef de l'utilisateur. Encore faut-il, toutefois, que le prix de l'abonnement proposé ne soit pas disproportionné¹⁶⁹. Le risque serait en effet de lier la capacité de l'individu à

larity and the Implications of Internet Paywalls », 2020, p. 2, disponible sur https://www.researchgate.net/publication/341122935_Keeping_out_the_Masses_Understanding_the_Popularity_and_Implications_of_Internet_Paywalls.

¹⁶⁶ Voy., en ce sens, Y. POULLET, *op. cit.*, p. 6.

¹⁶⁷ CNIL, « *Cookie walls*: la CNIL publie des premiers critères d'évaluation », disponible sur <https://www.cnil.fr/fr/cookies-et-autres-traceurs/regles/cookie-walls/la-cnil-publie-des-premiers-criteres-devaluation>, publié le 16 mai 2022, consulté le 23 mai 2023.

¹⁶⁸ Datenschutzbehörde, décision DSB-D122.931, 30 novembre 2018, point D.1.c. et décision DSB-D124.4574, 29 mars 2023, point D.3.b.

¹⁶⁹ CNIL, *op. cit.*, publié le 16 mai 2022, consulté le 23 mai 2023.

¹⁶² C.J., arrêt *OT* précité, point 125.

¹⁶³ C.J., arrêt *OT* précité, point 127.

¹⁶⁴ Voy. C.J., arrêt *Meta Platforms* précité, points 68 à 70.

¹⁶⁵ P. PAPAPOPOULOS, D. ATHANASAKIS, P. SNYDER et B. LIVSHITS, « Keeping out the Masses: Understanding the Popu-

refuser le traitement de données à sa capacité financière¹⁷⁰.

68. Dans une décision récente, la Datenschutzbehörde autrichienne a en outre relevé les potentiels défauts dont pouvaient être entachés certains *paywalls*¹⁷¹. Elle a considéré qu'une alternative consistant en la souscription à un abonnement payant ne pouvait être opposée à un consentement «global» donné par la personne concernée au traitement de ses données¹⁷². Elle a mis, dans ce cadre, l'accent sur l'importance, pour le responsable du traitement, de laisser à l'utilisateur la possibilité de consentir – ou non – au traitement de ses données séparément pour chaque finalité poursuivie lorsque la base de licéité choisie pour justifier le traitement est l'article 6 (1) (a) du RGPD¹⁷³. En l'espèce, les parties défenderesses avaient obtenu un seul et unique consentement de la part de leurs utilisateurs pour de nombreuses finalités mentionnées dans leur déclaration de confidentialité¹⁷⁴. L'Autorité autrichienne a considéré que cette pratique n'était pas acceptable au regard du manque de «granularité»¹⁷⁵ du consente-

ment obtenu¹⁷⁶. En d'autres termes, lorsque le responsable du traitement propose un *paywall* aux personnes concernées, il doit leur laisser un libre choix quant à l'obtention de leur consentement au traitement de leurs données pour d'autres finalités, non directement liées à l'affichage d'annonces personnalisées.

69. Comme nous l'avons mentionné, la Cour de justice a quant à elle précisé qu'un opérateur bénéficiant d'une position dominante devait proposer à ses utilisateurs une alternative équivalente qui ne soit pas accompagnée d'un traitement de données, le cas échéant contre rémunération¹⁷⁷. Elle a aussi mis l'accent sur le fait qu'un consentement distinct devait, dans ce cadre, être obtenu, aux fins de la poursuite de chaque activité de traitement considérée individuellement¹⁷⁸. Les juges luxembourgeois semblent donc aller dans le même sens que l'autorité autrichienne.

70. Dans l'étude qu'ils ont réalisée sur commande du Parlement européen, G. Sartor, F. Lagioia et F. Gali envisagent le recours à une variété d'options plus riche, incluant par exemple une possibilité intermédiaire pour l'utilisateur, consistant au paiement d'une compensation financière contre l'exposition à une publicité exclusivement non ciblée¹⁷⁹. Le montant de la compensation doit alors être moins important que celui versé par l'individu ne souhaitant pas du tout être exposé à des annonces¹⁸⁰.

2. La publicité contextuelle

71. La seconde alternative que nous traitons a été mise en avant par le CEPD lui-même.

¹⁷⁰ C'est ce qu'a rappelé l'autorité autrichienne au point D.3.b *in fine* de la décision DSB-D124.4574 précitée. Voy. aussi Y. Poullet, *op. cit.*, p. 6.

¹⁷¹ Décision DSB-D124.4574 précitée, point D.3.b.

