

Faculté de droit et de criminologie

**Le consentement obtenu dans le
modèle *Pay-Or-Okay* est-il conforme
aux exigences du RGPD ?**

Une étude du cas de Meta

NOM et Prénom de l'étudiante : MIFUKU Shekinah

Promoteur : Professeur Alain STROWEL

Année académique 2024-2025

Master en droit à finalité spécialisée : Droit européen

Plagiat et erreur méthodologique grave

Le plagiat, fût-il de texte non soumis à droit d'auteur, entraîne l'application de la section 7 des articles 107 à 114 du règlement général des études et des examens.

Le plagiat consiste à utiliser des idées, un texte ou une œuvre, même partiellement, sans en mentionner précisément le nom de l'auteur et la source au moment et à l'endroit exact de chaque utilisation*.

En outre, la reproduction littérale de passages d'une œuvre sans les placer entre guillemets, quand bien même l'auteur et la source de cette œuvre seraient mentionnés, constitue une erreur méthodologique grave pouvant entraîner l'échec.

* A ce sujet, voy. Notamment <http://www.uclouvain.be/plagiat>.

Engagement d'intégrité – Travaux écrits et mémoires d'étudiant.e.s

Je reconnais avoir pris connaissance des règles d'or de l'honnêteté intellectuelle ainsi que des Lignes directrices sur l'usage responsable des outils d'intelligence artificielle de l'UCLouvain (disponibles sur le site www.uclouvain.be/drt - page « règlements ») et je m'engage à respecter les valeurs d'intégrité et d'honnêteté qui fondent les règles et recommandations adoptées au sein de la communauté universitaire.

En particulier :

Engagement sur l'authenticité de mon mémoire/travail écrit

- Je déclare sur l'honneur que j'ai préparé et rédigé moi-même ce mémoire/travail écrit.

Reconnaissance du plagiat comme faute

- Je suis conscient·e que le plagiat consiste à réutiliser d'autres documents et sources, même partiellement, sans mentionner le nom de l'auteur ni/ou de la source. Reproduire littéralement des passages d'un autre document, éventuellement traduits, sans les placer entre guillemets, même si l'auteur et la source de cette œuvre sont mentionnés, constitue également un plagiat.
- Je reconnais que le plagiat constitue une faute grave qui entraîne l'application de la section 7 des articles 87 à 90 du Règlement général des études et des examens (RGEE).
- Je m'engage à ce que mon mémoire/travail ne constitue pas une reprise, même partielle, d'un autre document publié ou non, attribué à une personne ou anonyme.

Engagement à citer mes sources

- Je m'engage à attribuer à leur(s) auteur(s) toutes les idées, informations, données sur lesquelles je m'appuie. Je m'engage à référencer tous les emprunts intégrés au mémoire/travail (sous la forme de phrases, graphes, cartes, schémas, tableaux, etc.). Les références (par exemple, en note de bas de page) sont conformes aux exigences académiques et scientifiques (telles que présentées dans les cours de méthodologie, les séances de formation liées au Séminaire d'accompagnement des mémoires en Master et les guides de citation).

Engagement quant à l'usage d'outils d'intelligence artificielle (IA) générative

- Je m'engage à utiliser les outils d'IA générative, en particulier les générateurs de textes, de manière responsable, comme complément de mon apprentissage et sans chercher à contourner les exigences académiques.
- Je m'engage à respecter les Lignes directrices relatives à l'usage responsable de l'IA générative. Elles m'obligent notamment à référencer adéquatement les outils d'IA lorsque je reprends de manière littérale les contenus qu'ils ont générés. En revanche, certains usages de ces outils, par exemple comme assistant linguistique (pour corriger l'orthographe, la syntaxe ou le style), ne doivent pas être mentionnés.
- Je suis conscient·e que les contenus générés par ces outils d'IA ne reflètent pas nécessairement les faits/sources et je m'engage donc à toujours vérifier l'exactitude de ces contenus dans une démarche scientifique.
- Je m'engage à respecter toutes les consignes spécifiques pour le travail/mémoire, ainsi que les exigences de transparence et de documentation du processus ayant abouti au travail/mémoire, notamment en sauvegardant les conversations avec ces outils d'IA.
- Je m'engage à fournir, sur demande, des explications sur la manière dont j'ai utilisé ces outils.
- Je reconnais que le non-respect de ces exigences et de l'intégrité académique peut constituer un abus et être considéré comme une irrégularité au titre des articles 107 et suivants du RGEE et entraîner des sanctions telles que prévues aux articles 111 et suivants du RGEE.

Remerciements

Ce mémoire marque la fin d'un long parcours de cinq années remplies d'aventures et d'apprentissages. Un parcours que je n'aurai pas su achever sans Dieu, les sacrifices de mes parents, le soutien de ma famille et mes amis, que je souhaite chaleureusement remercier.

Pour le présent travail, je souhaite d'abord remercier mon promoteur pour sa guidance et sa disponibilité.

Merci à ma famille et mes amis pour leur soutien et relectures incessantes du présent travail.

Lastly, I would be remiss if I didn't address an extra special thank you to Nina Gumzej, Professor of Digital and Information Technology Law at the University of Zagreb. Your constant support, enthusiasm and availability for my question have made my thesis significantly better and has nurtured my burgeoning love for Data Protection Law.

Abstract

In the current European digital landscape, an increasing number of websites and online platforms are requesting their users to choose between consenting to the tracking of their personal data for personalized advertising or paying a subscription fee to access services without such tracking. Those models are commonly referred to as « *Pay-or-Okay* » or « Consent or Pay » models.

This study aims to critically examine whether the consent obtained through such models complies with the European General Data Protection Regulation requirements for lawful consent.

This research begins with an historical overview of the *Pay-or-Okay* model and the reasons that led to its emergence, followed by an analysis of GDPR provisions relating to the legal basis of data tracking and then an analysis of the provisions relating to the consent and its criteria. Emphasis will be placed on the criterion of freely given consent, with an entire chapter dedicated to it. This study further investigates the implementation of the *Pay-or-Okay* model by Meta, considering the responses of the judicial and regulatory authorities.

The findings of this research aim to present elements that will help clarify the legal validity of consent in the *Pay-or-Okay* framework.

Table des matières

REMERCIEMENTS.....	3
ABSTRACT	4
TABLE DES MATIÈRES.....	5
LISTE DES ACRONYMES	6
INTRODUCTION	7
CHAPITRE 1. QU'EST-CE QUE LE « PAY-OR-OKAY ».....	9
1.1 HISTOIRE DU PAY-OR-OKAY.....	9
1.1.1 La numérisation du journalisme.....	9
1.1.2 La publicité ciblée et la publicité personnalisée	10
1.1.3 Les cookies	11
1.2. DER STANDARD, PIONNIER DU PAY-OR-OKAY	12
CHAPITRE 2 : LE RÈGLEMENT GÉNÉRAL SUR LA PROTECTION DES DONNÉES (RGPD) ET LE TRAITEMENT DE DONNÉES LÉGITIME	15
2.1 LE RÈGLEMENT GÉNÉRAL SUR LA PROTECTION DES DONNÉES.....	15
2.2 LES DONNÉES À CARACTÈRE PERSONNEL	17
2.2.1. Les cookies de marketing constituent-ils des données à caractère personnel ?	18
2.3 LE TRAITEMENT DES DONNÉES PERSONNELLES ET SES PRINCIPES	19
2.4 LES FINALITÉS DE TRAITEMENT	19
2.5 BASES LÉGALES DE TRAITEMENT	20
2.5.1 Le Consentement.....	20
2.5.2 L'exécution du contrat	20
2.5.3. Le respect d'une obligation légale	21
2.5.4. La sauvegarde des intérêts vitaux.....	21
2.5.5 L'exécution d'une mission d'intérêt public.....	21
2.5.6 L'intérêt légitime	22
2.5.7 Le choix de la base légale.....	22
2.6 LE CONTRÔLE DE L'APPLICATION DU RGPD.....	22
2.6.1 Les autorités de contrôle.....	22
2.6.2. Le Comité Européen de la Protection des Données	23
CHAPITRE 3 : LE CONSENTEMENT AU SENS DU RGPD ET SON APPLICATION DANS LE PAY-OR-OKAY	24
3.1. DÉFINITION	24
3.2. LE CONSENTEMENT SPÉCIFIQUE.....	25
3.3. LE CONSENTEMENT ÉCLAIRÉ	25
3.3.1 Les interfaces trompeuses.....	27
3.4. LE CONSENTEMENT UNIVOQUE	28
CHAPITRE 4 : LE CONSENTEMENT DONNÉ LIBREMENT AU SENS DU RGPD DANS LE MODÈLE PAY-OR-OKAY 30	
4.1. MANIFESTATION D'UNE VOLONTÉ LIBRE	30
4.2. CONDITIONNALITÉ	31
4.2.1. Nécessité du traitement des données à caractère personnel pour la fourniture du service	32
4.2.2. Consentement en tant que condition pour accéder au contenu	34
4.3 DÉSÉQUILIBRE MANIFESTE DES RAPPORTS DE FORCE	35
4.4 GRANULARITÉ.....	36
4.5 RETRAIT DU CONSENTEMENT SANS PRÉJUDICE	37
4.5.1 Droit de rétractation	37
4.5.2 Préjudice.....	38
4.5.3 Application au modèle Pay-or-Okay	38
4.6 CONSIDÉRATIONS PSYCHOLOGIQUES.....	40

4.6.1 Biais de la gratification immédiate	41
4.6.2 Biais de l'aversion à la perte	42
4.6.3 Biais d'inertie	42
4.7 RÉALITÉ DE L'OPTION PAYANTE.....	43
4.7.1 La promesse de l'option payante	43
4.7.2 Payer avec des données ?.....	44
CHAPITRE 5 : ÉTUDE DE CAS DE L'AFFAIRE META	46
5.1 QU'EST-CE QUE META ?.....	46
5.2 LE MODÈLE ÉCONOMIQUE DE META	47
5.3 MISE EN CAUSE DE META AUPRÈS DE L'AUTORITÉ DE CONTRÔLE IRLANDAISE.....	48
5.4. AVIS 08/2024 DU CEPD SUR LA VALIDITÉ DU CONSENTEMENT DANS LE CADRE DES MODÈLES « CONSENTIR OU PAYER » MIS EN PLACE PAR LES GRANDES PLATEFORMES EN LIGNE.....	50
5.4.1. Une rémunération appropriée	51
5.4.2 Alternative équivalente gratuite et moins personnalisée	52
5.5. ASPECTS DU DROIT DE LA CONCURRENCE	54
5.5.1 Meta c. Bundeskartellamt : Abus de dominance de Meta	54
5.5.1.1 Le litige au principal.....	54
5.5.1.2 Décision de la Cour de Justice de l'Union Européenne du 4 juillet 2023 (C-252/21).....	56
5.5.2 Meta c. Commission : Conformité du modèle Pay-or-Okay de Meta au Digital Markets Act (DMA)	57
5.5.2.1 Le Digital Markets Act.....	57
5.5.2.2 Enquête de la Commission européenne sur la conformité du modèle Pay-or-Okay de Meta avec le Digital Markets Act	58
5.5.2.3 Implications de la décision sur la place modèle Pay-or-Okay dans le paysage européen	59
5.6 MODIFICATION DU MODÈLE DE META EN NOVEMBRE 2024	61
5.6.1 Légalité de ce nouveau modèle et du consentement qui y est obtenu	62
5.6.2 Avis du Bureau Européen des Unions de Consommateurs (BEUC) et de l'Association « None of Your Business » (NOYB)	62
CONCLUSION	64
BIBLIOGRAPHIE.....	66
LÉGISLATION	66
JURISPRUDENCE	66
DOCTRINE ET SOURCES INTERNET	67
VIDÉOS ET PODCASTS.....	73
ANNEXE – FIGURES	73

Liste des acronymes

RGPD	Règlement Général sur la Protection des Données,
CEPD	Comité Européen de la Protection des Données
DMA	Digital Markets Act
NOYB	None of Your Business
BEUC	Bureau européen des Unions de Consommateurs

Introduction

« Voulez-vous vous abonner ou continuer à utiliser nos produits gratuitement avec des publicités ?¹ »

Voici la notification reçue fin 2023 par les quelques millions d'utilisateurs européens de Facebook et Instagram se rendant sur la plateforme (Figure 1). Ce choix binaire et obligatoire, introduit par Meta a suscité de nombreuses réactions et vifs débats quant à la légalité d'un tel modèle, appelé « *Pay-or-Okay* ». Dans un paysage législatif européen toujours plus soucieux de protéger les données personnelles de ces citoyens et de garantir un espace digital plus sécurisé et équitable, un tel modèle soulève une question fondamentale : le consentement obtenu dans le modèle *Pay-or-Okay* est-il conforme aux exigences de droit européen et notamment celles du Règlement Général sur la Protection des Données ?

La Charte des droits fondamentaux de l'Union Européenne consacre le consentement comme base légale principale du traitement des données personnelles².

Les critères et conditions à respecter pour garantir la validité du consentement en tant que base légale sont quant à eux repris à travers les différentes dispositions du Règlement Général sur la Protection des Données. Pourtant, l'interprétation de ces conditions nécessaires à la validité du consentement au sens du RGPD divise encore.

Aujourd'hui encore, il ne semble y avoir aucun consensus sur la question de la conformité effective du consentement obtenu dans le modèle *Pay-or-Okay*³ avec le consentement tel que défini dans le RGPD. Le Comité Européen de la Protection des Données, présidé par Anu Talus et la Cour de Justice de l'Union Européenne (ci-après CJUE) ont rendu respectivement un avis et une décision sur le sujet qui contribuent à éclairer cette problématique, sans pour autant dissiper totalement le doute.

