



HAL
open science

Service en ligne "gratuit" contre publicité ciblée : le modèle d'affaires aux pieds d'argile

Emmanuel Netter

► To cite this version:

Emmanuel Netter. Service en ligne "gratuit" contre publicité ciblée : le modèle d'affaires aux pieds d'argile. Mélanges Storck, Dalloz, 2021, 978-2-247-19731-6. hal-03111062

HAL Id: hal-03111062

<https://hal.science/hal-03111062>

Submitted on 15 Jan 2021

HAL is a multi-disciplinary open access archive for the deposit and dissemination of scientific research documents, whether they are published or not. The documents may come from teaching and research institutions in France or abroad, or from public or private research centers.

L'archive ouverte pluridisciplinaire **HAL**, est destinée au dépôt et à la diffusion de documents scientifiques de niveau recherche, publiés ou non, émanant des établissements d'enseignement et de recherche français ou étrangers, des laboratoires publics ou privés.

Service en ligne « gratuit » contre publicité ciblée :
le modèle d'affaires aux pieds d'argile¹
in Mélanges Storck, Dalloz, février 2021

Emmanuel Netter, professeur de droit privé
Université d'Avignon, LBNC (EA 3788)

Les services offerts par Facebook et TF1 ont en commun de ne pas coûter un euro à leurs utilisateurs, tout en étant parfaitement rentables pour ceux qui les exploitent. Le financement est en effet assuré par des annonceurs publicitaires, qui sont à la recherche, en vertu d'une formule qui résiste au passage du temps, de « temps de cerveau humain disponible ». Les similitudes, pourtant, s'arrêtent là : si le réseau social et la chaîne de télévision cherchent tous deux à faire pénétrer un message commercial le plus loin possible dans l'esprit de ceux qui y sont exposés, ils poursuivent cette finalité commune à l'aide d'instruments radicalement différents.

Facebook, en principe, est en mesure de peindre de chacun de ses utilisateurs un portrait d'une grande finesse. Celui-ci prend la forme d'un nuage de variables : où habitez-vous, qui sont vos amis, quels lieux fréquentez-vous pendant votre pause déjeuner et durant vos samedis soirs, quelles pages internet ouvrez-vous et combien de temps s'écoule avant que vous ne les refermiez, quels sont les livres que vous prétendez lire et ceux que vous lisez réellement. L'individu est géolocalisé, chronométré, inséré dans un graphe social. Sa personnalité riche et complexe, passée à la flamme des traitements algorithmiques, est réduite comme par pyrolyse à une liste nette, sèche et supposée fiable de ses centres d'intérêt. Le profil ainsi constitué est vendu, par enchères en temps réel, à l'annonceur le plus offrant. La suggestion publicitaire arrive en terrain conquis. Parfaitement concordante avec les attentes de la cible, elle n'a besoin que d'être murmurée pour être intégrée avec enthousiasme, au cours d'un processus à peine conscient.

Pendant ce temps, sur la chaîne de télévision privée, l'annonceur tente d'apercevoir les caractéristiques de l'audimat à travers la brume. Sa vision n'est plus individuelle, mais collective : il perçoit un troupeau. De l'horaire et du type d'émission, il tirera évidemment un diagnostic, grossier. Les publicités à la mi-temps d'un match de football seront ainsi pleines de mousse à raser, de voitures rugissantes et de gels douche aux senteurs musquées. Mais devant l'écran, en réalité, se trouve une jeune femme préoccupée par le réchauffement climatique, qui soupire de lassitude devant la nullité des propositions qui lui sont ainsi adressées. Le message publicitaire n'est plus susurré, mais hurlé, dans l'espoir qu'il atteindra autant d'oreilles amicales que d'esprits hostiles. C'est le fameux : « la moitié de l'argent que je dépense en publicité est gaspillée, mais je ne sais pas quelle moitié »².