¹⁷² *Ibid.*

¹⁷³ *Ibid.*

¹⁷⁴ *Ibid.*

¹⁷⁵ C'est en ligne avec la position du CEPD qui, à ce sujet, s'exprime en les termes suivants: «[s]i le responsable du traitement a regroupé plusieurs finalités de traitement et n'a pas cherché à obtenir un consentement distinct pour chaque finalité, la liberté est limitée. Cette nécessité de détailler le consentement est étroitement liée à la nécessité que le consentement soit spécifique [...]. Afin de se conformer aux conditions d'obtention d'un consentement valable lorsque le traitement des données est effectué pour différentes finalités, il convient de détailler le consentement, c'est-à-dire de différencier ses différentes finalités et d'obtenir un consentement pour chacune d'entre elles». Voy. Comité européen pour la protection des données, Lignes directrices 5/2020 sur le

consentement au sens du règlement (UE) 2016/679 (Version 1.1), 2020, p. 14.

¹⁷⁶ Décision DSB-D124.4574 précitée, point D.3.b.

¹⁷⁷ C.J., arrêt *Meta Platforms* précité, point 150.

¹⁷⁸ C.J., arrêt *Meta Platforms* précité, point 151.

¹⁷⁹ G. Sartor, F. Lagioia et F. Gali, *op. cit.*, p. 99.

¹⁸⁰ *Ibid.*

Lorsqu'il évoque les potentielles alternatives à la publicité comportementale qui seraient moins intrusives que celle-ci, le Comité précise ce qui suit: «[t]he [Austrian] [Polish] and [Swedish Supervisory Authorities] mention [...] contextual advertising based on geography, language and content, which do not involve intrusive measures such as profiling and tracking of users»¹⁸¹. Il met aussi en évidence une note de bas de page, reprise dans les conclusions de l'avocat général dans le cadre de l'affaire *Meta Platforms*¹⁸². A. Rantos y a relevé que «[...] auparavant [Meta] permettait aux utilisateurs de Facebook de choisir entre une présentation chronologique ou une présentation personnalisée des contenus du fil d'actualité, ce qui démontre qu'une modalité alternative est envisageable»¹⁸³. S'agissant de cette possible utilisation de la publicité contextuelle, deux cas de figure doivent être distingués.

72. Dans le premier cas de figure, la publicité contextuelle est utilisée pour remplacer la publicité comportementale. On peut alors se demander s'il ne deviendrait pas possible de justifier le traitement sur base de l'intérêt légitime de son responsable en pareilles circonstances, puisque le Comité a mis en avant la dimension moins intrusive de ce type d'annonces¹⁸⁴. Les considérations relatives au consentement et au caractère libre de celui-ci s'effaceraient par la même occasion, dans la mesure où l'article 6 (1) (a) ne serait plus le seul envisageable pour justifier le traitement.

73. Dans le second cas de figure, la publicité contextuelle n'est plus considérée comme un substitut au sens strict. Elle est plutôt utilisée dans le cadre d'une option payante, que le responsable du traitement oppose à une option gratuite conditionnée par le consentement de la personne concernée au traitement de ses données à des fins de publicité comportementale. Le même raisonnement concernant la potentielle utilisation de l'intérêt légitime comme base de licéité peut alors être tenu. Seulement, les réflexions que nous avons mises en évidence au point précédent (concernant l'utilisation de *paywalls*) doivent y être additionnées. En particulier, il y a lieu d'être particulièrement attentif à la granularité du consentement et à la proportionnalité des options présentées à l'utilisateur, de sorte qu'il puisse bénéficier d'une véritable liberté au moment de décider de porter son choix sur l'une ou l'autre d'entre elles.

74. En pratique, on peut s'interroger sur la volonté des plateformes de passer à une publicité exclusivement contextuelle, telle qu'utilisée dans le premier cas de figure que nous mentionnons. Meta et Google disposent, par exemple, de parts non négligeables sur le marché de la publicité comportementale¹⁸⁵. Peut-être rechigneront-ils à y renoncer.

75. La seconde alternative est sans doute plus intéressante pour ces opérateurs. Ils pourraient, par exemple, opter pour un modèle consistant à donner à l'utilisateur un choix entre (i) une version des services sans publicité contre une compensation pécuniaire, (ii) une alternative impliquant de la publicité non ciblée moyennant le paiement d'une compensation pécuniaire moindre, (iii) une option gratuite conditionnée à l'obtention d'un consentement aux traitements de données personnelles

¹⁸¹ Comité européen pour la protection des données, décision contraignante n° 3/2022 précitée, point 121.