Cette étude propose d'analyser les conditions nécessaires à la validité du consentement à la lumière de décisions judiciaires, avis des différentes autorités compétentes et articles académiques récents, afin d'évaluer leur respect dans le cadre du modèle *Pay-or-Okay*. La recherche s'appuiera principalement sur le droit de la protection des données, avec le RGPD comme cadre principal, tout en réalisant néanmoins une incursion dans des aspects relevant du droit de la concurrence, notamment à travers le *Digital Markets Acts*.

¹ Meta, 'Facebook and Instagram to Offer Subscription for No Ads in Europe', 30 octobre 2023 cité dans A.D'AMICO ET AL., "Meta's Pay-or-okay model : an analysis under EU Data protection, Consumer and competition law", *Technology and Regulation*, 8 avril 2024, disponible sur [rebo-renforce-working-paper-2024-Meta's Pay-or-Okay Model - An Analysis Under EU Data Protection, Consumer, and Competition Law.pdf \(uu.nl\)](#)

² Charte des droits fondamentaux de l'Union Européenne (version consolidée), J.O.U.E., C 326/391, 26 octobre 2012, article 8(2)

³ A.D'AMICO ET AL., "Meta's Pay-or-okay model : an analysis under EU Data protection, Consumer and competition law", *Technology and Regulation*, 8 avril 2024, disponible sur [rebo-renforce-working-paper-2024-Meta's Pay-or-Okay Model - An Analysis Under EU Data Protection, Consumer, and Competition Law.pdf \(uu.nl\)](#)

⁴ J. CASTILLO PARILLA ET J. MORAIS CARVALHO, "Pay or ok". Pagar con datos personales tras la Directiva 2019/770: una visión comparada entre España y Portugal", *Revista Electronica de direito UPorto*, Juin 2024, disponible sur ["Pay or ok". Pagar con datos personales tras la Directiva 2019/770 : Una visión comparada entre España y Portugal | CIJ](#)

Dans un premier temps, nous retracerons le contexte historique et économique ayant mené à l'émergence du modèle *Pay-or-Okay*, notamment dans le secteur des services d'information en ligne. Dans un deuxième temps, nous présenterons le Règlement Général sur la Protection des données en nous focalisant sur les bases légales du traitement des données. Ensuite, nous nous intéresserons et passerons en revue les conditions nécessaires à la validité du consentement, en apportant une attention toute particulière et plus conséquente à la condition du consentement librement donné. Un chapitre entier sera consacré à cette condition et nous apporterons des éléments juridiques, factuels et psychologiques pour évaluer le degré d'autonomie dont disposent les utilisateurs lorsqu'ils posent un choix concernant leurs données.

Enfin, pour mieux appréhender les enjeux concrets du modèle, nous étudierons le cas concret de Meta, son implémentation du modèle et les décisions judiciaires et régulatrices qui s'en sont suivies.

Il convient de préciser que cette recherche se concentre sur le cadre juridique européen post-RGPD et ne traitera pas des avis du Groupe de Travail 29, de la directive *ePrivacy* ni du *Digital Service Act* (DSA), pour des raisons de concision. L'objectif de ce mémoire étant de fournir au lecteur une compréhension extensive du modèle *Pay-or-Okay* et de ses origines, une explication du cadre législatif européen qui encadre le consentement en matière de protection des données et la question de la validité de ce consentement dans ce modèle, en prenant notamment Meta pour exemple.⁵

⁵ A. D'AMICO ET AL., "Meta's Pay-or-okay model : an analysis under EU Data protection, Consumer and competition law", *Technology and Regulation*, 8 avril 2024, disponible sur [rebo-renforce-working-paper-2024-Meta's Pay-or-Okay Model - An Analysis Under EU Data Protection, Consumer, and Competition Law.pdf \(uu.nl\)](#)

Chapitre 1. Qu'est-ce que le « Pay-or-Okay »

Le « *Pay-Or-(Ok)ay* » est parfois dit « *Pay-or-Consent* » ou *Pay-or-Tracking*⁶, est un néologisme emprunté à l'anglais que nous utiliserons car il est d'usage, même dans les travaux francophones. L'expression francisée largement utilisée est « Payer ou Consentir ».

Le Comité Européen de la Protection des Données (ci-après CEPD ou Comité), autorité européenne en matière de protection des données fournit une définition du modèle *Pay-or-Okay* dans son avis 08/2024 sur la validité du consentement dans le cadre des modèles « consentir ou payer » mis en place par les grandes plateformes en ligne. La définition est rédigée dans les termes suivants :

« Les modèles “consentir ou payer” peuvent être définis comme des modèles dans lesquels un responsable du traitement offre aux personnes concernées le choix entre au moins deux options permettant l'accès à un service en ligne fourni par ledit responsable du traitement : la personne concernée peut 1) consentir au traitement de ses données à caractère personnel pour une finalité déterminée, ou 2) décider de verser une rémunération et d'obtenir l'accès au service en ligne sans que ses données à caractère personnel ne soient traitées pour cette finalité »⁷.

Alors que nous adhérons à cette définition du CEPD, nous souhaitons tout de même souligner que malgré l'emploi de l'expression « au moins », la réalité observée par la doctrine⁸ témoigne d'un choix le plus souvent binaire. En général, le responsable du traitement ne propose que les deux propositions citées dans la définition. Dans ce mémoire, nous avons choisi de nous concentrer principalement sur les sites web qui sont essentiellement financés par la collecte des données à caractère personnelles des utilisateurs à des fins commerciales.

1.1 Histoire du Pay-or-Okay

1.1.1 La numérisation du journalisme

Le modèle du *Pay-or-Okay* tire ses racines dans le journalisme et son financement. Historiquement, les éditeurs de presse ont depuis longtemps principalement dépendu de la publicité et des abonnements de lecteurs pour rentabiliser leurs affaires⁹. Avec la numérisation des services de presse, le journalisme est devenu plus accessible, ayant pour conséquence une importante diminution des abonnements aux journaux et magazines causant ainsi des problèmes pour le financement de la presse. Les sites d'information se sont donc tournés vers les publicités pour essayer de rattraper ce

⁶ MULLER- TRIBBENSEE ET AL., "Paying for Privacy: Pay-or-tracking walls", *Privacycon2024 Part 1*, 6 mars 2024.

⁷ *Ibidem*.

⁸ V. MOREL ET AL., « Your consent is worth 75 euros a year – Measurement and lawfulness of cookie paywalls » in *WPES'22*, Novembre 2023.

⁹ *Ibidem* et M. WILLENS, "Just How is Journalism Supposed to Make Money, Anyway?", *International Business Times*, 16 juin 2015, disponible sur [Just How Is Journalism Supposed To Make Money, Anyway? | IBTimes](#)

déficit¹⁰.

Cependant, il est fréquent que le montant reçu de la part du publicitaire dépend du nombre de personnes ayant vu la publicité en ligne. On a alors assisté à la naissance d'un nouveau phénomène : de nombreux sites d'informations se sont mis à publier de gros titres en exagérant ou déformant la réalité dans l'espoir de stimuler le passage sur leur site web et donc, de manière concordante, leurs revenus obtenus des publicitaires. Ces gros titres dits « *clickbait* » mettaient en péril l'intégrité journalistique¹¹. Dès lors, pour conserver cette intégrité et fournir une information de qualité tout en étant rentables, plusieurs sites d'information se sont remis à promouvoir leurs systèmes d'abonnement aux journaux en ligne. En achetant l'abonnement, les lecteurs pourraient ainsi avoir accès à une information de qualité sans publicité¹².

Toutefois, les lecteurs étaient plutôt réticents à payer un abonnement pour un journal digital, et la promesse d'un accès sans publicités ne suffisait pas car certains lecteurs préféraient utiliser un bloqueur de publicité¹³.

1.1.2 La publicité ciblée et la publicité personnalisée

Parallèlement à la numérisation de la presse, les stratégies de publicité ont aussi évolué¹⁴. Dans le but d'augmenter la pertinence de leurs publicités, les annonceurs se sont progressivement mis à fournir des publicités de plus en plus personnalisées¹⁵.

Il est important d'établir une distinction entre la publicité ciblée et la publicité personnalisée, des notions parfois utilisées comme des synonymes, mais qui en réalité ne le sont pas.

La publicité ciblée est loin d'être récente : déjà à l'époque, les journaux et magazines étaient uniquement disponibles en format papier, les producteurs de cosmétiques étaient plus enclins à mettre leurs publicités dans des magazines à destination de femmes. De même à la télévision, où il est plus fréquent de retrouver des publicités pour des jouets sur les chaînes de télévision pour enfants.

Ainsi, la publicité ciblée se base sur le public d'une chaîne, d'un magazine, d'un journal pour leur proposer une publicité en lien avec le contenu qu'ils sont initialement venus consulter. Si la publicité ciblée se base sur un groupe entier, la publicité personnalisée quant à elle se base sur le profil d'une personne en particulier.

Pour ce faire, les annonceurs utilisent les informations de navigation des utilisateurs, parfois en

¹⁰ S. COOL-FERGUS, "Behind the Paywall: The shift of Monetization Strategies", *Twipe*, 24 Janvier 2024, disponible sur [Behind the Paywall: The Shift of Monetisation Strategies - Twipe](#)

¹¹ *Ibidem*.

¹² *Ibidem*.

¹³ M. WILLENS, "Just How is Journalism Supposed to Make Money, Anyway?", *International Business Times*, 16 juin 2015, disponible sur [Just How Is Journalism Supposed To Make Money, Anyway? | IBTimes](#)

¹⁴ Z. WANG, "The great restricting of digital news media", *The Current*, 27 Février 2024, disponible sur [The great restructuring of digital news media | The Current](#)

¹⁵ K. OLMSTEAD ET AL., "Digital Advertising and News", *Pew Research Center*, 12 Février 2012, disponible sur [Digital Advertising and News | Pew Research Center](#)

combinaison avec leurs données personnelles¹⁶. Bien qu'il existe plusieurs manières de collecter les données des utilisateurs et que celles-ci peuvent être combinées, les annonceurs font souvent appel à des *cookies*.

1.1.3 Les cookies

Un *cookie* peut être défini comme étant « *un petit fichier texte qui suit et enregistre le comportement des utilisateurs*¹⁷ ». Le temps que l'utilisateur passe sur une page, les liens sur lesquels il clique, sa situation géographique ou les articles qu'il met dans son panier, sont, entre autres, des données que l'on retrouve dans les *cookies*¹⁸. Ces informations sont ensuite analysées et traitées pour présenter aux utilisateurs des publicités qui correspondent à leurs intérêts¹⁹.

On peut classer les cookies selon trois critères principaux : leur durée, leur provenance et leur objectif. Au niveau de la durée, deux catégories sont à mentionner : d'une part, les cookies de session, qui sont temporaires et expirent dès que la session ou le navigateur sont fermés et d'autre part les cookies persistants ; dont la durée d'expiration peut être plus au moins longue s'ils ne sont pas effacés manuellement avant²⁰.

En ce qui concerne la provenance, il existe principalement deux types de cookies : les *first party-cookies*, qui sont mis en place par le site que nous visitons ; et les cookies tiers : ce sont des cookies mis en place par un site tiers, généralement un annonceur qui publie des publicités sur le site visité. Ainsi, les informations de navigation que les utilisateurs laissent sur un site web sont souvent partagées avec plusieurs annonceurs tiers qui les utiliseront pour cibler leurs publicités et mesurer le succès de celles-ci²¹.

Les objectifs des cookies sont nombreux. On retrouve premièrement les « cookies strictement nécessaires », essentiels au bon fonctionnement du site web visité et de ses fonctionnalités primaires, ils sont obligatoires et généralement des *first-party* cookies. Deuxièmement, il existe les cookies de préférence, qui permettent au site web de se souvenir des choix que l'utilisateur a faits lors de sa dernière visite pour lui assurer une seconde visite plus agréable.

Troisièmement, on parlera de cookies statistiques, qui collectent les informations de navigation des utilisateurs, il peut s'agir de *first-party* cookies ou de cookies tiers venant d'un service d'analyse tiers.

Enfin, la dernière catégorie est celle des cookies marketing, il s'agit des cookies, presque toujours tiers,

¹⁶ T. URBAN ET AL., "A Study on Subject Data Access in Online Advertising After the GDPR" in *Data Privacy Management, Cryptocurrencies and Blockchain technology*, Springer, pp 61-79, 20 Septembre 2019.

¹⁷ K.OLMSTEAD ET AL., "Digital Advertising and News", *Pew Research Center*, 12 Février 2012, disponible sur [Digital Advertising and News | Pew Research Center](#) traduction DeepL.

¹⁸ THE GUARDIAN, "Website cookies explained | Guardian animation", *Youtube*, 2015, video disponible sur <https://youtu.be/IPQhME1UYQU?si=W70Wyi6EtGs9bxgd>

¹⁹ *Ibidem*.

²⁰ R. KOCH, « Cookies, the GDPR, and the ePrivacy Directive », *GDPR.eu*, 2020 disponible sur [Cookies, the GDPR, and the ePrivacy Directive - GDPR.eu](#)

²¹ *Ibidem*.

qui conservent les activités des utilisateurs à des fins purement publicitaires²².

D'après une étude réalisée en 2017²³, les publicités personnalisées qui utilisent les données des utilisateurs sont « *plus de 500 pour cent plus efficaces que celles réalisées sans les données des utilisateurs*²⁴ » et « *les données collectées des utilisateurs permettent d'augmenter la valeur des publicités de 300 pour cent*²⁵».

Les publicités personnalisées se sont révélées être une manière efficace de financer le journalisme sur Internet. Les éditeurs de presse en ligne pouvaient obtenir leur rémunération sur base d' abonnements payants souscrits par les lecteurs ou par les annonceurs mettant en ligne des publicités ciblées notamment grâce aux données collectées sur le site web du journal. Toutefois, la plupart d'entre eux se reposaient principalement sur les revenus des publicités personnalisées.²⁶

Le 25 mai 2018, le Règlement Général sur la Protection des Données (ci-après RGPD) est devenu obligatoire dans tous les États membres et celui-ci requiert la permission des utilisateurs pour la collecte et le traitement de leurs données²⁷.