Cette différence fondamentale pourrait bientôt appartenir au passé. Le 13 février 2020, le ministre de la Culture Franck Riester déclarait publiquement son intention d'autoriser la « publicité segmentée » à la télévision, pour qu'il soit mis fin à « une iniquité de traitement entre les chaînes de télévision et les acteurs de l'internet »³. Techniquement, la collecte d'informations passerait par les télévisions connectées ou par les « box » des fournisseurs d'accès. À la journaliste qui l'interrogeait, et qui relevait qu'il est possible, sur internet, de refuser de consentir aux traitements

1 Ces quelques lignes à la croisée de la protection des données personnelles et du droit des affaires pour rendre hommage à l'un des maîtres strasbourgeois du droit de l'entreprise, pour toujours mon directeur de laboratoire et de master, sans lequel je ne serais pas universitaire aujourd'hui.

2 Cette formule célèbre est par exemple attribuée à John Wanamaker par O. Nallis, *Veille et études : communication, marketing, publicité*, éd. Lulu.com, 2011, p. 91.

3 Il était interrogé par Mme Sonia Devillairs dans « L'instant M ». L'extrait cité peut être vu ici : https://twitter.com/Sonia_Devillers/status/1227905196556275713.

de données correspondant à la publicité ciblée, le ministre répondait qu'il restait encore à travailler « avec le CSA, avec les opérateurs de télécommunication » pour assurer la protection de la vie privée en matière de publicité télévisée personnalisée.

Ces déclarations de M. Riester sont édifiantes à un double point de vue. Du point de vue économique d'abord, parce qu'elles actent l'incroyable succès de la publicité ciblée comme source de financement. L'invention, dans sa forme actuelle, n'a pas vingt ans, et c'est pourtant essentiellement sur cette base qu'ont été construites deux des dix plus grandes capitalisations boursières mondiales : Alphabet et Facebook. L'afflux de nouveaux convertis n'est donc pas surprenant. Mais les propos du ministre sont également remarquables du point de vue juridique. Ils minorent les menaces que le droit des données personnelles fait actuellement peser sur ce modèle, et laissent croire qu'un groupe de travail motivé surmontera cette simple difficulté technique en quelques mois. Le fait d'y inclure le CSA, mais pas la CNIL, constitue au passage un spectaculaire acte manqué. L'ensemble relève du déni et confine à l'aveuglement.

La réalité est méconnue, mais elle est bien celle-ci : le marché de la publicité ciblée, qui pèse déjà plus de 5 milliards d'euros par an en France, et poursuit son expansion rapide, est menacé d'une fin brutale par une conjonction d'interprétations du règlement général sur la protection des données⁴. Le texte ne frappe ce modèle d'affaires d'aucune interdiction directe. La directive dite e-privacy, qui régit notamment le dépôt de cookies sur les terminaux (ordinateurs ou téléphones) des internautes ne le fait pas davantage⁵. Dès lors, les professionnels concernés sont restés libres d'imaginer qu'avec suffisamment d'efforts, ils parviendraient à assurer la conformité de leurs traitements de données aux exigences européennes. Il se pourrait que ce soit finalement impossible.

L'une des exigences les plus fondamentales du RGPD tient dans l'existence d'un fondement de licéité. Une fois retirés ceux qui n'ont aucune chance d'être applicables dans le domaine qui nous intéresse, l'article 6 laisse apparaître les possibilités suivantes :

« Le traitement n'est licite que si, et dans la mesure où, au moins une des conditions suivantes est remplie :

a) la personne concernée a consenti au traitement de ses données à caractère personnel pour une ou plusieurs finalités spécifiques ;

b) le traitement est nécessaire à l'exécution d'un contrat auquel la personne concernée est partie (...);

f) le traitement est nécessaire aux fins des intérêts légitimes poursuivis par le responsable du traitement ou par un tiers, à moins que ne prévalent les intérêts ou les libertés et droits fondamentaux de la personne concernée qui exigent une protection des données à caractère personnel (...). ».

