



HAL
open science

Le modèle économique de Meta en partie condamné par la Cour de justice de l'Union européenne

Philippe Mouron

► **To cite this version:**

Philippe Mouron. Le modèle économique de Meta en partie condamné par la Cour de justice de l'Union européenne. *Revue européenne des médias et du numérique*, 2024, hiver 2023-2024 (n° 68), pp. 22-25. hal-04495551

HAL Id: hal-04495551

<https://amu.hal.science/hal-04495551v1>

Submitted on 12 Jun 2024

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.



Distributed under a Creative Commons Attribution - NonCommercial - NoDerivatives 4.0 International License



LE MODÈLE ÉCONOMIQUE DE FACEBOOK EN PARTIE CONDAMNÉ PAR LA COUR DE JUSTICE DE L'UNION EUROPÉENNE

-

Revue européenne des médias et du numérique, n° 68, hiver 2023-2024, pp. 22-25

Philippe MOURON

Maître de conférences HDR en droit privé

LID2MS – Aix-Marseille Université

L'arrêt rendu par la Cour de justice de l'Union européenne le 4 juillet 2023 marque une clarification opportune quant aux bases de licéité des traitements auxquelles peuvent recourir les prestataires de services gratuits tels que les réseaux sociaux.

« Le capitalisme de surveillance est une forme sans limite qui ignore les distinctions anciennes entre marché et société, marché et monde, marché et individus. C'est une forme avide de profit dans laquelle la production est subordonnée à l'exploitation, les capitalistes de surveillance exigeant le contrôle sur des territoires humains, sociétaux et politiques situés bien au-delà de ce qui est d'ordinaire le champ d'action des entreprises privées ou du marché ».

L'ouvrage de Shoshana Zuboff, *L'âge du capitalisme de surveillance*, démontre comment les géants du numérique ont bâti leurs empires sur l'exploitation du surplus comportementalⁱ, qui repose elle-même sur les traitements à grande échelle des données personnelles des consommateurs. Le modèle économique, adopté par nombre de réseaux sociaux, consistant à proposer des services ou des contenus numériques s'est lui-même bâti sur la valorisation des données des utilisateurs à des fins de ciblage publicitaire. Et l'on sait que les sources utilisées sont multiples, incluant aussi bien les données divulguées ou partagées par les personnes elles-mêmes que celles qui sont déduites de leurs habitudes de navigation et de consommation.

La validité de ce modèle a été maintes fois critiquéeⁱⁱ, et continue de l'être notamment au titre de sa conformité avec le RGPD. Ainsi a-t-on pu affirmer qu'il s'agissait d'un modèle « aux

pieds d'argile »ⁱⁱⁱ, tant il semble incompatible avec les principales exigences du texte. Du reste, sa remise en cause semble peu à peu acquise au vu des nombreuses sanctions prononcées par les autorités de contrôle nationales. Au-delà du modèle économique, c'est de la nature même des données personnelles dont il est question, car celles-ci sont, de par leur nature, à la frontière entre les choses et les personnes (Voir *La Rem*, n° 46-47, p. 90). Pourraient-elles être des biens^{iv} ? La réponse dépend grandement de l'interprétation du RGPD à l'aune des pratiques déployées par les services en ligne gratuit qui recourent volontiers à une valorisation publicitaire des données.

L'arrêt rendu par la Cour de justice de l'Union européenne le 4 juillet 2023 à propos de Meta marque une étape décisive dans cette entreprise de remise en cause. La Cour apporte une clarification opportune quant aux bases de traitement auxquelles peuvent recourir les prestataires de services.

Peut-on payer avec des données à caractère personnel ?

La réponse à cette question est positive, comme il en a été jugé sur le terrain du droit de la consommation.

Le Tribunal de grande instance de Paris a ainsi jugé, à quatre reprises, que les conditions générales d'utilisation (CGU) de plusieurs services en ligne gratuits constituaient des contrats de consommation. En effet, la contrepartie à la gratuité que constitue la possibilité d'exploiter les données à des fins publicitaires constitue bien un avantage au sens de l'article 1107 du Code civil ; le contrat présente donc un caractère onéreux. C'est pourquoi les CGU de Twitter (voir *La Rem*, n° 48, p. 26), de Google + et Facebook (voir *La Rem*, n° 50, p. 16), ainsi que celles de Steam^v ont été passées au crible des dispositions du Code de la consommation interdisant les clauses abusives, entendues comme celles qui génèrent un déséquilibre entre le professionnel et les consommateurs. Si cette solution a eu l'avantage de garantir la protection du droit de la consommation aux utilisateurs de réseaux sociaux, elle nécessitait pour autant de reconnaître l'existence d'un échange entre l'accès au service et les données à caractère personnel, celles-ci faisant alors office de prix.