Sont alors apparues de nombreuses « invitations-fenêtres », plus connues sous l'appellation « pop-up » demandant aux utilisateurs la permission de collecter et traiter leurs données²⁸. Les utilisateurs étaient plutôt réticents à donner l'accès à leurs données, rendant plus difficile pour les annonceurs la réalisation de publicités personnalisées et réduisant terriblement les revenus des éditeurs de nouvelles en ligne, qui dépendaient pour beaucoup de la publicité personnalisée²⁹.

C'est dans ce contexte qu'en 2018, le journal autrichien Der Standard a introduit un nouveau type de promotion pour leur abonnement. Ils ont introduit un *paywall* obligeant les utilisateurs à faire un choix sur l'accès à leurs données par le journal. ³⁰.

1.2. Der Standard, pionnier du Pay-or-Okay

Dès la fin 2018, lorsque l'on arrivait sur le site web du journal autrichien Der Standard, l'utilisateur était accueilli par une fenêtre-bannière (Figure 2) proposant un choix binaire entre deux options³¹.

²² R. KOCH, « Cookies, the GDPR, and the ePrivacy Directive », *GDPR.eu*, 2020 disponible sur [Cookies, the GDPR, and the ePrivacy Directive - GDPR.eu](#)

²³ IHS Markit, "The Economic Value of behavioural targeting in digital advertising ", *iabeurope*, 2017 disponible sur [BehaviouralTargeting_FINAL.pdf](#)

²⁴ PREETIPADMA, "Understanding how data-driven advertising can help brands", *Analytics Insight*, 6 Août 2020, disponible sur [Understanding How data-driven advertising can help brands](#)

²⁵ *Ibidem*.

²⁶ G.GOODWIN, "Subscription models aim to preserve quality journalism", *Cyberjournalist.net*, 6 avril 2024, disponible sur [Subscription Models Aim to Preserve Quality Journalism - Cyber Journalist](#)

²⁷ D.HOOPER, " Why does everyone keep asking if they can use my data?", *Euronews*, 23 mai 2018, disponible sur [Why does everyone keep asking if they can use my data? | Euronews](#)

²⁸ *Ibidem*.

²⁹ TOBITT C., " 'CONSENT OR PAY' : Why UK news are getting tough with readers over data", *PressGazette*, 12 septembre 2024, disponible sur ['Consent or pay' : Why UK news sites are getting tough over data - Press Gazette](#)

³⁰ NOYB, « « Pay or Okay » » *bei derStandard.at?* », *Noyb.eu*, 10 décembre 2018, disponible sur ["Pay or Okay" bei derStandard.at?](#)

³¹ VAN DER VEEN J., « Why Current Pay-Or-Okay Models violate GDPR-by-design », *De Roos*, 14 novembre 2024, disponible sur

La première option appelée « OK » était rédigée comme suit « *J'accepte l'utilisation de cookies à des fins d'utilisation du site web et de publicités digitales. Si je continue à utiliser ce site web, cela sera considéré comme un consentement. Je peux révoquer mon consentement ici. Pour plus d'information, veuillez consulter la déclaration de protection des données*³². » Les vocables « fins d'utilisation du site », « publicité numérique », « ici » et « déclaration de protection de données » étant des liens cliquables.

La seconde option, appelée « Pur-Abo » en référence au nom de l'abonnement proposé par Der Standard était rédigée comme suit « *Abonnement sans consentement aux données : Avec un abonnement Der Standard.at PUR-Abo, l'ensemble du site web peut être utilisé sans cookies nécessitant un consentement et sans publicité. Détails sur l'abonnement*³³ ». La phrase « Détails sur l'abonnement » étant un lien cliquable.

Le prix de l'abonnement PUR- Abo der Standard proposé s'élevait à 6 € par mois. L'enjeu était donc clair, les utilisateurs du site web étaient conviés à choisir entre l'acceptation de l'utilisation de cookies qui collecteraient leurs données pour l'utilisation du site web et des publicités personnalisées ou un abonnement payant pour pouvoir naviguer sur le site web sans publicité³⁴.

Peu après, des bannières similaires se sont mises à apparaître sur de nombreux sites web et plateformes différentes et sont toujours présentes aujourd'hui. Bien que la terminologie utilisée sur ces bannières puisse différer, les choix proposés sont essentiellement les mêmes. C'est le principe du « *Pay-or-Okay* » ou « Payer ou Consentir », que l'on peut déduire en décortiquant le vocable³⁵.

« Payer » : la première option consiste à payer un abonnement à la plateforme ou au site web³⁶.

« Consentir » : la seconde option consiste à consentir à des cookies publicitaires qui seront partagés avec les partenaires du site web, pour créer des publicités personnalisées. Ces partenaires sont plus au moins nombreux et varient généralement entre 100 et 1000³⁷.

« Ou » : Cette conjonction de coordination exprime une alternative exclusive entre ces deux choix.

Après l'introduction de ce modèle d'affaires, les réactions ne se sont pas fait attendre³⁸. Certains, comme Lukas Feiler, avocat et docteur allemand spécialisé en droit des technologies de l'information, défendait le modèle. Dans un commentaire émis en 2018, Feiler affirme que le modèle « *Pay-or-Okay*

[De Roos](#)

³² Traduction DeepL de l'allemand de NOYB, « « Pay or Okay » » bei derStandard.at? », *Noyb.eu*, 10 décembre 2018, disponible sur ["Pay or Okay" bei derStandard.at ?](#)

³³ Traduction de l'allemand de NOYB, « « Pay or Okay » » bei derStandard.at? », *Noyb.eu*, 10 décembre 2018, disponible sur ["Pay or Okay" bei derStandard.at ?](#)

³⁴ NOYB, « « Pay or Okay » » bei derStandard.at? », *Noyb.eu*, 10 décembre 2018, disponible sur ["Pay or Okay" bei derStandard.at ?](#)

³⁵ VAN DER VEEN J., « Why Current Pay-Or-Okay Models violate GDPR-by-design », *De Roos*, 14 novembre 2024, disponible sur [De Roos](#)

³⁶ *Ibidem*

³⁷ *Ibidem*

³⁸ NOYB, « « Pay or Okay » » bei derStandard.at? », *Noyb.eu*, 10 décembre 2018, disponible sur ["Pay or Okay" bei derStandard.at ?](#)

» permet de conserver les modèles commerciaux numériques basés sur la publicité personnalisée et permet aux utilisateurs de décider s'ils souhaitent que le service en ligne reste gratuit³⁹.

D'autre part, Max Schrems également avocat et à la tête de l'association « *None of your business* » (ci-après *NOYB*) qui milite pour la protection des données tient un discours différent. Schrems s'inquiète quant au droit fondamental à la protection des données à caractère personnel consacré à l'article 8 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union Européenne (ci-après La Charte). Il avance également l'argument selon lequel la publicité personnalisée sur base des données n'est pas nécessaire car une publicité ciblée sur base du contenu du site web est également efficace et plus respectueuse de la vie privée⁴⁰.

Convaincu que le modèle de *Pay-or-Okay* de *Der Standard* constituait une infraction au RGPD, Max Schrems a soumis une requête devant l'Autorité de contrôle autrichienne en 2018. Cette demande avait été ignorée,⁴¹ mais en 2023, à la suite de la deuxième requête soumise par Schrems en 2021, L'Autorité autrichienne de protection des données a décidé que le modèle proposé par *Der Standard* était en effet contraire au RGPD car le consentement demandé aux utilisateurs n'était pas spécifique à chaque opération de traitement⁴².

En revanche, quatre ans après le dépôt de plaintes, une autorité de contrôle allemande a émis une décision dans laquelle elle explique qu'elle ne peut pas encore se prononcer sur la validité du modèle⁴³.

Il découle de nos recherches que le sujet du *Pay-or-Okay* divise et les problématiques qui lui sont reprochées sont nombreuses : effectivité pragmatique, considérations psychologiques, réalité des coûts, tous ces sujets sont utilisés pour essayer de discréditer le modèle. Il ressort néanmoins de cela que la mise en place de ce modèle est le fruit d'une nécessité d'adaptation de la part des propriétaires de sites web pour atteindre une viabilité économique dans le secteur de la provision d'information en ligne. Cependant, un sujet reste prépondérant et continue de faire couler beaucoup d'encre : celui du consentement. Plus précisément, le consentement comme entendu dans le RGPD. La question qui divise et que nous aborderons aujourd'hui est la suivante : « Le consentement obtenu dans le modèle du *Pay-or-Okay* est-il conforme au RGPD ?

Dans le chapitre suivant, nous analyserons la principale réglementation européenne en la matière, le Règlement Général sur la protection des données et les bases légales sur lesquelles les données peuvent être collectées et traitées.

³⁹ L. FEILER & M. SCHREMS, « Cookies oder Zahlen : Für und Wider zum Datenschutz-Spruch », *Der Standard*, 10 décembre 2018, disponible sur [Cookies oder Zahlen : Für und Wider zum Datenschutz-Spruch - Wirtschaftsrecht - derStandard.at › Recht](https://www.derstandard.at/story/3000000000000000000)

⁴⁰ *Ibidem*

⁴¹ NOYB, "Pay or Okay" – the beginning of the end? ", *Noyb.eu*, 11 April 2023 disponible sur ["Pay or Okay" - the beginning of the end?](https://www.noyb.eu/en/pay-or-okay-the-beginning-of-the-end/)

⁴² GDPR hub, « DSB (Austria) – 2023-0.174.0273 », 14 avril 2023, disponible sur [DSB \(Austria\) - 2023-0.174.027 - GDPRhub](https://gdprhub.com/cases/2023-0.174.0273-dsb-austria/)

⁴³ NOYB, Years of inactivity in « Pay or OK » cases : NOYB sues German DPA's, *noyb.eu*, 17 juin 2025 disponible sur [Years of inactivity in "Pay or OK" cases: noyb sues German DPAs](https://www.noyb.eu/en/youth-of-inactivity-in-pay-or-ok-cases-noyb-sues-german-dpas/)

Chapitre 2 : Le Règlement Général sur la Protection des données (RGPD) et le traitement de données légitime

Le RGPD donne un cadre au traitement des données, il énonce notamment les bases à partir desquelles il peut être traité. Dans ce chapitre, nous analyserons les notions essentielles au RGPD puis les différentes finalités et bases de traitement des données personnelles. Le choix de la base légale.

2.1 Le Règlement Général sur la protection des données

Le Règlement Général sur la Protection des données (ci-après RGPD) est un règlement européen adopté selon la procédure législative ordinaire le 27 avril 2016, entré en vigueur le 24 mai 2016, et devenu obligatoirement applicable dans l'ensemble des États membres le 25 mai 2018⁴⁴.

Ce règlement se base sur l'article 8 de la Charte européenne des droits fondamentaux, qui consacre le droit à la protection des données personnelles de chaque citoyen européen⁴⁵. Le second paragraphe de cet article précise que les données personnelles des citoyens européens doivent être « *traitées loyalement, à des fins déterminées et sur la base du consentement de la personne concernée ou en vertu d'un autre fondement légitime prévu par la loi.* »⁴⁶. Le dernier paragraphe consacre le droit des citoyens européens à l'accès aux données les concernant et à leur rectification⁴⁷.

Avant le RGPD, c'était la Directive 95/46/CE qui régissait le cadre européen en matière de protection des données personnelles. Adoptée en 1995, cette directive était devenue quelque peu désuète face à un paysage numérique dépassant celui initialement envisagé par le législateur de l'époque. De plus, la nature même de la directive laisse une large marge de manœuvre aux États membres dans son application. Dès lors, l'adoption du RGPD répondait à un vrai besoin d'harmonisation de la politique de protection des données à travers les États membres⁴⁸. Au-delà de l'harmonisation, le RGPD élargit le champ d'application de la précédente directive en ce sens qu'il s'applique à toute organisation traitant des données personnelles, quelle que soit sa taille⁴⁹.

Le règlement étend et complète les droits relatifs à la protection et à la rectification des données

⁴⁴ Traité sur le Fonctionnement de l'Union Européenne (TFUE), *J.O.U.E.*, 26 octobre 2012, article 294. Et Règlement (UE) 2016/679 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 (RGPD), *J.O.U.E.*, L 119, 4 mai 2016, p. 1-88.

⁴⁵ *Ibidem*.

⁴⁶ Charte des droits fondamentaux de l'Union Européenne (version consolidée), *J.O.U.E.*, 26 octobre 2012, C 326, article 8.

⁴⁷ *Ibidem*.

⁴⁸ G. ALMEIDA TEIXEIRA, M. MIRA DA SILVA ET R. PEREIRA, "The critical success factors of GDPR Implementation: a systematic literature review", *Digital Policy, regulation and governance*, Emerald Publishing, Vol. 21 N°4, 2019, pp. 402-418.

⁴⁹ *Ibidem*

personnelles tels que définis à l'article 8 de la Charte européenne des droits fondamentaux. Il introduit également des droits nouveaux, notamment le droit de retirer son consentement à tout moment, le droit d'opposition et le droit à l'oubli⁵⁰.

Avant son adoption, le RGPD a fait l'objet d'une véritable bataille de lobbying : d'un côté, les associations de défense de la protection des données personnelles revendiquaient une protection la plus étendue possible pour les citoyens européens ; de l'autre, les grandes entreprises du secteur de la technologie ont dépensé des sommes considérables pour tenter de limiter l'étendue des nouvelles obligations auxquelles ils devraient se plier⁵¹.

Le débat fut tout aussi intense au sein des institutions européennes puisque le texte du futur Règlement a fait l'objet de pas moins de 3000 propositions d'amendements au cours des quatre années de débat avant son adoption⁵². Le législateur européen a finalement donné la priorité au droit à la protection des données personnelles des citoyens européens, consacré à l'article 8 de la Charte.