L'obstacle risque d'être infranchissable pour des spécialistes du « reciblage publicitaire » comme le géant français Criteo ou des courtiers en données. De telles entreprises font actuellement l'objet d'enquêtes des autorités française et irlandaise de protection des données⁶. Leur situation est particulièrement critique, car elles font commerce des informations des internautes sans pour autant leur rendre aucun service ni se trouver en contact direct avec eux. On voit mal pourquoi un utilisateur se représentant correctement la situation *consentirait* à exposer son intimité à leur profit.

4 Voir la 23e étude de l'Observatoire de l'e-pub du Syndicat des régies internet, sur sri-france.org. La publicité en ligne y atteint 5,862 milliards d'euros pour 2019. L'essentiel de la publicité en ligne est personnalisé.

5 Directive 2002/58/CE du Parlement européen et du Conseil 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.

6 « RGPD : la CNIL enquête sur Criteo », article nextinpact.com du 10 mars 2020.

« L'intérêt légitime du responsable de traitement » semblerait constituer, pour elles, la piste la plus sérieuse. Le G29, ancêtre du Comité européen de la protection des données (CEDP), reconnaissait d'ailleurs « l'intérêt économique d'une entreprise à en savoir le plus possible sur ses clients potentiels afin de mieux cibler la publicité pour ses produits ou services »⁷. Mais il ne s'agissait que du point de départ du raisonnement. L'intérêt ainsi identifié doit ensuite être mis en balance avec les droits et libertés de la personne concernée : c'est toute la spécificité du fondement de licéité f). Or, le G29 estimait plus loin que les traitements de publicité ciblée, particulièrement intrusifs, conduisent à une balance défavorable⁸.

Des entreprises comme Facebook ou Google semblent en meilleure posture. Elles se trouvent en relation directe avec leurs utilisateurs et leur fournissent un service pseudo-gratuit en échange de l'accès à leurs données personnelles. Elles peuvent profiter de cette position pour demander aux internautes de bien vouloir consentir à des traitements de publicité ciblée (I). Elles peuvent également estimer, de manière plus radicale, que l'utilisateur qui profite d'une prestation sans bourse délier a, ce faisant, accepté d'être exposé à des messages publicitaires : ce qu'il ne règle pas en euros, il le paie autrement (II). La première de ces positions a cependant déjà échoué devant la justice française. La seconde n'a pas encore fait l'objet d'une décision nationale ni européenne.

I – L'exposition à la publicité comme faculté : le consentement spécial au traitement de données

La société Google avait choisi de fonder ses traitements de données à des fins de publicité ciblée exclusivement sur le consentement des utilisateurs. À la suite de plaintes collectives conduites notamment par les associations La Quadrature du Net (LQN) et None of Your Business (NOYB), la CNIL a été amenée, dans la décision la plus importante de son histoire récente, à se prononcer sur la pertinence de ce choix⁹. La réponse a pris la forme d'une sanction administrative d'un montant de 50 millions d'euros.

Dans cette affaire, la CNIL examinait le processus par lequel le nouvel acquéreur d'un téléphone animé par un système d'exploitation Android est invité à ouvrir un compte Google, s'il n'en possède pas déjà. Certains points de la décision, très importants dans l'absolu, ne seront pas développés ici. L'insuffisante clarté de la politique de confidentialité, notamment, n'est pas un problème spécifique aux modèles d'affaires reposant sur de la publicité ciblée. De surcroît, c'est un grief auquel il est théoriquement possible de remédier. Il n'en va pas de même des critiques adressées par la Commission au fondement de licéité choisi.