Cette qualification a également été confirmée au niveau de l'Union européenne avec la directive du 22 mai 2019 relative aux contrats de fourniture de services ou de contenus

numériques^{vi}. Son article 3, relatif au champ d'application, dispose que « *la présente directive s'applique à tout contrat par lequel le professionnel fournit ou s'engage à fournir un contenu numérique ou un service numérique au consommateur et le consommateur s'acquitte ou s'engage à s'acquitter d'un prix. La présente directive s'applique également lorsque le professionnel fournit ou s'engage à fournir un contenu numérique ou un service numérique au consommateur, et le consommateur fournit ou s'engage à fournir des données à caractère personnel au professionnel* ».

Quand bien même les dispositions de la directive portent sur les obligations à la charge du professionnel quant à la garantie de conformité des contenus et services proposés, l'article précité ne laisse guère de doute quant à la reconnaissance d'une possibilité de payer l'équivalence d'un prix par la fourniture de données à caractère personnel. Le CEPD, à la suite du G29, s'était pourtant insurgé contre ce mécanisme, estimant que les données à caractère personnel ne peuvent pas être traitées comme n'importe quelle marchandise^{vii}. Sa transposition dans le Code de la consommation s'est faite au prix d'une formulation plus neutre, l'article L 224-5-2 visant le « *contrat par lequel un professionnel, ou toute personne se présentant ou se comportant comme tel, fournit un contenu numérique et un service numérique au consommateur, et ce dernier s'acquitte d'un prix ou procure tout autre avantage au lieu ou en complément du paiement d'un prix* ».

Pour autant, l'article 3 de la directive dispose que celle-ci est sans préjudice du RGPD et de la directive du 12 juillet 2002, dont les dispositions doivent primer en cas de conflit. De là était-il nécessaire de rechercher quelle pourrait être la base de traitement de l'article 6 du RGPD qui pourrait être la plus adéquate pour légitimer les traitements effectués à des fins de rémunération du service.

Quelle base de traitement pour les données traitées comme l'équivalent d'un prix ?

Si le consentement (art. 6 1. a), l'exécution du contrat (art. 6 1. b) et l'intérêt légitime (art. 6 1. c) semblaient spontanément appelés, une analyse plus fine permettait *a priori* d'exclure les deux premières^{viii}.

En effet, l'article 3 de la directive du 22 mai 2019 prend le soin de délimiter les traitements pouvant être considérés comme procurant le substitut d'un prix au prestataire de services.

Ceux-ci ne peuvent porter sur « *les données à caractère personnel fournies par le consommateur sont exclusivement traitées par le professionnel pour fournir le contenu numérique ou le service numérique* », autrement dit celles qui sont nécessaires à l'exécution du contrat. Cette base ne peut donc pas être utilement invoquée. Certes, les données en cause dans les deux cas peuvent être identiques du point de vue matériel, mais les finalités des traitements doivent être considérées comme différentes. Par ailleurs, cela sous-entend qu'un plus grand nombre de données pourrait être concernée au titre de la rémunération du service. Cela ouvrirait une brèche particulièrement importante, puisque des données non nécessaires à l'exécution du contrat seraient elles aussi traitées. Le CEPD avait fort justement estimé que les fonctionnalités de ciblage publicitaire, nécessaires au paiement du prix, ne sauraient être considérées comme nécessaires à l'exécution du contrat ; au mieux la personnalisation du service ou des contenus peut-elle constituer un objectif légitime, sans que cela soit apprécié de façon générale^{ix}. L'affirmation a été réitérée par le comité spécialement à l'égard du modèle économique de Facebook^x. C'est pourquoi l'arrêt de la Cour de justice s'avère particulièrement bienvenu pour entériner cette position.