Les entreprises ont donc dû, tant bien que mal, se conformer à cette nouvelle régulation. Si, peu après l'adoption du RGPD, de nombreux courriels et *paywalls* sont apparus pour demander aux citoyens européens de consentir au traitement de leurs données⁵³. Les entreprises actives dans le secteur de la technologie semblent aujourd'hui faire preuve de créativité et utiliser de nouveaux stratagèmes pour assurer leur profit tout en se soumettant aux obligations du RGPD, comme celui dont il est question dans ce mémoire.

Toutefois, sept ans après son entrée en vigueur, du changement pourrait se faire ressentir en matière de RGPD. Longtemps critiquée pour les lourdes obligations qu'il impose aux entreprises et particulièrement aux Petites et Moyennes Entreprises (PME), la Commission européenne a récemment annoncé qu'elle considérerait engager une procédure de simplification du texte⁵⁴.

Le rapport Draghi de 2017 soulignait que les nombreuses obligations pesant sur les entreprises en matière de protection de données personnelles constituaient un frein à l'innovation ainsi qu'à la compétitivité des entreprises européennes du secteur technologique, notamment parce que leurs concurrents chinois ou américains ne sont pas soumis à des obligations équivalentes⁵⁵.

L'objectif clairement affiché de la Commission européenne est l'assouplissement des obligations en matière de protection de données pour les PME employant moins de 500 salariés. Cependant, en ouvrant cette boîte de Pandore, il n'est pas à exclure que les entreprises du secteur de la technologie y voient une nouvelle opportunité de lobbying, dans le but d'orienter le contenu du RGPD davantage

⁵⁰ E. CRUYSMANS, « La directive 95/46/CE n'est plus, vive le R.G.P.D. ! », *Auteurs & Media* n°1, Larcier, pp.107-108, 2017

⁵¹ E. O'REGAN, « Données personnelles : l'Europe va assouplir sa réglementation dans « les semaines à venir » », *Politico*, 3 avril 2025, disponible sur [Données personnelles : l'Europe va assouplir sa réglementation dans "les semaines à venir" – POLITICO](#)

⁵² *Ibidem*.

⁵³ *Ibidem*.

⁵⁴ *Ibidem*.

⁵⁵ M.DRAGHI, *The future of European competitiveness*, Bruxelles, Commission européenne, 9 septembre 2024

en leur faveur.

Bien que cette éventuelle simplification du texte ne semble pas présenter de grand risque pour le droit à la protection des données personnelles, celui-ci étant consacré dans le droit primaire et donc protégé par la CJUE, elle pourrait néanmoins avoir un impact significatif sur le paysage européen de la protection des données⁵⁶, voire sur la légitimité du modèle *Pay-or-Okay*.

2.2 Les données à caractère personnel

L'enjeu capital du RGPD est de protéger les données personnelles et uniquement celles-ci ; toute donnée ne présentant pas un caractère personnel tombe donc en dehors du champ d'application du Règlement. Le législateur a pris soin de fournir une définition des données à caractère personnel à l'article 4(1) du RGPD⁵⁷.

Ces données sont définies comme suit : « *Données à caractère personnel* », toute information se rapportant à une personne physique identifiée ou identifiable (ci-après dénommée « personne concernée ») ; est réputée être une « *personne physique identifiable* » une personne physique qui peut être identifiée, directement ou indirectement, notamment par référence à un identifiant, tel qu'un nom, un numéro d'identification, des données de localisation, un identifiant en ligne, ou à un ou plusieurs éléments spécifiques propres à son identité physique, physiologique, génétique, psychique, économique, culturelle ou sociale⁵⁸.

La notion de donnée à caractère personnel repose sur la capacité d'identification de la personne concernée. Une donnée est considérée comme telle si elle permet, directement ou indirectement, d'identifier la personne physique concernée. La doctrine affirme qu'un individu est considéré comme identifié ou identifiable s'il peut être distingué des autres.

C'est à dessein que l'on conserve une interprétation large du critère d'identification, afin de garantir un champ d'application étendu au RGPD et d'assurer une protection maximale des données des citoyens européens⁵⁹. Cependant, cette appréciation d'identification, capitale pour déterminer si une donnée relève du champ d'application du RGPD, fait souvent l'objet de débats. Il est parfois difficile de tracer une frontière nette entre ce qui constitue une donnée personnelle et ce qui ne l'est pas. À de nombreuses reprises, la CJUE a dû se prononcer sur l'existence ou non du caractère personnel de certaines données⁶⁰.

Dès lors, il est pertinent de souligner le caractère modulable de la notion de caractère identifiable des

⁵⁶ E. O'REGAN, « Données personnelles : l'Europe va assouplir sa réglementation dans « les semaines à venir » », *Politico*, 3 avril 2025, disponible sur [Données personnelles : l'Europe va assouplir sa réglementation dans "les semaines à venir" – POLITICO](#)

⁵⁷ G. ALMEIDA TEIXEIRA, M. MIRA DA SILVA ET R. PEREIRA, « The critical success factors of GDPR Implementation: a systematic literature review », *Digital Policy, regulation and governance*, Vol. 21 N°4, 2019, pp. 402-418.

⁵⁸ RGPD précité, article 4(1)

⁵⁹ M. FINCK ET F. PALLAS, « They who must not be identified-distinguishing personal from non-personal data under the GDPR », *International Data Privacy Law*, Vol. 10, n° 1, 2020, pp. 11-36.

⁶⁰ *Ibidem*.

données. En effet, pour déterminer si une donnée est personnelle ou non, il convient de considérer le contexte ainsi que les avancées techniques. Il est possible que le caractère identifiable d'une donnée varie en fonction des circonstances⁶¹.

2.2.1. Les cookies de marketing constituent-ils des données à caractère personnel ?

Comme exposé dans le précédent chapitre, les sites web qui utilisent le système de *Pay-or-Okay* font souvent appel à des cookies marketing pour recueillir des informations sur leurs utilisateurs. Ces cookies, contenant plusieurs informations telles que, l'adresse IP de l'utilisateur ou ses informations de navigation, sont ensuite revendues aux annonceurs qui fourniront des publicités personnalisées aux utilisateurs lors de leur prochaine visite⁶².

Afin de savoir si ces cookies et leur traitement entrent dans le champ d'application du RGPD, il faut déterminer si les informations qu'ils contiennent peuvent être qualifiées de données à caractère personnel⁶³. Le considérant 30 du RGPD constitue la seule disposition du règlement faisant référence explicite aux cookies. Il est rédigé comme suit⁶⁴ :

*“Les personnes physiques peuvent se voir associer, par les appareils, applications, outils et protocoles qu’elles utilisent, des identifiants en ligne tels que des adresses IP et des témoins de connexion (“cookies”) ou d’autres identifiants, par exemple des étiquettes d’identification par radiofréquence. Ces identifiants peuvent laisser des traces qui, notamment lorsqu’elles sont combinées aux identifiants uniques et à d’autres informations reçues par les serveurs, peuvent servir à créer des profils de personnes physiques et à identifier ces personnes.”*⁶⁵

Le raisonnement que l'on peut tirer de ce considérant rejoint la définition de données à caractère personnel reprise à l'article 4(1) du RGPD : les cookies peuvent être considérés comme étant des données personnelles pour peu qu'ils permettent d'identifier des personnes physiques⁶⁶. De nombreux cookies contiennent des identifiants uniques qui permettent l'identification d'un utilisateur, les faisant ainsi relever du champ d'application du RGPD⁶⁷.

Pour plus de clarté, nous retrouvons sur le site web de la Commission européenne une liste d'exemples d'informations susceptibles d'être considérées comme des données personnelles dès lors qu'elles permettent d'identifier une personne physique. On y retrouve, entre autres, l'adresse IP, le prénom et le nom de famille, l'adresse du domicile ou encore une adresse électronique⁶⁸.

⁶¹ ICO, How do we ensure anonymization is effective? disponible sur [How do we ensure anonymisation is effective? | ICO](#)

⁶² O. PANTELIC, K. JOVIC ET S. KRSTOVIC, « Cookies Implementation Analysis and the Impact of Privacy Regarding GDPR and CCPA Regulations », *Sustainability*, 2022.

⁶³ R.KOCH, « Cookies, the GDPR, and the ePrivacy Directive », *GDPR.eu*, 2020 disponible sur [Cookies, the GDPR, and the ePrivacy Directive - GDPR.eu](#)

⁶⁴ *Ibidem*.

⁶⁵ RGPD précité, considérant 2.

⁶⁶ R.KOCH, « Cookies, the GDPR, and the ePrivacy Directive », *GDPR.eu*, 2020 disponible sur [Cookies, the GDPR, and the ePrivacy Directive - GDPR.eu](#)

⁶⁷ A. TALIP PINARBASI, « Are Cookies Personal Data », *Termly*, 2 Février 2024, disponible sur [Are Cookies Personal Data? - Termly](#)

⁶⁸ Commission européenne, « Data protection explained », disponible sur [Data protection explained - European Commission](#)

Puisqu'il est très probable que ces données permettent d'identifier directement ou indirectement une personne physique, il est d'usage pour les entreprises de traiter ces informations comme étant des données personnelles par mesure de précaution afin d'éviter tout risque de sanctions prévues à l'article 83 du RGPD. En d'autres termes, ces entreprises vont se conformer aux obligations du RGPD pour le traitement de ces informations sans s'enquérir du fait qu'elles puissent réellement identifier des personnes physiques ou pas.⁶⁹

Il est toutefois important de rappeler que les cookies, même ceux ne contenant pas de données personnelles, relèvent du champ d'application de la *ePrivacy Directive*. Celle-ci complète le RGPD et encadre les cookies et leur utilisation, notamment en imposant une information claire et un consentement préalable des utilisateurs⁷⁰.

2.3 Le traitement des données personnelles et ses principes

Le traitement de données est toute opération ou série d'opérations effectuée sur des données personnelles, qu'elles soient automatisées ou manuelles. De la simple consultation à la modification de ces informations, en passant par la collecte, l'extraction, l'enregistrement ou encore la transmission, l'article 4(2) du RGPD offre une large liste non exhaustive de ce qui peut être considéré comme un traitement de données⁷¹.

En toutes circonstances, le traitement de données doit être conforme aux neuf principes repris à l'article 5, § 1 et 2 du RGPD. Il s'agit des principes de licéité, loyauté, transparence, limitation des finalités, minimisation des données, exactitude, limitation de la conservation, intégrité et confidentialité et responsabilité⁷².

Nous ferons ici l'économie d'une étude extensive de chaque principe. Cependant, nous prendrons soin de développer les principes les plus pertinents pour notre étude au fur et à mesure de leur survenance dans ce travail.

2.4 Les finalités de traitement

Les données traitées le sont toujours pour une raison déterminée. Qu'il s'agisse d'une enquête de satisfaction, de la gestion des paies, d'un contrôle d'accès ou autre, le responsable du traitement agit en vue d'un objectif précis. Ce dernier est appelé la finalité du traitement⁷³.

Le RGPD ne fournit pas de liste exhaustive de finalités de traitement. Cependant, en vertu des principes

(consulté le 04 août 2025)

⁶⁹ A. TALIP PINARBASI, « Are Cookies Personal Data », *Termly*, 2 Février 2024, disponible sur [Are Cookies Personal Data? - Termly](#)

⁷⁰ R.KOCH, « Cookies, the GDPR, and the ePrivacy Directive », *GDPR.eu*, 2020 disponible sur [Cookies, the GDPR, and the ePrivacy Directive - GDPR.eu](#)

⁷¹ Commission européenne, « Data protection explained », disponible sur [Data protection explained - European Commission](#)

⁷² RGPD précité, art 5

⁷³ A. RABAGNY-LAGO, « Fiche 12. La finalité du traitement des données personnelles », in Fiches de Droit du traitement et de la protection des données personnelles, Ellipses, 2022

de limitation des finalités et de transparence, les données ne peuvent être collectées que pour des finalités déterminées, explicites et légitimes, qui doivent être communiquées à la personne concernée⁷⁴. Le principe de minimisation quant à lui, impose au responsable du traitement de ne collecter que les données qui sont pertinentes et strictement nécessaires à la finalité.⁷⁵

En principe, les données à caractère personnel ne sont traitées que pour une finalité unique, et il n'est pas permis de réutiliser les données collectées à des fins spécifiques pour d'autres finalités. L'article 6(4) du RGPD expose une série de critères pour déterminer si la nouvelle finalité est compatible avec la finalité initiale pour laquelle les données ont été traitées⁷⁶. Il convient de préciser qu'en matière de publicité ciblée et personnalisée, la finalité de la collecte est l'utilisation des données personnelles à des fins publicitaires⁷⁷.

2.5 Bases légales de traitement

Pour que le traitement des données à caractère personnel soit licite, il doit reposer sur une base légale. Il s'agit du fondement qui autorise le traitement de données. Chaque finalité de traitement doit se fonder sur une base légale distincte et unique. L'article 6 du RGPD fournit la liste de 6 bases légales que nous exposons dans les sections suivantes⁷⁸.

2.5.1 Le Consentement

Il s'agit de la seule base légale qui est reprise dans la Charte des droits fondamentaux⁷⁹, et celle qui est privilégiée par les responsables de traitement⁸⁰. La personne concernée consent à l'utilisation de ses données personnelles pour une ou plusieurs finalités spécifiques. L'utilisation du consentement en tant que base légale doit répondre à une série de conditions pour être valable au regard du RGPD⁸¹. Nous consacrerons les chapitres suivants à une étude plus ample du consentement et des conditions qu'il doit respecter.

2.5.2 L'exécution du contrat

Il n'est pas requis d'obtenir le consentement de la personne concernée lorsque le traitement des données personnelles est nécessaire à la réalisation d'un contrat sollicité par cette dernière. Les lignes directrices du Comité portent néanmoins un regard très strict sur cette condition de nécessité contractuelle.