Au moment de la création du compte, la société Google cochait par défaut une case par laquelle l'internaute acceptait que lui soient adressées des publicités en adéquation avec ses centres d'intérêt. Cela impliquait que ses activités en ligne, recherches sur le moteur, choix de vidéo YouTube, historique de déplacements... soient utilisés pour révéler ses goûts. Si l'utilisateur laissait inchangés les choix par défauts et cliquait sur le bouton « suivant », une « fenêtre surgissante » apparaissait, qui déclarait : « Ce compte Google est configuré pour inclure des fonctionnalités de personnalisation (telles que les recommandations et les annonces personnalisées), qui sont basées sur les informations enregistrées dans votre compte. Pour modifier vos paramètres de

7 G29, Avis 06/2014 sur la notion d'intérêt légitime poursuivi par le responsable du traitement des données au sens de l'article 7 de la directive 95/46/CE, 9 avril 2014, p. 27.

8 Ibid., p. 35, « scénario 2 ». L'exemple imaginé par le G29, qui met en scène un site de vente de pizzerias, concernait pourtant des traitements bien moins puissants que ceux conduits par Google ou Facebook.

9 Délibération SAN-2019-001 du 21 janvier 2019 : CCE, 2019, n° 5, p. 31, et n° 6, p. 28, note N. Metallinos

personnalisation et les informations enregistrées dans votre compte, sélectionnez Plus d'options »¹⁰. L'internaute se voyait ainsi rappeler assez clairement les conséquences de son choix, ou plutôt de son non-choix précédent, et offrir une chance de l'amender. En pratique, il ne la saisissait pas, puisque l'obsession de tout un chacun en pareil cas est d'arriver le plus rapidement possible au terme du processus d'inscription, en cliquant dès son apparition sur le bouton à l'apparence la plus agréable, sans autre forme de procès. L'étroite élite attentive à ces questions pouvait cependant faire la preuve de sa vigilance à cet instant ou, à défaut, se rendre à n'importe quel moment dans les paramètres du compte une fois créé pour y désactiver la publicité ciblée, qui se muait alors en une simple publicité contextuelle. La publicité « contextuelle » consiste par exemple à afficher en marge d'une requête de recherche un message commercial lié aux mots qui viennent d'être tapés (par exemple « hôtel à Marrakech »), sans chercher à cerner les centres d'intérêts particuliers de celui à qui on la destine : c'est le retour à l'âge de pierre publicitaire, celui auquel la télévision est actuellement bloquée, au grand dam de M. Riester¹¹.

Google avait donc habilement sauvé les apparences : il était possible de *décocher* la case, mais celui qui par deux fois avait manqué l'occasion de le faire était pris dans les filets de la publicité sur-mesure. Il pourrait en sortir sur simple demande, car le consentement à un traitement de données est toujours révocable (art. 7.3 du RGPD), mais il ne le ferait jamais.

C'était oublier cependant le considérant 32 du règlement, aux termes duquel : « Le consentement devrait être donné par un acte positif clair par lequel la personne concernée manifeste de façon libre, spécifique, éclairée et univoque son accord au traitement des données à caractère personnel la concernant, par exemple au moyen d'une déclaration écrite, y compris par voie électronique, ou d'une déclaration orale. Cela pourrait se faire notamment en cochant une case lors de la consultation d'un site internet (...) ». La CNIL a donc rappelé qu'un *opt-in* est nécessaire. Un *opt-out*, même habile et relativement élégant, ne saurait suffire. Sa décision a été confirmée en tous points par le Conseil d'État¹². La société Google doit ainsi convaincre l'internaute de cocher activement la case par laquelle il accepte d'être destinataire de publicités ciblées.