¹⁸² Comité européen pour la protection des données, décision contraignante n° 3/2022 précitée, point 121.

¹⁸³ Av. gén. A. Rantos, concl. préc. C.J., arrêt *Meta Platforms Inc. e.a. c. Bundeskartellamt*, 4 juillet 2023, C-252/21, EU:C:2022:704, note de bas de page n° 80.

¹⁸⁴ Comité européen pour la protection des données, décision contraignante n° 3/2022 précitée, points 120-121 et décision contraignante n° 4/2022 précitée, points 123-124.

¹⁸⁵ P. PAPADOPOULOS, D. ATHANASAKIS, P. SNYDER et B. LIVSHITS, *op. cit.*, p. 1.

JURISPRUDENCE

non sensibles¹⁸⁶ à des fins de publicité comportementale et (iv) la possibilité de ne pas contracter. Dans ce cas, l'éventuel consentement de l'utilisateur au traitement de ses données pour d'autres finalités devrait alors être donné séparément, comme l'ont fait remarquer la Cour de justice et l'autorité de protection des données autrichienne. Du point de vue des prestataires, il nous semble que cette option présente l'avantage de laisser une certaine place, sous réserve du respect de conditions strictes, à l'offre d'annonces personnalisées. Un inconvénient qui en découle provient, à l'inverse, de la complexité de son implémentation¹⁸⁷.

D. Affaire(s) à suivre

76. Il s'agit toutefois de rester prudent et d'attirer l'attention sur le fait que les pensées que nous partageons aux paragraphes précédents doivent pour l'heure être cantonnées à un stade théorique puisque Meta s'est empressée de faire appel des décisions analysées¹⁸⁸.

77. Notons que le Tribunal de l'Union européenne a considéré, dans un cas concernant WhatsApp, qu'une partie à une décision nationale découlant d'une décision contraignante du CEPD ne pouvait directement attaquer cette dernière devant les juridictions européennes que dans les conditions strictes prévues à l'article 263 du TFUE¹⁸⁹. La raison en

est que le responsable du traitement n'est pas directement concerné par la décision contraignante¹⁹⁰. Le Tribunal rappelle que pour qu'un tel recours soit recevable, le responsable du traitement doit être assimilable à un destinataire, ce qui signifie que la décision attaquée doit le concerner (i) individuellement, (ii) directement et (iii) qu'elle doit modifier de façon caractérisée sa situation juridique¹⁹¹. Dans le cas concret, les trois conditions n'étaient pas remplies et la demande fut donc déclarée irrecevable¹⁹². Meta ne s'en est toutefois pas satisfait et a interjeté appel devant la Cour de justice¹⁹³.

78. Ce point de discussion n'étant pour l'heure pas définitivement clos, il semblerait que le groupe américain ait également décidé non seulement de faire appel des décisions finales de la DPC devant les tribunaux irlandais, mais aussi des décisions contraignantes nos 3/2022 et 4/2022 devant les juridictions européennes¹⁹⁴. Il s'agira donc de tenir compte des suites qui seront données à ces affaires.

79. Nous renvoyons, pour le surplus, aux futures réponses que donnera la Cour de justice aux questions préjudicielles qui lui ont été posées dans le cadre de l'affaire C-446/21¹⁹⁵,

¹⁸⁶ Puisque le traitement de données sensibles à ces fins ne sera, quoi qu'il en soit, plus envisageable sous l'empire du DSA (voy. point B ci-avant).

¹⁸⁷ Voy., en ce sens, G. SARTOR, F. LAGIOIA et F. GALI, *op. cit.*, p. 99.

¹⁸⁸ Trends Tendances, « Meta écope d'une nouvelle amende de 390 millions d'euros », disponible sur <https://trends.levif.be/entreprises/meta-ecope-dune-nouvelle-amende-de-390-millions-d'euros/>, publié le 4 janvier 2023, consulté le 30 mai 2023.

¹⁸⁹ Trib., 7 décembre 2022, ord. *WhatsApp Ireland Ltd c. Comité européen de la protection des données*, T-709/21, EU:T: 2022:783, points 34-35.

¹⁹⁰ Trib., ord. *WhatsApp Ireland* précitée, point 50.

¹⁹¹ Trib., ord. *WhatsApp Ireland* précitée, points 35 et 39.

¹⁹² Trib., ord. *WhatsApp Ireland* précitée, point 72.