⁷⁴ RGPD, art 5(1) b

⁷⁵ *Ibidem*.

⁷⁶ A. RABAGNY-LAGOA, « Fiche 12. La finalité du traitement des données personnelles », in Fiches de Droit du traitement et de la protection des données personnelles, Ellipses, 2022

⁷⁷ CJUE, *Bundeskartellamt c. Meta*, 4 juillet 2023, C-252/21

⁷⁸ A. RABAGNY-LAGOA, « Fiche 8. La licéité du traitement des données personnelles », in Fiches de Droit du traitement et de la protection des données personnelles, Ellipses, pp.61-67, 2022

⁷⁹ Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne précitée, article 8(2)

⁸⁰ A. RABAGNY-LAGOA, « Fiche 8. La licéité du traitement des données personnelles », in Fiches de Droit du traitement et de la protection des données personnelles, Ellipses, pp.61-67, 2022

⁸¹ RGPD précité, Article 4 (11)

Il est capital de distinguer la condition contractuelle de la nécessité contractuelle. La condition contractuelle correspond à l'engagement à fournir une prestation en échange d'un traitement de données. La nécessité contractuelle, quant à elle, désigne un traitement de données strictement nécessaire à l'exécution du contrat. Par exemple, pour une livraison à domicile, le traitement de l'adresse postale est une nécessité pour l'exécution du contrat⁸².

Cependant, un responsable de traitement ne peut invoquer la base légale de l'exécution du contrat parce que le traitement des données personnelles lui serait « *économiquement nécessaire, au vu de son modèle économique* »⁸³.

Par conséquent, les sites web dont le financement principal repose sur la vente des données personnelles de leurs utilisateurs à des annonceurs ne peuvent donc pas fonder l'utilisation de ces données sur la base légale de l'exécution du contrat, dès lors que cette finalité de traitement n'est pas strictement nécessaire à son exécution.

2.5.3. Le respect d'une obligation légale

Dans ce cas de figure, le traitement des données est basé sur la loi ; il repose sur une obligation légale qui pèse sur le responsable du traitement, qu'il appartienne au secteur public ou privé. Pour que le traitement soit licite, cette obligation légale doit être (I) définie par le droit national ou européen, (II) impérative et (III) suffisamment claire et précise. Il est également impératif que le traitement soit absolument nécessaire à la réalisation de l'objectif de l'obligation légale. En ce sens, il ne peut exister aucune alternative moins intrusive susceptible de répondre au même objectif. La loi qui établit l'obligation légale impose aussi les différentes finalités du traitement de données⁸⁴.

2.5.4. La sauvegarde des intérêts vitaux

Plus rare, cette base légitime doit faire état d'un « *intérêt essentiel à la vie* » de la personne concernée⁸⁵. Cette base juridique est généralement invoquée dans un contexte médical. Prenons l'exemple d'une victime d'un accident de la route, qui, inconsciente, doit être transportée d'urgence à l'hôpital. Le traitement de ses données personnelles, nécessaires aux pour les soins urgents, reposera sur la base juridique de la sauvegarde de ses intérêts vitaux. Cette base doit être interprétée de manière restrictive et en dernier recours.⁸⁶

2.5.5 L'exécution d'une mission d'intérêt public

Principalement destinée aux autorités publiques, cette base légale doit satisfaire à deux conditions pour être applicable. Premièrement, l'intérêt public doit être défini par le droit national ou européen.

⁸² A. RABAGNY-LAGO, « *Fiche 8. La licéité du traitement des données personnelles* », in Fiches de Droit du traitement et de la protection des données personnelles, Ellipses, pp.61-67, 2022

⁸³ *Ibidem*.

⁸⁴ *Ibidem*.

⁸⁵ RGPD précité, considérant 46

⁸⁶ Autorité belge de protection des données, « Sauvegarde des intérêts vitaux », 2025, disponible sur [Sauvegarde des intérêts vitaux | Autorité de protection des données](#)

Deuxièmement, le traitement des données doit être nécessaire à l'accomplissement de la mission d'intérêt public incombant au responsable du traitement⁸⁷.

2.5.6 L'intérêt légitime

Il s'agit de la base de traitement la plus flexible et polyvalente pour les responsables du traitement du secteur privé. Le responsable du traitement doit choisir la base légale avant le traitement et ne peut pas cumuler deux bases pour une même finalité. En revanche, il est possible d'utiliser deux bases de traitement distinctes pour deux finalités différentes concernant la même donnée⁸⁸.

On pourrait ainsi imaginer qu'une école collecte en premier lieu le numéro de téléphone d'un étudiant à des fins d'inscription sur base d'une obligation légitime et demande ensuite le consentement de l'étudiant pour pouvoir utiliser ce numéro à des fins de marketing, finalité totalement distincte et incompatible avec la première.

2.5.7 Le choix de la base légale

Le choix de la base légale revient principalement au responsable du traitement de données. Il lui revient de choisir la base légale la plus appropriée pour les opérations de traitement de données qu'il souhaite entreprendre. Comme le précise la DPC, l'autorité de contrôle irlandaise, il n'y a pas de hiérarchie entre les bases légales. Le caractère approprié de la base légale choisie va dépendre, entre autres, de l'opération et de la finalité du traitement, des circonstances spécifiques et de la personne concernée⁸⁹.

Le choix de la base légale du traitement a un impact sur les droits auxquels peut prétendre la personne concernée. Par exemple, les citoyens ne peuvent pas faire valoir leur droit d'opposition ou leur droit à la portabilité lorsque le traitement est valablement fondé sur une obligation légale⁹⁰. Cependant, le législateur impose parfois une base légale. C'est le cas de l'article 5(3) de la *ePrivacy Directive* où le consentement de la personne concernée est requis pour le stockage de technologies de suivi sur leur appareil⁹¹.

2.6 Le contrôle de l'application du RGPD

2.6.1 Les autorités de contrôle

En vertu de l'article 51 du Règlement, chaque État membre doit se prévaloir d'au moins d'une autorité de contrôle indépendante chargée d'assurer la bonne application du RGPD. Ces autorités jouent un

⁸⁷ A. RABAGNY-LAGOA, « Fiche 8. La licéité du traitement des données personnelles », in Fiches de Droit du traitement et de la protection des données personnelles, Ellipses, pp.61-67, 2022

⁸⁸ *Ibidem*.

⁸⁹ Irish Data Protection Commission, « Guidance note : Legal Bases for Processing personal data », december 2019 disponible sur [Guidance on Legal Bases.pdf](#)

⁹⁰ A. RABAGNY-LAGOA, « Fiche 8. La licéité du traitement des données personnelles », in Fiches de Droit du traitement et de la protection des données personnelles, Ellipses, pp.61-67, 2022

⁹¹ 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 (directive vie privée et communications électroniques), *J.O.U.E.*, 31 juillet 2002, Article 5(3)C

rôle de gardiennes du RGPD⁹² et doivent coopérer afin de garantir une exécution harmonieuse du règlement dans l'Union⁹³. Les citoyens européens ont le droit de déposer une plainte auprès de ces autorités⁹⁴. En Belgique, c'est l'Autorité de protection des données (APD) qui assume ce rôle⁹⁵.

2.6.2. Le Comité Européen de la Protection des Données

Créé en 2018 et établi à Bruxelles, le Comité Européen de la protection des données (CEPD) est un organe de l'UE chargé de veiller à l'application cohérente du RGPD sur le territoire de l'Union. Il fournit des lignes directrices, des recommandations et de bonnes pratiques pour clarifier le RGPD et conseille la Commission européenne en matière de protection des données. Le CEPD entretient également une étroite collaboration avec les autorités de contrôle nationales : en vertu des articles 61 et suivants du RGPD, le CEPD rend des décisions contraignantes et règle des désaccords entre les différentes autorités de contrôle européennes⁹⁶.

Il ressort de nos réflexions que de nombreuses finalités de traitement existent et les bases légales disponibles pour traiter les données personnelles des utilisateurs sont multiples. Il revient au responsable du traitement des données de choisir la base appropriée qui correspond à la finalité pour laquelle celles-ci sont collectées. La base légale de traitement sur laquelle repose le modèle *Pay-or-Okay* est le consentement. Nous y consacrerons l'entièreté du chapitre suivant.

⁹²Cour de Justice de l'Union Européenne, *Commission c. Germany*, C-518/07, 9 mars 2010, EU :C :2010 :125 et Cour de Justice de l'Union Européenne, *Commission c. Hungary*, C-288/12, 8 avril 2014, EU :C :2014 :237

⁹³ H. HIJMANS, « *Article 51 : Supervisory Authority* » in *The EU General Data Protection Regulation (GDPR): A Commentary*, dir. C.Kuner, Oxford, 2020

⁹⁴ RGPD précité, Article 77

⁹⁵ Autorité belge de protection de données, « *Organisation* », disponible sur [Organisation | Autorité de protection des données](#)

⁹⁶ Site officiel de l'UE, Comité européen de la protection des données disponible sur [Comité européen de la protection des données | Union européenne](#)

Chapitre 3 : Le consentement au sens du RGPD et son application dans le Pay-or-Okay

Penchons-nous à présent sur la question du consentement, notion qui se trouve au cœur de notre étude. Le consentement est la première base légale de traitement de données énoncée dans le RGPD⁹⁷ et la seule énoncée spécifiquement citée dans l'article 8 de la Charte européenne des droits fondamentaux. La particularité du consentement en tant que base légale nécessaire au traitement des données, est qu'il repose sur un accord au traitement donné directement par la personne concernée⁹⁸.

Nous commencerons par une analyse de la définition du consentement telle que fournie par le RGPD, nous en analyserons les conditions et enfin nous discuterons des enjeux actuels du consentement et de la place que cette base de traitement occupe aujourd'hui dans le domaine de la protection des données. Nous nous reposerons principalement sur les lignes directrices émises en 2020 par le CEPD en matière de consentement au sens du RGPD⁹⁹.

Nous confronterons aussi les conditions du consentement exposées avec le modèle *Pay-or-Okay* afin d'évaluer si elles sont respectées en l'espèce.

Par ailleurs, le 17 avril 2024, le CEPD a adopté un avis sur la validité du consentement dans le cadre des modèles « consentir ou payer » mis en place par les grandes plateformes en ligne¹⁰⁰. Bien que cet avis soit pertinent en ce qu'elle traite le sujet du *Pay-or-Okay*, elle ne l'aborde que dans le contexte de son implémentation par de grandes plateformes numériques. En conséquence, nous utiliserons cet avis avec discernement, en tenant compte de ses limites contextuelles.

3.1. Définition

L'article 4 (11) du RGPD est rédigé comme suit : « *consentement* de la personne concernée, toute manifestation de volonté, libre, spécifique, éclairée et univoque par laquelle la personne concernée accepte, par une déclaration ou par un acte positif clair, que des données à caractère personnel la concernant fassent l'objet d'un traitement¹⁰¹ ».

La lecture de cet article met d'emblée en évidence les quatre critères cumulatifs nécessaires à un consentement valide. Il faut que le consentement soit libre, spécifique, éclairé et univoque.¹⁰²

⁹⁷ RGPD précité, Article 6 (1) a)

⁹⁸ A. RABAGNY-LAGO, « Fiche 8. La licéité du traitement des données personnelles », in Fiches de Droit du traitement et de la protection des données personnelles, Ellipses, pp.61-67, 2022

⁹⁹ Comité Européen de la Protection des Données, Lignes directrices 5/2020 sur le consentement au sens du règlement (UE) 2016/679, version 1.1., 4 mai 2020.

¹⁰⁰ Comité Européen de la Protection des Données, Avis 08/2024 sur la validité du consentement dans le cadre des modèles « consentir ou payer » mis en place par les grandes plateformes en ligne, 17 avril 2024. Disponible sur [*edpb_opinion_202408_consentorpay_fr.pdf](https://edpb.europa.eu/edpb_opinion_202408_consentorpay_fr.pdf)

¹⁰¹ RGPD précité, Article 4 (11)

¹⁰² Y. POULLET, «Consentement et RGPD : des zones d'ombre ! » in *Droit de la Consommation*, n° 122-123, 2019.

L'article 7 du RGPD indique des conditions supplémentaires pour que le consentement soit valable. Il est pertinent de rappeler que tout traitement de données doit respecter les exigences reprises à l'article 5 du RGPD, en ce compris le traitement de données auquel la personne concernée consent¹⁰³. Nous étudierons dans les sections suivantes les quatre conditions du consentement et comment celles-ci sont respectées ou non dans le modèle *Pay-or-Okay*.

En raison de la longueur et de l'importance de la condition du consentement libre, nous avons choisi de l'aborder dans un chapitre distinct. Les prochaines sections traiteront donc des quatre conditions mentionnées dans la définition, citons : les aspects spécifique, éclairé et univoque du consentement tels qu'entendus par le RGPD.

3.2. Le Consentement spécifique

À travers cette condition, le Règlement rappelle que le consentement doit être demandé individuellement pour chaque opération de traitement. Ce critère entretient une relation étroite avec deux autres : le consentement spécifique et le consentement donné librement. Le consentement spécifique et éclairé se rejoignent en ce que le responsable du traitement de données doit fournir les données nécessaires à la personne concernée pour qu'elle comprenne exactement à quelle opération de traitement de données elle consent¹⁰⁴. Le lien entre le consentement spécifique et le consentement donné librement se trouve dans la notion de granularité que nous aborderons dans le chapitre suivant.