Cela aurait été très simple, s'il avait été possible d'en faire la condition d'accès au service pseudo-gratuit. L'article 7.4 du RGPD précise cependant : « Au moment de déterminer si le consentement est donné librement, il y a lieu de tenir le plus grand compte de la question de savoir, entre autres, si l'exécution d'un contrat, y compris la fourniture d'un service, est subordonnée au consentement au traitement de données à caractère personnel qui n'est pas nécessaire à l'exécution dudit contrat ». Comme le relève le CEPD, le « couplage » du traitement de données et du service n'est pas proscrit de manière absolue, mais l'expression « tenir le plus grand compte » signifie qu'il ne sera admis que dans des cas « hautement exceptionnels »¹³. L'une de ces hypothèses rarissimes, d'après le CEPD, correspondrait au cas où il existe « un service équivalent proposé par le même responsable du traitement n'impliquant pas de consentir au traitement de données à caractère personnel à des fins complémentaires »¹⁴.

Une question surgit alors, à laquelle le CEPD ne répond malheureusement pas : le service alternatif libre de tout *tracking* publicitaire peut-il être facturé ? Une entreprise peut-elle offrir une même prestation, au choix, « contre paiement en données » (formule A) et « contre paiement en euros » (formule B) ? La réponse est douteuse. À supposer que les autorités de contrôle acceptent la démarche dans son principe même, ce qui n'est pas certain, elles opéreraient probablement un contrôle du prix exigé dans la formule B. S'il était trop élevé, elles constateraient un résultat

10 Extrait de la délibération précitée ; JCP G, 2019, n° 12, p. 608, obs. A. Bellotti ; JCEP E, 2019, n° 6, p. 33, obs. J. Deroulez ; Dalloz actu., 30 janvier 2019, obs. O. Tambou ; Dalloz IP/IT, 2019, n° 3, p. 165, nos obs.

11 Il s'agit également d'un modèle qui se rencontre en ligne. C'est par exemple celui du moteur de recherche Qwant.

12 CE, 19 juin 2020, n° 430810.

13 CEPD, Guidelines 05/2020 on consent under Regulation 2016/679, 4 mai 2020, §35.

14 Ibid., §37.

d'ensemble poussant les internautes vers la formule A tout en extorquant leur consentement, ce qui serait illicite.

Un problème similaire se pose en matière de cookies. De nombreux sites luttent encore pied à pied pour rendre le refus du dépôt de cookies à finalité publicitaire le plus pénible possible pour l'internaute. Un règlement e-privacy était supposé succéder à la directive du même nom¹⁵. Il devait prévoir la possibilité, pour les internautes, de refuser une fois pour toutes ce type de cookies dans un réglage général de leur navigateur. Qui s'en priverait, si cela ne devait entraîner aucune conséquence négative ? Le CEPD vient en effet de préciser qu'il est interdit à un site de subordonner son accès à l'acceptation de cookies publicitaires¹⁶. La situation devient la suivante : vous souhaitez accéder à un service de Google, ou à un média en ligne ? Auriez-vous la gentillesse de cocher la case par laquelle vous acceptez que vos centres d'intérêt soient collectés, compilés et analysés ? Si vous ne souhaitez pas le faire, notez bien que le service fonctionnera parfaitement... mais les publicités qui s'afficheront seront beaucoup moins passionnantes ! Vous vous en fichez ? Ah...

Dans ce contexte, les concepteurs du parcours d'inscription Android et des bandeaux cookies ne cherchent évidemment pas à savoir ce que veut véritablement l'internaute, s'il accepte le *deal* qui lui est proposé. Entrez en payant avec vos données... ou entrez gratuitement ? Il n'y a *pas* de *deal*.

La réalité, c'est que le fondement de licéité 6a du RGPD, le consentement, n'a pas été conçu pour une telle situation. Souhaitez-vous, après un achat sur un site d'e-commerce, qu'il se souvienne de vos coordonnées bancaires pour accélérer un prochain achat ? Voilà une question qui admet véritablement deux réponses. Souhaitez-vous que votre commune collecte et conserve votre adresse email pour vous avertir quand des travaux de voirie auront lieu à proximité de votre domicile¹⁷ ? Faites comme il vous plaira. L'école de vos enfants agrémentera sa prochaine newsletter de quelques photos de classe, votre progéniture pourra-t-elle y figurer ? C'est votre choix.