Par voie de conséquence, le consentement ne pourrait pas non plus être retenu pour justifier cette exploitation des données à caractère personnel comme substitut d'un prix. Si certains services ont pu s'y essayer, tant les conditions du recueil du consentement que celui du contexte global de l'opération s'opposent à cette base de traitement. Les conditions d'obtention biaisée du consentement ainsi que la complexité des conditions quant à l'exercice du droit d'opposition ont pu être jugées non conformes aux exigences du RGPD tenant à un consentement libre et éclairé^{xi}. Il y aurait par ailleurs une contradiction à reconnaître une telle faculté aux consommateurs de façon indépendante de la fourniture du service ou des contenus numériques. On ne peut valablement consentir à un tel contrat sans consentir au traitement de données et sans payer. L'utilisateur est donc enfermé et son consentement ne peut être libre. C'est bien pourquoi le CEPD avait exprimé de fortes critiques sur le « couplage » des consentements, celui-ci ne pouvant être admis que dans des cas très exceptionnels^{xii}. L'existence d'une offre payante de services ou de contenus doit également être regardée avec beaucoup de vigilance ; un prix prohibitif s'avérerait nécessairement décourageant pour le consommateur, qui se tournerait dès lors vers l'offre gratuite, avec pistage publicitaire^{xiii}. Cette logique du *pay for*

privacy a justement pu être dénoncée aux Etats-Unis, le CCPA prévoyant une dérogation en ce sens à l'interdiction des pratiques discriminatoires (voir *La Rem*, n° 56, p. 53).

Ne reste donc que l'intérêt légitime du responsable de traitement. L'invocation de cette base nous rappelle que les services proposés par les plateformes, et en particulier les réseaux sociaux, ne sont gratuits qu'en apparence. Ils impliquent nécessairement un coût que le prestataire a tout intérêt à répercuter sur l'utilisateur, soit par le paiement d'un prix, soit par l'exploitation de ses données. Présenté ainsi, il y aurait donc bien un intérêt légitime à se rémunérer de la sorte, le modèle économique résultant alors d'un choix délibéré de recourir à la publicité ciblée, ce qui permet de toucher une plus large audience. Encore faut-il que cet intérêt légitime ne soit pas supérieur aux « *intérêts ou les libertés et droits fondamentaux de la personne concernée qui exigent une protection des données à caractère personnel* ». Le G29 avait en son temps rappelé ce nécessaire rapport de proportionnalité. La pratique consistant à connaître les préférences des consommateurs afin de personnaliser des offres, notamment à des fins de prospection commerciale, lui semblait pouvoir constituer un intérêt légitime, en ce qu'elle relève d'un service supplémentaire qui peut être proposé à l'utilisateur. Cependant, elle ne pourrait dégénérer en un mécanisme de surveillance généralisée de leurs activités. Le groupe de travail s'était exprimée de manière on ne peut plus explicite sur le sujet, en affirmant que cette base de traitement ne pouvait être invoquée « *pour surveiller indûment les activités en ligne ou hors ligne de leurs clients, pour compiler d'importants volumes de données à leur propos en provenance de différentes sources, collectées à l'origine dans d'autres contextes et à des fins différentes, et pour créer – mais aussi, par exemple, échanger en passant par des courtiers en informations – des profils complexes concernant la personnalité et les préférences des clients, sans les en informer ni mettre à leur disposition un mécanisme fonctionnel permettant d'exprimer leur opposition, pour ne rien dire de leur consentement éclairé. Une telle activité de profilage risque de constituer une violation grave de la vie privée du client et, dans ce cas, l'intérêt et les droits de la personne concernée prévaudraient sur l'intérêt poursuivi par le responsable du traitement* »^{xiv}.

Il était donc essentiel que la Cour de justice soit saisie de ce sujet, et son arrêt apporte d'intéressants enseignements.

Le nécessaire respect d'un équilibre des intérêts

L'affaire prend sa source dans une procédure engagée par l'autorité fédérale de la concurrence Allemande, qui a enjoint à Meta de cesser le traitement d'un certain nombre de données des utilisateurs de Facebook.