Pour que le consentement soit spécifique au sens du RGPD, le responsable du traitement des données doit notamment garantir : « (i) la spécification des finalités en tant que garantie contre tout détournement d'usage, (ii) le caractère détaillé des demandes de consentement, et (iii) la séparation claire des informations liées à l'obtention du consentement au traitement des données et des informations concernant d'autres sujets.¹⁰⁵»

3.3. Le Consentement éclairé

Le caractère éclairé du consentement signifie que la personne concernée dispose d'une connaissance avancée des paramètres de l'opération de traitement de ses données à laquelle elle consent¹⁰⁶. Le responsable du traitement est responsable de la fourniture de ces informations, mais également de leur bonne compréhension par les personnes concernées¹⁰⁷.

Cette exigence est intimement liée au principe de transparence repris au considérant 39 du RGPD qui

¹⁰³ Autorité belge de Protection des données, « Consentement », 2025, disponible sur [Consentement | Autorité de protection des données](#)

¹⁰⁴ L.BYGRAVE ET L.TOSONI, « Article 4 (11). Consent » in The EU General Data Protection (GDPR), A Commentary, dir. C. Kuner et al., Oxford, 2020.

¹⁰⁵ Comité Européen de la Protection des Données, Lignes directrices 5/2020 sur le consentement au sens du règlement (UE) 2016/679, version 1.1., 4 mai 2020

¹⁰⁶ L.BYGRAVE ET L.TOSONI, « Article 4(11). Consent » in The EU General Data Protection Regulation (GDPR) A Commentary, Dir. C. Kuner et al, Oxford, 2020

¹⁰⁷ Comité Européen de la Protection des Données, Avis 08/2024 sur la validité du consentement dans le cadre des modèles « consentir ou payer » mis en place par les grandes plateformes en ligne, 17 avril 2024. Disponible sur *edpb_opinion_202408_consentorpay_fr.pdf

exige que « *toute information et communication relatives au traitement de ces données à caractère personnel soient aisément accessibles, faciles à comprendre, et formulées en des termes clairs et simples.* »¹⁰⁸

Dans son avis du 4 mai 2020, le Comité liste une série d'informations qui doivent, à tout le moins, être partagées avec la personne concernée afin qu'elle puisse consentir (ou non) en toute connaissance de cause. Les six types d'information épinglés par le CEPD sont les suivantes :

- « *L'identité du responsable du traitement*
- *La finalité de chacune des opérations de traitement pour lesquelles le consentement est sollicité*
- *Les types de données collectées et utilisées*
- *L'existence du droit de retirer son consentement*
- *Les informations concernant l'utilisation des données pour la prise de décision automatisée conformément à l'art 22 § 2 c) le cas échéant et*
- *Les informations sur les risques éventuels liés à la transmission des données en raison de l'absence de décision d'adéquation et de garanties appropriées telles que décrites à l'article 46 »*¹⁰⁹

Pour que le consentement soit valable, ces informations doivent être communiquées à la personne concernée avant qu'elle puisse poser un choix par rapport à son consentement. Si elle consent au traitement de ses données, alors le responsable du traitement devra lui fournir une liste d'informations supplémentaires relative au traitement au moment de la collecte des dites données, et ce, quelle que soit la base légale du traitement ¹¹⁰.

Dans le contexte du *Pay-or-Okay*, le critère du consentement éclairé doit aussi être respecté. Il est crucial que les utilisateurs comprennent bien les deux options qui leur sont présentées et quelle est la différence entre les deux. Notamment, en termes des données collectées et la façon dont elles seront traitées. Chaque utilisateur doit savoir ce qu'implique l'option gratuite et ce qu'implique l'option payante. Dans son avis sur le modèle, le CEPD souligne toutefois qu'il est crucial que les responsables du traitement établissent la liste des données qui leur seront nécessaires pour la publicité comportementale¹¹¹.

Il est toutefois pertinent de relever que cette condition de consentement éclairé impose aux responsables de traitement de fournir une abondance d'information aux utilisateurs. Confrontés à de nombreuses demandes de consentement en ligne par jour, les utilisateurs se retrouvent donc inondés

¹⁰⁸ RGPD précité, Considérant 39

¹⁰⁹ Comité Européen de la Protection des Données, Lignes directrices 5/2020 sur le consentement au sens du règlement (UE) 2016/679, version 1.1., 4 mai 2020

¹¹⁰ RGPD précité, Article 13

¹¹¹ Comité Européen de Protection des Données, Avis 08/2024 sur la validité du consentement dans le cadre des modèles « consentir ou payer » mis en place par les grandes plateformes en ligne, 17 avril 2024. Disponible sur *edpb_opinion_202408_consentorpay_fr.pdf

d'informations. Selon une étude récente, il faudrait que l'utilisateur moyen consacre 244 heures par an à lire les conditions générales de confidentialité des sites qu'il visite pour être pleinement et complètement informé¹¹².

Dans les faits, l'objectif du législateur pas souvent atteint car l'utilisateur, en raison de la longueur et l'abondance de celles-ci, fait parfois fi des informations qui lui sont mises à disposition par le responsable du traitement et consent aveuglément.

Nous aborderons plus amplement ce sujet dans la section 4.6 du présent mémoire qui porte sur les considérations psychologiques susceptibles d'entacher le caractère libre du consentement.

3.3.1 Les interfaces trompeuses

Comme mentionné à l'ouverture de cette section, c'est le responsable de traitement qui est responsable de la bonne compréhension des informations par les utilisateurs. Le principe général de transparence exhorte les responsables du traitement à adopter une formulation claire et compréhensible. De façon complémentaire, les principes de loyauté et licéité empêchent l'utilisation de mots, expressions, formulations ou encore affichages ambigus dans l'objectif de tromper les utilisateurs et de brouiller leur compréhension. Dès lors, l'enjeu ne réside pas uniquement dans le contenu des informations communiquées aux personnes concernées, mais également dans la manière dont elles sont transmises¹¹³.

Les interfaces trompeuses ou « *dark patterns* » sont des interfaces malicieuses conçues pour influencer les choix des utilisateurs en faveur d'un service en ligne. Ces interfaces sont parfois utilisées pour inciter les utilisateurs à faire des choix qui portent atteinte à leur vie privée¹¹⁴. L'Article 25 du *Digital Service Act* comporte une interdiction explicite de ces interfaces qui ont pour objectif de tromper ou manipuler les utilisateurs¹¹⁵.

Divers types de stratégies existent pour essayer de pousser les personnes concernées vers un choix qui avantage le service en ligne. On notera notamment parmi ces stratégies le *nagging* ou l'obstruction qui consiste à interrompre ou obstruer la visite de l'utilisateur par des demandes ; la présélection, qui consiste à précocher certaines cases pour influencer l'utilisateur ou encore la fausse urgence qui presse l'utilisateur à poser rapidement un choix¹¹⁶.

De nombreuses décisions ont déjà affirmé le caractère illégal de ces pratiques. C'est le cas du

¹¹² A. E. WALDMAN, « Cognitive biases, dark patterns, and the 'privacy paradox' », *Current Opinion in Psychology*, vol. 31, pp. 105–109, 2020.

¹¹³ L. BYGRAVE ET L. TOSONI, « Article 4(11) Consent » in *The EU General Data Protection Regulation (GDPR): A Commentary*, dir C. KUNER, 2022

¹¹⁴ A. LOBEL ET AL., « Access Your data... If you can: an analysis of Dark Patterns against the right access on popular websites » in *Privacy Technologies and Policy*, 12th Annual Privacy Forum, APF 2024, Karlstad, Sweden, September

¹¹⁵ Règlement (UE) 2022/1925 du Parlement européen et du Conseil du 14 septembre 2022 relatif aux marchés contestables et équitables dans le secteur numérique et modifiant les directives (UE) 2019/1937 et (UE) 2020/1828 (règlement sur les marchés numériques), (*Digital Service Act*), *J.O.U.E.*, 12 octobre 2022, Article 25

¹¹⁶ H. BRIGNULL ET AL., « Types of deceptive patterns » disponible sur [Deceptive Patterns - Types of Deceptive Pattern](#)

jugement de la CJUE dans l'affaire *Planet49* qui condamne l'utilisation de cases précochées et dit pour droit que celles-ci ne sont pas conformes aux objectifs du droit européen de la protection des données¹¹⁷. Ainsi, un consentement qui aura été obtenu par le truchement d'une de ces interfaces trompeuses ne sera pas valable au regard du RGPD¹¹⁸.

En ce qui concerne les réseaux sociaux, le Comité a publié en 2022 des lignes directrices relatives aux interfaces trompeuses dans les interfaces des plateformes des médias sociaux. Ce document a pour objectif initial d'informer les utilisateurs à reconnaître et éviter les interfaces trompeuses sur les plateformes de médias sociaux. Toutefois, une lecture approfondie permet l'identification d'éléments considérés comme trompeurs selon le CEPD dans la manière d'informer les utilisateurs en vue d'obtenir leur consentement à une opération de traitement de données¹¹⁹.

3.4. Le Consentement univoque

Le consentement doit être donné par un acte affirmatif clair. Celui peut être oral ou écrit (manuscrit ou électronique), mais, en vertu de ce critère, il ne peut être ambigu. Dès lors, un consentement « donné » par un acte passif tel que l'inactivité, le silence ou une case précochée ne saurait être conforme aux exigences du RGPD. Ce critère signifie que les actions de la personne concernée ne doivent pas laisser de place à l'ambiguïté quant à la provision de leur consentement car en vertu de l'article 7(1) du règlement, lu en combinaison avec son considérant 42, le responsable du traitement de données doit être en mesure de démontrer que la personne concernée a consenti au traitement de ses données¹²⁰.

Dans le modèle *Pay-or-Okay*, cela se traduit par une possibilité pour l'utilisateur de poser un acte affirmatif démontrant sa volonté de consentir. Cet acte peut prendre la forme d'un clic sur un lien ou un bouton ou le cochage d'une case qui indiquent clairement une volonté de consentir au traitement de ses données.¹²¹ Dans son jugement de l'affaire *Planet49*, la Cour de Justice de l'Union Européenne confirme ce raisonnement en affirmant que « *le consentement de la personne concernée peut rendre un tel traitement licite pour autant que ce consentement est "indubitablement" donné par la personne concernée. Or, seul un comportement actif de la part de cette personne en vue de manifester son consentement est de nature à remplir cette exigence.*¹²² »

Cet acte ne doit laisser aucune interprétation possible quant au choix de l'utilisateur. Dès lors, un clic sur une formule similaire à « En continuant à naviguer sur ce site web, vous consentez au traitement

¹¹⁷ CJUE, *Planet49*, C-673/17, EU : CE :2019 :801,01 octobre 2019

¹¹⁸ A. LOBEL ET AL., « *Access Your data... If you can: an analysis of Dark Patterns against the right access on popular websites* » in *Privacy Technologies and Policy*, 12th Annual Privacy Forum, APF 2024, Karlstad, Sweden

¹¹⁹ Comité Européen de la Protection Des Données, Lignes directrices 03/2022 relatives aux interfaces trompeuses dans les interfaces de plateformes de médias sociaux : comment les reconnaître et les éviter? 2022 disponible sur [*edpb_03-2022_guidelines_on_deceptive_design_patterns_in_social_media_platform_interfaces_v2_fr.pdf](#)

¹²⁰ L.BYGRAVE ET L.TOSONI, « Article 4 (11). Consent » in *The EU General Data Protection (GDPR), A Commentary*, dir. C.KUNER et al., Oxford,2020.

¹²¹ C. SANTOS ET AL., « Are cookie banners indeed compliant with the law?: Deciphering EU legal requirements on consent and technical means to verify compliance of cookie banners », *Technology and Regulation*, 2020, pp.91-135

¹²² CJUE, *Planet49*, C-673/17, 1^{er} octobre 2019, EU :C :2019 :801, para 54

de vos données », ne saurait être compris comme un acte témoignant d'un consentement univoque car la réelle action que l'utilisateur souhaitait faire, c'est continuer à naviguer sur le site web.

Similairement, la simple lecture d'une fenêtre informant l'utilisateur sur la manière dont le responsable de données aimerait traiter ses données ne saurait être interprétée comme un consentement dans le chef de l'utilisateur¹²³.

L'utilisateur devrait également avoir l'option de choisir librement de consentir à l'entièreté des opérations ou à quelques-unes¹²⁴. Une analyse de chaque modèle *Pay-or-Okay* au cas par cas pour évaluer si en l'espèce, le consentement recueilli est réellement une expression univoque de la volonté de consentir de l'utilisateur.

¹²³ C. SANTOS ET AL., « Are cookie banners indeed compliant with the law?: Deciphering EU legal requirements on consent and technical means to verify compliance of cookie banners », *Technology and Regulation*, 2020, pp.91-135

¹²⁴ *Ibidem*.

Chapitre 4 : Le Consentement donné librement au sens du RGPD dans le modèle Pay-or-Okay

Une étude réalisée en 2024 par le Dr Timo Mueller-Tribbensee¹²⁵ révèle que face au modèle *Pay-or-Okay*, moins de 1% des utilisateurs optent pour le choix payant¹²⁶. En d'autres termes, 99% des utilisateurs confrontés à une fenêtre de choix *Pay-or-Okay* consentent à la collecte et au traitement de leurs données à des fins publicitaires. Un tel engouement suscite des questions, notamment celle du caractère libre de ce consentement¹²⁷.

Pour qu'un consentement soit donné librement, il est nécessaire que la personne concernée dispose, au moment de son choix concernant ses données, d'un très haut degré d'autonomie. La matière étant casuistique, il est difficile d'établir un seuil général pour atteindre cette autonomie¹²⁸. Cependant, en prenant en considération différents éléments, il est possible d'apprécier le niveau d'autonomie dont dispose la personne concernée au moment où elle fait un choix concernant ses données. Ces éléments découlent du considérant 43 du Règlement Général sur la Protection des Données et de l'analyse du consentement donné librement faite par le Comité Européen de la Protection des Données dans ses lignes directrices sur le consentement¹²⁹. Nous examinerons ces éléments dans les sections suivantes et les confronterons à la réalité du modèle *Pay-or-Okay*. En outre, une section sera consacrée à d'autres éléments d'ordre psychologique, qui, selon nous, ont également un impact sur les choix des personnes concernées dans le contexte du *Pay-or-Okay*.