Les services de Google ou de Facebook ne sont pas véritablement gratuits : on y paie en données. Si l'on accepte le principe même d'un tel modèle – mais l'accepte-t-on ? – alors cela n'a pas davantage de sens de refuser le *tracking* publicitaire que de consommer une boisson à la terrasse d'un café puis d'affirmer au serveur qu'on ne « consent pas » à régler l'addition. Le fondement de licéité le plus adéquat est bien différent.

II – L'exposition à la publicité comme obligation : la nécessité du traitement pour l'exécution du contrat

Quittons la stratégie de défense de Google devant les autorités françaises pour celle de Facebook devant les autorités irlandaises. Les banques ont leurs paradis fiscaux, les responsables de traitement leurs paradis informationnels : en Europe, le nirvana se trouve à Dublin. Sur le bureau de l'autorité irlandaise de protection des données, la poussière s'amoncelle paisiblement sur des dossiers portant les noms de tous les géants mondiaux du numérique. Le réseau social fondé par Mark Zuckerberg y est notamment accusé par les associations précitées LQN et NOYB de réaliser des traitements de publicité ciblée sans respecter l'article 6 du RGPD.

15 Voir la proposition de règlement 2017/0003 du 10 janvier 2017 en remplacement de la directive 2002/58/CE précitée.

16 Ibid., §39.

17 Exemple tiré du §18 des lignes directrices précitées.

Mais sur quel fondement de licéité la société prétend-elle opérer ? La politique de confidentialité, particulièrement opaque, ne permet pas à un lecteur même attentif de répondre à cette question¹⁸. Toutefois, dans une lettre ouverte destinée à dénoncer l'enlisement de la procédure devant l'autorité irlandaise, NOYB a révélé la ligne de défense du réseau social¹⁹ : « *the procedures that were triggered by three complaints filed by noyb.eu two years ago (within the first hours of the GDPR becoming applicable), the Facebook Group openly acknowledges that it simply switched from highly regulated "consent" to an alleged "data use contract". This contract allegedly obliges Facebook to track, target and conduct research on its users. According to Facebook, this switch happened at the stroke of midnight when the GDPR became applicable* ».

Il n'est rien révélé de plus sur ce que seraient les contours de ce *data use contract*, mais il s'agit vraisemblablement de présenter l'utilisation des données personnelles à des fins publicitaires comme la contrepartie de l'utilisation du service. Il s'agit bien d'un contrat synallagmatique à titre onéreux. Le fondement de licéité est alors le 6b : « *le traitement est nécessaire à l'exécution d'un contrat auquel la personne concernée est partie* ».

Et telle est la réalité du modèle d'affaires sous-jacent²⁰. Cependant, les cas d'utilisation du fondement 6b sont habituellement des situations dans lesquelles un traitement est nécessaire pour la bonne exécution d'une obligation *pesant sur le professionnel*, et non *sur son client*. La CNIL évoque ainsi l'exemple classique d'un e-commerçant forcé de traiter les données bancaires et l'adresse postale de son client pour encaisser son paiement et livrer la commande²¹. Dans le contexte qui nous occupe, c'est le client qui serait supposé exécuter son obligation consistant à s'exposer à des publicités ciblées. La CNIL est très hostile à un tel raisonnement : « *un traitement de ciblage publicitaire sur un service en ligne ne peut pas, à titre général, être considéré comme objectivement nécessaire à l'exécution du contrat conclu avec les personnes concernées, même si le traitement est mentionné dans les conditions générales d'utilisation du site internet. En effet, l'utilisation du service n'est pas conditionnée par la mise en œuvre du traitement de ciblage publicitaire et le fait que ce traitement soit nécessaire au regard du modèle d'affaires de l'organisme ou à la viabilité économique du site internet ne suffit pas à le rendre nécessaire à l'exécution du contrat spécifique conclu avec les personnes concernées* ». Le CEDP, quant à lui, a spécialement consacré des lignes directrices à cette question. Il y est notamment affirmé : « (...) l'article 6, paragraphe 1, point b) ne saurait fournir une base juridique pour la publicité comportementale en ligne au simple motif que cette publicité finance indirectement la fourniture du service. Bien qu'un tel traitement puisse contribuer à la prestation d'un service, cela ne suffit pas en soi à établir qu'il est nécessaire à l'exécution du contrat en question (...) »²².