Sont concernées les données dites « *off Facebook* », qui sont issues de services extérieurs au réseau social, telles que les données de navigation des utilisateurs ainsi que celles qui sont générées par d'autres applications du groupe Meta, telles que Instagram, Whatsapp, Oculus et Masquerade. Ces données sont reliées à Facebook via des interfaces de programmation appelées les outils « Facebook Business ». Ces pratiques ne sont pas nouvelles, et avaient déjà donné lieu à plusieurs procédures des autorités de contrôle nationales que nous avons pu évoquer dans la présente revue (voir not. *La Rem*, n° 41, p. 20, n° 42-48, p. 18 et n° 44, p. 17). Saisi d'un recours de Meta, le Tribunal régional supérieur de Düsseldorf décida de poser plusieurs questions préjudicielles à la Cour de justice, tenant notamment à la compétence de l'autorité de la concurrence, à l'existence de traitements de données sensibles, mais aussi aux bases de traitement que peut invoquer le service « *qui propose, dans ses conditions de service, la personnalisation des contenus et de la publicité, la sécurité du réseau, l'amélioration du produit ainsi que l'utilisation homogène et fluide de tous les produits propres au groupe* ». En l'occurrence, il était question de savoir si de tels traitements peuvent être basés sur la nécessité pour l'exécution du contrat ou l'intérêt légitime du responsable. Dans un cas comme dans l'autre, la Cour resserre ces deux bases en rappelant qu'elles doivent faire l'objet d'une interprétation stricte. Surtout, le respect du principe de proportionnalité du traitement effectué au regard des objectifs définis compromet largement l'étendue des pratiques déployées par Meta.

S'agissant de la nécessité pour l'exécution du contrat, la Cour rappelle que, si la personnalisation du service peut en théorie constituer un intérêt pour les consommateurs, elle n'apparaît pour autant indispensable à l'utilisation d'un réseau social ; celle-ci peut en effet reposer sur une alternative moins intrusive de la vie privée (§ 102). Le constat est juste, car l'usage des réseaux sociaux, et en particulier de Facebook, s'est considérablement diversifié depuis leur origine. Comme l'a relevé la Cour suprême des Etats-Unis en 2017 (voir *La Rem*, n° 44, p. 62), ces services constituent de véritables carrefours numériques où il est possible de

s'informer, de vendre et d'acheter, de communiquer avec ses proches, de postuler à des offres d'emploi, ... autant d'usages pour lesquels une personnalisation des contenus et des publicités n'est pas nécessaire. La Cour de justice rejette également l'argument tiré de la complémentarité et de la fluidité des services proposés par Meta, ceux-ci pouvant être utilisés indépendamment les uns des autres (§ 103). Par conséquent, les traitements fondés sur l'agrégation et le croisement de données issues de différentes sources n'apparaissent pas nécessaires à l'exécution du contrat.

Quant à l'intérêt légitime, la Cour en rappelle la portée telle qu'elle a délimitée dans sa jurisprudence, en reprenant spécialement la nécessité du traitement pour l'objectif poursuivi par le responsable. Cet élément est naturellement décisif pour apprécier l'équilibre à respecter avec les droits et libertés des utilisateurs des services. Il est de plus conforté par le principe de minimisation des données, selon lequel seules les données « adéquates, pertinentes et limitées à ce qui est nécessaire au regard des finalités » peuvent être traitées (art. 5). Sur ce point, Meta invoquait plusieurs objectifs, tels que la personnalisation de la publicité, la sécurité du réseau, l'amélioration du produit, l'information des autorités compétentes pour l'exercice de poursuites pénales ainsi que pour l'exécution de peines, le fait que l'utilisateur soit un mineur d'âge, la recherche et l'innovation à des fins sociales ainsi que l'offre, destinée aux annonceurs et aux autres partenaires professionnels, de services de communication commerciale à destination de l'utilisateur et d'outils d'analyse leur permettant d'évaluer leurs performances. Cet inventaire ne pouvait que difficilement survivre à l'analyse.

La finalité de personnalisation de la publicité est d'office évacuée, en ce qu'elle ne peut par nature constituer un intérêt légitime du responsable de traitement (§ 115). Quant aux autres objectifs, la Cour rappelle qu'il faut prendre en compte les attentes raisonnables des utilisateurs ; or ceux-ci ne sauraient imaginer que les données qu'ils communiquent au service mais aussi celles qui proviennent de services tiers vont faire l'objet de traitements aussi vastes, alors qu'ils souscrivent un service gratuit (§§ 116-117). Et la Cour enfonce le clou par une déclaration de principe : « *le traitement en cause au principal est particulièrement étendu dès lors qu'il porte sur des données potentiellement illimitées et qu'il a un impact important sur l'utilisateur, dont une grande partie, voire la quasi-totalité, des activités en ligne sont monitorées par Meta Platforms Ireland, ce qui peut susciter auprès de celui-ci la sensation d'une surveillance continue de sa vie privée* » (§ 118). Pour peu que les objectifs invoqués

soient légitimes, il importera dès lors de vérifier si ceux-ci ne peuvent pas être atteints par d'autres moyens moins intrusifs, ce qui paraît douteux aux yeux de la Cour. Enfin, celle-ci était également saisie sur la question de savoir si la position dominante occupée par un opérateur devait être prise en compte pour vérifier si le consentement de l'utilisateur a bien été donné librement (§§ 147-154).