4.1. Manifestation d'une volonté libre

Un consentement libre suppose que la personne concernée soit en mesure d'exercer un choix effectif et puisse, à tout moment, choisir d'accorder ou de révoquer son consentement sans que sa décision ne lui cause un quelconque préjudice. À titre d'exemple, si un employé est menacé de licenciement en raison de la décision qu'il prend de donner ou de révoquer son consentement, celui-ci est empreint de coercition et n'est, dès lors, pas libre. Par conséquent, un tel consentement ne sera pas valable au sens du RGPD.¹³⁰

Plusieurs présomptions négatives existent quant au caractère libre du consentement.

Le consentement est réputé n'avoir pas été donné librement et est par conséquent invalide lorsqu'il

¹²⁵ Chercheur allemand spécialiste de la protection des données

¹²⁶ T. MULLER-TRIBBENSEE ET AL., « Paying for Privacy: Pay-or-Tracking Walls », arXiv preprint, 6 mars 2024 disponible sur [2403.03610](https://arxiv.org/abs/2403.03610)

¹²⁷ V. MOREL ET AL., Legitimate Interest is the New Consent-Large-Scale Measurement and Legal Compliance of IAB Europe TCF Paywalls", *Chalmers University of Technology*, 13 octobre 2023 disponible sur <https://arxiv.org/pdf/2309.11625.pdf>

¹²⁸ *Ibidem*

¹²⁹ Comité Européen de la Protection des Données, Lignes directrices 5/2020 sur le consentement au sens du règlement (UE) 2016/679, version 1.1., 4 mai 2020 et Comité Européen de Protection des Données, Avis 08/2024 sur la validité du consentement dans le cadre des modèles « consentir ou payer » mis en place par les grandes plateformes en ligne, 17 avril 2024. Disponible sur *edpb_opinion_202408_consentorpay_fr.pdf

¹³⁰ *Ibidem*

constitue une clause non négociable des conditions générales. Il est également admis que le consentement n'a pas été donné librement s'il est le fruit d'une coercition, d'une pression ou d'une influence inappropriée exercée sur la personne concernée¹³¹. Par ailleurs, le considérant 43 du RGPD prévoit qu'en présence d'un déséquilibre manifeste entre la personne concernée et le responsable du traitement, le consentement ne saurait constituer une base juridique valable pour le traitement des données, dans la mesure où il ne saurait garantir que le celui-ci ait été donné librement.¹³²

4.2. Conditionnalité

En vertu de l'article 7 (4) du RGPD, le consentement est présumé ne pas avoir été donné librement lorsqu'il est une condition à la prestation d'un service ou l'exécution d'un contrat, alors qu'il n'est pas nécessaire à leur réalisation¹³³.

Nous retrouvons souvent ce type de conditionnalité dans les services gratuits en ligne, où les utilisateurs peuvent être amenés à consentir au traitement de leurs données à des fins publicitaires afin d'avoir accès aux services en ligne souhaités¹³⁴.

Un exemple parlant est celui des journaux en ligne. Lorsqu'un utilisateur navigue sur les sites d'actualité en ligne, il est à la recherche d'un service de fourniture d'informations. Dès lors, lorsque ce même site web conditionne l'accès à l'information à la délivrance de données personnelles par l'utilisateur à des fins publicitaires, lesquelles ne sont en rien nécessaires à la fourniture du service¹³⁵, il se trouve dans le cas prévu à l'article 7(4) du RGPD¹³⁶. Ce cas d'espèce fait également écho au principe général de minimisation des données, repris à l'article 5(c) du RGPD, qui impose que les données à caractère personnel soient limitées à ce qui est nécessaire pour les finalités pour lesquelles elles sont traitées¹³⁷.

L'enjeu central de la présente étude consiste à déterminer si le consentement obtenu dans le cadre du modèle *Pay-or-Okay* est effectivement donné librement, conformément aux exigences du RGPD. Pour ce faire, il doit être cumulativement conforme aux conditions reprises aux considérants 32, 42 et 43 du RGPD ainsi qu'aux articles 4 (11) et 7 (4) du texte.

Dans le modèle *Pay-or-Okay*, l'utilisateur est généralement confronté à une fenêtre s'affichant à l'écran et bloquant l'accès au contenu du site web tant qu'il n'a pas fait un choix concernant le traitement de ses données¹³⁸. La doctrine s'accorde à reconnaître que subordonner l'accès au contenu d'un site web à l'acceptation du traitement des données personnelles à des fins non essentielles à la fourniture du

¹³¹ V. MOREL ET AL., « Your consent is worth 75 euros a year – Measurement and lawfulness of cookie paywalls » in *WPES' 22*, Novembre 2023.

¹³² RGPD précité, considérant 43

¹³³ RGPD précité, Art 7 (4) et Considérant 43

¹³⁴ E.NETTER, Service en ligne "gratuit" contre publicité ciblée : le modèle d'affaires aux pieds d'argile. *Mélanges Storck*, Dalloz, 2021

¹³⁵ *Ibidem*

¹³⁶ RGPD précité, Article 7(4)

¹³⁷ RGPD précité, Article 5 c)

¹³⁸ V. MOREL ET AL., « Your consent is worth 75 euros a year – Measurement and lawfulness of cookie paywalls » in *WPES' 22*, Novembre 2023.

service affecte le choix de l'utilisateur et par voie de conséquence, la validité de son consentement¹³⁹. Pour rappel, le considérant 43 du RGPD prévoit que dans le cas où la prestation d'un service est subordonnée à l'octroi d'un consentement qui n'est pas indispensable à l'exécution du contrat, ce consentement est présumé ne pas être donné librement.¹⁴⁰ Il convient dès lors de conclure que le critère de la nécessité est déterminant pour apprécier la conformité du consentement au regard du considérant 43 du RGPD lorsque celui-ci est recueilli en contrepartie de l'accès à un service.

4.2.1. Nécessité du traitement des données à caractère personnel pour la fourniture du service

Selon le RGPD, « pour 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.¹⁴¹ ». Il ressort de cet article que le consentement au traitement de données personnelles, lorsqu'il subordonne la fourniture d'un service, ne constitue un risque pour le caractère libre de ce consentement que dans l'hypothèse où ledit traitement n'est pas nécessaire à la fourniture de ce service.

À l'heure actuelle, nombreux sont les sites web qui traitent les données personnelles de leurs utilisateurs à des fins publicitaires dans le but de leur offrir un service gratuit¹⁴². Or, d'aucuns estiment que la gratuité constitue une composante intrinsèque de la prestation du service en ligne. Sur cette base, il apparaît tout à fait légitime de demander le consentement des utilisateurs pour le traitement de leurs données personnelles à des fins publicitaires, dans la mesure où ce sont précisément ces publicités qui permettent d'assurer la gratuité de ce service ; celle-ci étant considérée comme une partie inhérente de la prestation¹⁴³.

Aujourd'hui encore, la question de la nature et du rôle de la gratuité des services en ligne fait débat au sein de la doctrine¹⁴⁴. Toutefois, en 2023, dans son arrêt *Bundeskartellamt*, la CJUE a jugé que le traitement des données des utilisateurs à des fins publicitaires n'était pas nécessaire à la fourniture de services de réseaux sociaux.¹⁴⁵ Le CEPD a ensuite confirmé cette interprétation dans son avis 08/2024¹⁴⁶. Peter Craddock, expert en protection des données, soutient que la notion de nécessité

¹³⁹ *Ibidem* ; voy. aussi D'AMICO A. et al., "Meta's Pay-or-okay model : an analysis under EU Data protection, Consumer and competition law", *Technology and Regulation*, 8 avril 2024, disponible sur [rebo-renforce-working-paper-2024-Meta's Pay-or-Okay Model - An Analysis Under EU Data Protection, Consumer, and Competition Law.pdf \(uu.nl\)](#) et PAPAPOULOS P., SNYDER P., ATHANASAKIS D., ET LIVSHITS B., Keeping out the Masses : Understanding the Popularity and Implications of Internet Paywalls, 7 mai 2020 disponible sur [Keeping out the Masses: Understanding the Popularity and Implications of Internet Paywalls](#)

¹⁴⁰ RGPD précité, Considérant 43 et Article 7(4)

¹⁴¹ RGPD précité, Art. 7 (4)

¹⁴² D. SOLOVE, « Murky Consent : An Approach to the fictions of consent in privacy law », *Boston University Law review*, 2023, pp. 593- 639.

¹⁴³ P. CRADDOCK, « Op-Ed : Maybe no consent needed for advertising under ePrivacy "cookie" rule? », 22 janvier 2024 disponible sur [Op-Ed : Maybe no consent needed for advertising under ePrivacy "cookie" rule? | LinkedIn](#)

¹⁴⁴ *Ibidem*

¹⁴⁵ CJUE, *Bundeskartellamt c. Meta*, 4 juillet 2023, C- 252/21, para 150

¹⁴⁶ Comité Européen de Protection des Données, Avis 08/2024 sur la validité du consentement dans le cadre des modèles « consentir ou payer » mis en place par les grandes plateformes en ligne, 17 avril 2024. Disponible sur [*edpb_opinion_202408_consentorpay_fr.pdf](#), para 116

évoquée dans le cas de figure ci-dessus est en réalité une nécessité commerciale dans la mesure où le consentement au traitement des données ne permet de garantir que la gratuité du service et pas son existence du service même¹⁴⁷.

Selon Craddock¹⁴⁸, deux points essentiels doivent être retenus: i) les utilisateurs ne disposent pas d'un droit à l'accès gratuit aux contenus en ligne et ii) la gratuité du contenu en ligne est une illusion.

Pour comprendre le premier point, il importe de remonter à la genèse de cette gratuité. À l'avènement d'Internet, les premiers sites web, blogs et autres plateformes en ligne ont rapidement fait le choix d'offrir un accès gratuit à leur contenu, principalement pour attirer un public. Avec la professionnalisation de ces sorties en ligne, il a fallu trouver un moyen de financement, qui a d'abord été la publicité personnalisée permettant ainsi à ces éditeurs de générer de l'argent et aux utilisateurs de ne rien payer. Progressivement, ce modèle économique s'est généralisé sur Internet¹⁴⁹. Dans son opinion 08/2024, le CEPD rappelle qu'il n'existe aucune obligation pour les grandes plateformes en ligne de proposer leurs services gratuitement¹⁵⁰. Cependant, les utilisateurs de sites web en ligne sont aujourd'hui habitués à ce modèle, fondé sur la monétisation de leurs données personnelles à des fins publicitaires¹⁵¹. Ce schéma est désormais fragilisé car d'une part, les utilisateurs, mieux informés, se montrent plus réticents à céder l'accès à leur données. Et d'autre part, des nouvelles lois et mesures sont mises en place au niveau européen et ailleurs pour protéger les données personnelles des citoyens. C'est dans ce contexte que le modèle Pay-or-Okay a vu le jour. La question de l'avenir de la gratuité qui a si longtemps caractérisé Internet se pose alors avec acuité.¹⁵²

En ce qui concerne le second point, Peter Craddock¹⁵³ rappelle que les sites en ligne n'ont été gratuits que pour les utilisateurs. Comme toutes entreprises, les opérateurs en ligne cherchent à engranger un profit. Grâce à la publicité ciblée, ils avaient trouvé un moyen de ne pas faire payer directement les utilisateurs, en utilisant les données que ces derniers fournissaient sur lesdits sites web. Cet arrangement pose la question d'un possible paiement avec les données, que nous aborderons plus loin dans ce chapitre.

Cet arrangement garantissait un service en ligne sans que les utilisateurs aient à dépenser leur argent

¹⁴⁷ P. CRADDOCK, « *Op-Ed : Maybe no consent needed for advertising under ePrivacy "cookie" rule?* », 22 janvier 2024 disponible sur [Op-Ed : Maybe no consent needed for advertising under ePrivacy "cookie" rule? | LinkedIn](#)

¹⁴⁸ Ibidem

¹⁴⁹ A. ARRESE, « From Gratis to Paywall: A brief history of retro-innovation in the press's business » in *Journalism Studies*, Volume 17, 2016.

¹⁵⁰ Comité Européen de Protection des Données, Avis 08/2024 sur la validité du consentement dans le cadre des modèles « consentir ou payer » mis en place par les grandes plateformes en ligne, 17 avril 2024. Disponible sur [*edpb_opinion_202408_consentorpay_fr.pdf](#), para 76

¹⁵¹ A. ARRESE, « From Gratis to Paywall: A brief history of retro-innovation in the press's business » in *Journalism Studies*, Volume 17, 2016

¹⁵² Comité Européen de Protection des Données, Avis 08/2024 sur la validité du consentement dans le cadre des modèles « consentir ou payer » mis en place par les grandes plateformes en ligne, 17 avril 2024. Disponible sur [*edpb_opinion_202408_consentorpay_fr.pdf](#), para 76

¹⁵³ P. CRADDOCK, « *Op-Ed : Maybe no consent needed for advertising under ePrivacy "cookie" rule?* », 22 janvier 2024 disponible sur [Op-Ed : Maybe no consent needed for advertising under ePrivacy "cookie" rule? | LinkedIn](#)

pour consulter des sites web¹⁵⁴. Cependant, il semble que les utilisateurs ne souhaitent plus y participer car ils refusent d'une part que leurs données soient traitées à des fins publicitaires et refusent également de payer pour le service, en affirmant qu'il a toujours été gratuit et doit continuer de l'être¹⁵⁵. Or, si les annonceurs ne peuvent plus avoir accès aux données des utilisateurs pour faire de la publicité ciblée et que ceux-ci ne veulent pas payer un tarif pour l'utilisation du service, il y a de très fortes chances que celui-ci ne puisse tout simplement pas rester gratuit¹⁵⁶.