En refusant de voir dans l'exposition à de la publicité ciblée la prestation à la charge de l'internaute dans le cadre d'un contrat synallagmatique à titre onéreux, le CEPD cherche visiblement à protéger au mieux l'utilisateur. Mais d'autres personnes lui veulent du bien, comme le TGI de Paris. Google ayant prétendu que le droit de la consommation ne s'appliquait pas aux utilisateurs de ses services,

18 La politique de confidentialité de premier niveau consacre une rubrique spécifique aux fondements de licéité employés, et cite tous ceux disponibles dans le RGPD (y compris la protection des intérêts vitaux ou l'intérêt du public), en bloc et sans les relier à aucune des finalités précédemment présentées. Le bouton « en savoir plus » donne davantage de détails, mais ne fournit pas précisément le fondement des traitements de tracking publicitaire.

19 <https://noyb.eu/en/open-letter>, document du 24 mai 2020.

20 Relevons qu'une telle approche rend nécessaire l'adhésion à des conditions générales et donc la création d'un compte utilisateur. Elle pourrait être difficile à adopter dans certains secteurs, comme les médias en ligne pseudo-gratuits affichant des publicités ciblées, qui pourraient difficilement demander à l'internaute qui les visite occasionnellement de créer des dizaines de comptes différents pour procéder à sa revue de presse. Une solution consisterait alors à créer des fédérations d'identité regroupant de nombreuses revues partenaires.

21 <https://www.cnil.fr/fr/le-contrat-dans-quels-cas-fonder-un-traitement-sur-cette-base-legale>.

22 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, version 2.0 du 8 octobre 2019.

puisqu'ils sont proposés à titre gratuit, la juridiction a répondu de la manière suivante : « *il résulte de ce qui précède que, si la société Google propose aux utilisateurs de la plate-forme litigieuse des services dépourvus de contrepartie monétaire, elle commercialise à titre onéreux auprès d'entreprises partenaires, publicitaires ou marchandes des données, à caractère personnel ou non, déposées gratuitement par l'utilisateur à l'occasion de son inscription ou de ses navigations et utilisations sur ce dispositif «Google+».* Ainsi donc, un service sans paiement monétaire ne pouvant être pour autant considéré comme un service entièrement gratuit, la fourniture de données collectées gratuitement puis exploitées et valorisées par la société Google doit s'analyser en un « avantage » au sens de l'article 1107 du code civil, qui constitue la contrepartie de celui qu'elle procure à l'utilisateur, de sorte que le contrat conclu avec la société Google est un contrat à titre onéreux et non un contrat à titre gratuit »²³.

Accepter d'être exposé à des publicités personnalisées après avoir subi des traitements de données révélant ses centres d'intérêt, cela peut-il oui ou non constituer une prestation contractuelle ? Répondre oui, c'est placer l'internaute sous l'égide du Code de la consommation. Répondre non, c'est protéger sa vie privée – y compris, peut-être, contre son gré. L'approche du CEPD et celle du TGI de Paris sont manifestement incompatibles. Une même juridiction française ou européenne qui serait saisie tour à tour dans les deux domaines aurait bien du mal à laisser persister cette incohérence.

Le retour à l'harmonie ne peut emprunter que deux voies.