Si la Cour ne ferme donc pas totalement la porte au modèle d'affaire de Meta, elle en réduit considérablement la portée, au point que l'on peut se demander vers quelles alternatives le groupe pourrait désormais se tourner. Il est certain que les traitements devraient désormais être segmentés service par service, les sources extérieures de données devant en principe être exclues. Seul le développement de modèles payants semble envisageable, comme cela est déjà pratiqué par d'autres acteurs, ce qui semble logique. Le rôle de la publicité dans les médias a toujours été de permettre un abaissement de leur prix au profit des consommateurs, ce qui contribuait à leur caractère démocratique. Comme le relevait Shoshana Zuboff, la barrière qui existait entre le monde de la publicité et celui du public a été franchie par des opérateurs tels que Meta, pour finalement proposer un service qui n'est que prétendument gratuit.

Il sera peut-être difficile d'en venir à des offres payantes alors qu'une grande partie du public s'est habituée à la gratuité de ces services.

ⁱ ZUBOFF S., *L'âge du capitalisme de surveillance*, Zulma, 2020, p. 681

ⁱⁱ BENABOU V.-L. et ROCHFELD J., *A qui profite le clic ? Le partage de la valeur à l'ère numérique*, Odile Jacob, Paris, 2015, p. 27

ⁱⁱⁱ NETTER E., « Service en ligne "gratuit" contre publicité ciblée : le modèle d'affaires aux pieds d'argile », in *Mélanges Storck*, Dalloz, 2021, p. 473

^{iv} REVET T., « Les données, nouveau(x) bien(s) ? », in BRUGUIERE J.-M. [Dir.], *L'émergence d'un droit des données*, Dalloz, 2023, pp. 69-80

^v TGI Paris, 14 septembre 2019, RG n° 16/01008, *PI*, n° 74, janvier 2020, pp. 51-54, obs. A. LUCAS, et pp. 58-60, obs. J.-M. BRUGUIERE ; *Dalloz IP/IT*, février 2020, pp. 118-122, note G. BRUNAUX ; en appel : CA Paris, P. 5, 2^{ème} Ch., 21 octobre 2022, RG n° 20/15768, *RLDI*, n° 198, décembre 2022, pp. 10-16, note P. MOURON et G. RABU ; *PI*, n° 86, janvier 2023, pp. 34-35 et pp. 41-43, obs. A. LUCAS-SCHLOETTER ; *RTD-Com.*, janvier 2023, pp. 107-112, note F. POLLAUD-DULIAN

^{vi} Directive (UE) 2019/770 du Parlement européen et du Conseil du 20 mai 2019 relative à certains aspects concernant les contrats de fourniture de contenus numériques et de services numériques

^{vii} Avis n° 4/2017 du 14 mars 2017 sur la proposition de directive concernant certains aspects des contrats de fourniture de contenu numérique, pp. 8-14

^{viii} LEONARD T., « Peut-on payer avec ses données personnelles ? », *Ulys – Droit et Technologies*, 19 septembre 2019

^{ix} 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, §§ 51-57 (« il serait difficile de soutenir que le contrat n'a pas été exécuté au motif qu'il n'y avait pas de publicité comportementale »)

« Le modèle économique de Meta en partie condamné par la Cour de justice de l'Union européenne », obs. sous CJUE, GC, 4 juillet 2023, *Meta Platforms Inc. et a. c./ Bundeskartellamt*, n° C-252/21, *Revue européenne des médias et du numérique*, n° 68, hiver 2023-2024, pp. 22-25

^x Décision contraignante 3/2022 du 5 décembre 2022 sur le différend soumis par l'autorité irlandaise concernant Meta Platforms Ireland Limited et son service Facebook, § 119

^{xi} Voir not. : Délibération de la formation restreinte n° SAN – 2019-001 du 21 janvier 2019 prononçant une sanction pécuniaire à l'encontre de la société GOOGLE LLC

^{xii} Lignes directrices 5/2020 sur le consentement au sens du règlement (UE) 2016/679, 4 mai 2020, §§ 25-40

^{xiii} NETTER E., « La publicité ciblée n'est pas "nécessaire" au contrat de réseau social - Le crépuscule d'un modèle d'affaires », *RTD-Com.*, juillet 2023, p. 359

^{xiv} 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, pp. 28-29