¹⁹³ C.J., pourvoi formé le 17 février 2023 par *WhatsApp Ireland Ltd* contre l'ordonnance du Tribunal (quatrième chambre élargie) rendue le 7 décembre 2022 dans l'affaire T-709/21, *WhatsApp Ireland c. Comité européen de la protection des données*, aff. C-97/23 P.

¹⁹⁴ Réf. T-128/23 et T-129/23 pour les recours introduits devant le Tribunal de l'Union européenne.

¹⁹⁵ Affaire qui oppose Max Schrems à Meta. La première question préjudicielle posée à la Cour de justice dans ce cadre porte sur l'argument du consentement « forcé », en lien avec la possibilité pour Meta de se fonder sur la nécessité à l'exécution du contrat pour justifier les traitements effectués à des fins de publicité comportementale.

dans la mesure où elles portent sur des points similaires¹⁹⁶. Affaire(s) à suivre, donc.

E. Conclusion

80. En conclusion, divers points sont mis en évidence dans les décisions commentées. Sur l'argument lié à l'existence d'un consentement « forcé », aucune véritable de réponse n'est apportée sur le fond. La DPC suit Meta, qui se prévalait de ne jamais avoir entendu se fonder sur le consentement en l'espèce. Le CEPD refuse quant à lui de trancher et enjoint à l'Autorité irlandaise de retirer ses conclusions, au motif qu'elle n'a pas mené une investigation suffisante sur les traitements de données sensibles effectués par l'entreprise américaine. Il faudra sans doute attendre l'arrêt que rendra la Cour de justice dans l'affaire C-446/21 pour approfondir le sujet.

81. Les réflexions des différents acteurs sur l'argument relatif à la possibilité d'invoquer la nécessité à l'exécution du contrat sont en revanche éclairantes. On en retient qu'aux yeux du Comité, les services offerts par Meta ont pour objectif principal de permettre aux utilisateurs de communiquer les uns avec les autres. La publicité comportementale n'est donc pas strictement nécessaire à l'offre de ces services et, partant, n'est pas nécessaire à l'exécution du contrat. Le CEPD ne se laisse pas convaincre par les arguments de Meta, contrairement à la DPC qui considère que, dans les cas d'espèce, la publicité comportementale est au cœur des services fournis. Le Comité reste plutôt sur la position qu'il tient dans les lignes directrices 2/2019 : la publi-

cité comportementale n'est pas nécessaire à l'offre de services de réseaux sociaux en général.

82. D'un point de vue plus général, le CEPD considère que les autorités de protection des données doivent pouvoir disposer de compétences limitées leur permettant d'évaluer la validité d'un contrat lorsque cela leur est nécessaire pour accomplir leurs missions. Il donne également de l'importance à la compréhension par l'utilisateur raisonnable de ce qui lui est demandé.

83. Il découle de ce qui précède que fonder un traitement effectué à des fins de publicité comportementale sur une autre base que l'article 6 (1) (a) devient, à l'heure actuelle, compliqué. Cela va dans le sens de l'importance qui est traditionnellement donné à cette base de licéité comme socle de l'auto-détermination informationnelle. On peut toutefois se demander si c'est à bon escient, au regard notamment des interrogations qui entourent la réelle efficacité du consentement dans le cadre des opérations courantes de l'Internet.

84. Les règles introduites pas le nouveau DSA restreignent encore les possibilités laissées aux opérateurs de plateforme de traiter des données de leurs utilisateurs pour leur proposer des annonces personnalisées. En combinaison avec le point relatif au consentement, l'application des dispositions de ce nouveau règlement pourrait mener les pres-tataires à changer leur modèle de revenus. Ils envisageront peut-être diverses pistes de solutions, telles que l'utilisation de *paywalls*, de publicité contextuelle, ou d'un mix de ces deux options. Ils devront toutefois rester, le cas échéant, attentifs aux points d'attention soulevés par certaines autorités, telles que la CNIL et l'Autorité autrichienne, et par la Cour de justice, sur ce sujet.

¹⁹⁶ Des similitudes à partir desquelles Meta a argumenté afin de tenter, sans succès, d'obtenir la suspension du processus ayant mené à la prise des décisions contraignantes par le CEPD jusqu'à ce que la Cour se prononce. Voy., par exemple, Comité européen pour la protection des données, décision contraignante 3/2022 précitée, point 25.

JURISPRUDENCE

85. Toutes ses réflexions doivent pour l'instant être cantonnées à un stade théorique puisque Meta a fait appel des décisions de la DPC devant les tribunaux irlandais et des décisions contraignantes devant les juridictions européennes.

Martin RAPPE