La première consiste à considérer que le modèle d'affaires « service pseudo-gratuit contre publicité ciblée » est socialement nuisible. Cela revient à prendre une position forte, de nature politique, qui s'abrite malaisément derrière une interprétation d'apparence purement technique de l'article 6 du RGPD²⁴. Le CEPD n'en fait pas entièrement mystère, qui affirme au fil des lignes directrices précitées : « *les données à caractère personnel ne sauraient être considérées comme une marchandise négociable* »²⁵. Le vieux débat sur la nature réelle ou personnelle du droit de l'individu sur ses données n'est pas invoqué ici à très bon escient. La vie privée n'est pas un bien, et pourtant il est permis d'y donner accès par contrat moyennant rémunération²⁶. Interdire radicalement toute forme de monétisation par l'individu de ses données est un choix social parfaitement admissible, mais qui aurait dû relever du législateur européen. Il s'agit tout de même d'empêcher un individu, à supposer même qu'il soit bien informé, conscient des conséquences et volontaire, de faire usage de sa liberté. Le CEPD et la CNIL ont, de fait, d'ores et déjà édicté cette interdiction : la combinaison de leurs doctrines présentées dans les deux parties de cette étude est implacable. Ce modèle d'affaires est un mort en sursis, qui n'a plus que quelques pas à marcher avant de s'effondrer - sauf à ce que les juges nationaux ou européens adoptent d'autres analyses que le CEPD, ce qui est parfaitement envisageable. Dans un tel scénario, les services « pseudo-gratuits » se convertissent à la publicité simplement contextuelle ou deviennent payants, et la discordance avec le droit de la consommation disparaît d'elle-même au moment où le *business model* s'éteint²⁷.

La seconde voie, plus libérale, consiste à autoriser ce modèle, mais en l'encadrant. L'emprunter suppose d'abandonner nettement le fondement de licéité « consentement » au profit de la

23 TGI de Paris, jugement du 12 février 2019.

24 Le Parlement européen a bien compris la nature politique de ce débat, lui qui a « invit(é) la Commission à interdire aux plateformes d'afficher des publicités microciblées » à l'occasion d'une résolution du 18 juin 2020 sur la politique de concurrence (§105).

25 Ibid., §54.

26 Pour une distinction entre la face « économique » et la face « morale » des droits de la personnalité, V. J. Antipapas, « Propos dissidents sur les droits dits "patrimoniaux" de la personnalité », RTD. com., 2012, p. 35.

27 Le revenu par utilisateur est beaucoup plus faible pour de la publicité simplement contextuelle que pour de la publicité ciblée. Il n'est donc pas possible de postuler que le basculement du second modèle dans le premier suffira à financer tous les services pseudo-gratuits actuels.

« nécessité pour l'exécution du contrat » : si les données sont le prix contractuellement défini, on ne peut pas échapper au paiement parce qu'on s'est abstenu de cocher une case à l'entrée dans le service. À droit constant, les foudres conjointes du RGPD (principe de minimisation, protection de la vie privée par défaut, durées de conservation...) et du droit de la consommation (à travers notamment la prohibition des clauses abusives) pourraient d'ores et déjà réfréner une large part des abus, et imposer (très) progressivement les modèles les plus vertueux du genre. Une intervention normative permettrait naturellement d'aller plus vite et plus loin.

Surtout, dans l'un comme l'autre cas, une intervention du législateur européen assurerait un traitement homogène et simultané de l'ensemble de ce secteur économique. À défaut, les règles mettront des années à se clarifier devant la CJUE, livrant entre-temps professionnels et utilisateurs aux hasards des priorités de contrôle variables et des moyens parfois insuffisants des autorités européennes de protection des données.

L'Europe prétend aujourd'hui mettre sur pied un modèle de protection des données susceptible de servir de référence dans le monde entier. Cette noble ambition lui commande d'affronter sans trembler les questions les plus difficiles de la matière. La licéité du financement par la publicité ciblée est la première d'entre elles.