Pour éviter cette situation, certaines entreprises ont tenté de faire valoir que la collecte et le traitement des données des utilisateurs à des fins publicitaires pour assurer la gratuité du service était nécessaire pour l'exécution du contrat que l'utilisateur passait avec la plateforme en ligne lorsqu'il s'y inscrivait. C'est le cas de Meta qui a donc fondé le traitement et la collecte des données de ces utilisateurs à des fins publicitaires sur la base juridique de l'exécution du contrat. En s'inscrivant sur le site web, l'utilisateur consentait donc à l'utilisation de ses données à des fins publicitaires. La Cour de justice a, dans son arrêt du 4 juillet 2023, tranché que le fondement juridique de l'exécution du contrat n'était pas approprié et a obligé Meta à demander le consentement de ces utilisateurs pour le traitement de leurs données à des fins publicitaires¹⁵⁷. S'en est alors suivi l'introduction du modèle *Pay-or-Okay* de Meta¹⁵⁸.

4.2.2. Consentement en tant que condition pour accéder au contenu

Dans ses travaux, Peter Craddock mentionne que ce n'est pas le consentement au traitement de données à des fins commerciales qui conditionne l'accès au contenu du site web, mais le simple choix entre les deux options. Le meilleur moyen de prouver que le consentement au traitement des données à des fins commerciales n'est pas une condition à l'accès au site web réside dans la possibilité de choisir l'option payante, et donc ne pas consentir à cette utilisation et avoir accès au contenu du site web¹⁵⁹.

Dans son jugement de l'affaire qui oppose Meta à l'autorité allemande de la concurrence, (ci-après *Bundeskartellamt*) en 2023¹⁶⁰, la Cour de Justice de l'Union Européenne a confirmé que lorsqu'une « *option alternative équivalente non accompagnée de telles opérations de traitement de données, le cas échéant, contre rémunération appropriée* » existe, alors il n'y a pas de souci de conditionnalité et le consentement peut être donné librement¹⁶¹. La conditionnalité du modèle *Pay-or-Okay* n'est donc pas intrinsèquement problématique.

¹⁵⁴ A. ARRESE, « From Gratis to Paywall: A brief history of retro-innovation in the press's business » in *Journalism Studies*, Volume 17, 2016.

¹⁵⁵ P. CRADDOCK, « *Op-Ed : Maybe no consent needed for advertising under ePrivacy "cookie" rule?* », 22 janvier 2024 disponible sur [Op-Ed : Maybe no consent needed for advertising under ePrivacy "cookie" rule? | LinkedIn](#)

¹⁵⁶ *Ibidem*.

¹⁵⁷ CJUE, *Meta c. Bundeskartellamt*, C-252/21, 4 juillet 2023

¹⁵⁸ P. CRADDOCK, « *Op-Ed : Maybe no consent needed for advertising under ePrivacy "cookie" rule?* », 22 janvier 2024 disponible sur [Op-Ed : Maybe no consent needed for advertising under ePrivacy "cookie" rule? | LinkedIn](#)

¹⁵⁹ *Ibidem*

¹⁶⁰ CJUE, *Meta c. Bundeskartellamt*, 4 juillet 2023, C-252/21

¹⁶¹ Comité Européen de Protection des Données, Avis 08/2024 sur la validité du consentement dans le cadre des modèles « consentir ou payer » mis en place par les grandes plateformes en ligne, 17 avril 2024. Disponible sur [*edpb_opinion_202408_consentorpay_fr.pdf](#)

Cette décision de la Cour permet de discréditer un argument très utilisé par les activistes à l'encontre du modèle *Pay-or-Okay*. Cependant, l'expression « rémunération appropriée » étant beaucoup trop large, la décision ouvre la porte à un tout autre débat. La décision n'indique pas le montant à partir duquel une rémunération peut être considérée comme appropriée ni les critères à utiliser pour déterminer le caractère approprié ou pas. Ces questions seront abordées particulièrement dans le cas de Meta, dont nous discuterons au chapitre suivant.

4.3 Déséquilibre manifeste des rapports de force

Le considérant 43 du RGPD est rédigé comme suit : « *Pour garantir que le consentement est donné librement, il convient que celui-ci ne constitue pas un fondement juridique valable pour le traitement de données à caractère personnel dans un cas particulier lorsqu'il existe un déséquilibre manifeste entre la personne concernée et le responsable du traitement* ». La suite du considérant va même plus loin en donnant l'exemple d'une autorité publique d'un employeur en tant que responsable du traitement, expliquant que dans ce cas précis, il était improbable que le consentement ait été donné librement. D'autres critères, comme la position dominante de l'entreprise qui agit en tant que responsable du traitement de données, peuvent être utilisés pour déterminer la relation de déséquilibre manifeste¹⁶².

Les lignes directrices du CEPD sur le consentement étayent ces exemples en soutenant d'une part que face à l'autorité publique, il est peu probable que la personne concernée ait une solution alternative à l'acceptation du traitement et de ces conditions et d'autre part, qu'au vu de la dépendance qui existe dans une relation de travail, il est peu probable que l'employé puisse refuser ou accepter de donner librement son consentement sans craindre des répercussions négatives¹⁶³.

Il est donc nécessaire, pour évaluer le caractère libre du consentement, d'étudier la position du responsable du traitement et, le cas échéant, la nature de la relation qui le lie à la personne concernée. Le responsable du traitement est tenu de conduire cette étude et d'agir conformément au RGPD selon les résultats de celle-ci. Dans le cas où l'étude de la relation entre le responsable de traitement et la personne concernée révèle un déséquilibre manifeste entre les parties, le consentement ne peut être utilisé que pour des circonstances exceptionnelles. Ces circonstances ne devant notamment impliquer aucune conséquence négative en cas de refus de consentir¹⁶⁴.

Une étude plus approfondie, au cas par cas, des circonstances réelles de la situation est nécessaire pour établir si le consentement a effectivement été donné librement¹⁶⁵.

¹⁶² CJUE., 4 juillet 2023, *Meta Platforms Ireland c Bundeskartellamt*, C-252/21, EU :C :2023 :537

¹⁶³ Comité Européen de la Protection des Données, Lignes directrices 5/2020 sur le consentement au sens du règlement (UE) 2016/679, version 1.1., 4 mai 2020

¹⁶⁴ Comité Européen de Protection des Données, Avis 08/2024 sur la validité du consentement dans le cadre des modèles « consentir ou payer » mis en place par les grandes plateformes en ligne, 17 avril 2024. Disponible sur [*edpb opinion 202408 consentorpay fr.pdf](#), para 97

¹⁶⁵ Comité Européen de Protection des Données, Avis 08/2024 sur la validité du consentement dans le cadre des modèles

Dans ses lignes directrices sur le consentement, le CEPD ajoute : « *le consentement ne peut être valable que si la personne concernée est véritablement en mesure d'exercer un choix et s'il n'y a pas de risque de tromperie, d'intimidation, de coercition ou de conséquences négatives importantes (par ex. **coûts supplémentaires importants**) si elle ne donne pas son consentement. Le consentement ne sera pas libre lorsque tout élément de contrainte, de pression ou d'incapacité d'exercer un véritable choix sera présent*¹⁶⁶» (nous soulignons).

Avec cette précision, le CEPD élargit le champ d'application de ce qui peut être considéré comme un déséquilibre manifeste. Dès lors, dans le contexte du *Pay-or-Okay*, où la seconde option – un refus de consentement au traitement de données à caractère personnel - peut entraîner des coûts supplémentaires dont l'importance est discutable, il est judicieux de considérer que le modèle ne permet pas à la personne concernée de faire un choix en toute autonomie¹⁶⁷.

Dans la section 4.7, nous analyserons la réalité du choix dans le modèle *Pay-or-Okay*, ce qui permettra d'évaluer si, dans les faits, les personnes concernées disposent réellement d'une autonomie de choix face au modèle *Pay-or-Okay*.

4.4 Granularité

La notion de granularité se rapporte à la séparation des finalités du consentement afin que les personnes concernées puissent donner un consentement distinct pour chaque finalité de traitement de données à caractère personnel¹⁶⁸. Ce concept est intimement lié à la condition de consentement spécifique, introduite à la section 3.2 du présent mémoire.

Il revient au responsable du traitement de données de détailler toutes les finalités et opérations de traitement auxquelles il invite la personne concernée à consentir. Sur pied du considérant 43 du RGPD, le consentement sera présumé ne pas avoir été donné librement s'il n'est pas possible pour la personne concernée de donner des consentements distincts aux différentes opérations de traitement.¹⁶⁹

Selon l'opinion de l'Avocat Général Szpunar dans l'affaire Planet49, l'article 7(4) du RGPD comprend une interdiction implicite du groupement de finalités¹⁷⁰. Il s'agit d'une pratique par laquelle les responsables du traitement sollicitaient un consentement groupé pour d'une part les opérations de traitement nécessaires à la provision du contrat et d'autre part les opérations de traitement qui ne le

« consentir ou payer » mis en place par les grandes plateformes en ligne, 17 avril 2024. Disponible sur [*edpb_opinion_202408_consentorpay_fr.pdf](#)

¹⁶⁶ Comité Européen de la Protection des Données, Lignes directrices 5/2020 sur le consentement au sens du règlement (UE) 2016/679, version 1.1., 4 mai 2020

¹⁶⁷ Comité Européen de Protection des Données, Avis 08/2024 sur la validité du consentement dans le cadre des modèles « consentir ou payer » mis en place par les grandes plateformes en ligne, 17 avril 2024. Disponible sur [*edpb_opinion_202408_consentorpay_fr.pdf](#)

¹⁶⁸ Comité Européen de Protection des Données, Avis 08/2024 sur la validité du consentement dans le cadre des modèles « consentir ou payer » mis en place par les grandes plateformes en ligne, 17 avril 2024. Disponible sur [*edpb_opinion_202408_consentorpay_fr.pdf](#)

¹⁶⁹ Comité Européen de la Protection des Données, Lignes directrices 5/2020 sur le consentement au sens du règlement (UE) 2016/679, version 1.1., 4 mai 2020

¹⁷⁰ Conclusions de l'Avocat Général Szpunar, *Planet49*, C-673/17, 21 mars 2019.

sont pas. En vertu de la nécessité de la granularité du consentement, un consentement groupé ne peut être présumé avoir été donné librement¹⁷¹.

En ce qui concerne le modèle *Pay-or-Okay*, la granularité signifie que le consentement à l'option gratuite, dans laquelle la personne concernée consent au traitement de ses données à des fins publicitaires, ne peut être groupé avec d'autres finalités. Le responsable de traitement doit s'assurer de lister toutes les opérations de traitement et leurs finalités afin que la personne concernée puisse savoir exactement ce à quoi elle consent¹⁷².

4.5 Retrait du consentement sans préjudice

4.5.1 Droit de rétractation

L'article 7(3) du RGPD dispose que les personnes concernées doivent pouvoir retirer leur consentement à tout moment. Plus encore, le consentement doit pouvoir être retiré aussi facilement qu'il a été donné.¹⁷³Cette exigence est également reprise au considérant 37 du *Digital Markets Act*¹⁷⁴. Le responsable du traitement des données doit également informer la personne concernée de son droit à la rétractation et de la manière dont elle peut l'exercer.

Cette information doit se faire avant que le consentement ne soit donné. Sans possibilité de rétractation à tout moment et sans l'information de celle-ci, le consentement ne peut être valide au regard du RGPD¹⁷⁵.

Selon le raisonnement de la Cour de Justice de l'Union Européenne dans le jugement *Proximus*¹⁷⁶, le consentement ne peut pas être retiré aussi facilement qu'il est donné lorsque le retrait de celui-ci doit se faire individuellement auprès de chaque responsable du traitement, alors qu'il peut être donné, en même temps, à tous ces prestataires en un seul clic¹⁷⁷.

Les lignes directrices du CEPD relatives au consentement expliquent que lorsque la personne concernée retire son consentement, les précédentes opérations de traitement qui étaient basées sur celui-ci restent valides. En revanche, le responsable du traitement doit immédiatement arrêter toute opération de traitement subséquente et s'il n'y a pas d'autres bases légales disponibles pour ces opérations, dont le stockage des données personnelles, alors il doit supprimer toutes ces données.¹⁷⁸

¹⁷¹ E. KOSTA, « Article 7. Conditions for consent », *The EU General Data Protection Regulation (GDPR)*, dir. C.Kuner, *Oxford*, 2022

¹⁷² E.KOSTA, « Article 7. Conditions for consent », *The EU General Data Protection Regulation (GDPR)*, dir. C.Kuner, *Oxford*, 202

¹⁷³ RGPD précité, Article 7(3)

¹⁷⁴ Règlement (UE) 2022/1925 du Parlement européen et du Conseil du 14 septembre 2022 relatif aux marchés contestables et équitables dans le secteur numérique et modifiant les directives (UE) 2019/1937 et (UE) 2020/1828 (Digital Markets Acts), *J.O.U.E.*, 12 octobre 2022, Considérant 37

¹⁷⁵ Comité Européen de Protection des Données, Avis 08/2024 sur la validité du consentement dans le cadre des modèles « consentir ou payer » mis en place par les grandes plateformes en ligne, 17 avril 2024.

¹⁷⁶ CJUE, *Proximus NV c. Gegevensbeschermingautoriteit*, C-129/21, 27 octobre 2022, EU :C :2022 :833.

¹⁷⁷ *Ibidem*

¹⁷⁸ Comité Européen de la Protection des Données, Lignes directrices 5/2020 sur le consentement au sens du règlement (UE)

Nous attirons l'attention du lecteur sur la différence entre le droit de rétraction et le droit d'objection au traitement des données car ce dernier peut s'exercer même lorsque la base légale n'est pas le consentement de la personne concernée. En revanche, le droit de rétractation ne peut s'exercer qu'après avoir donné un premier consentement pour les mêmes opérations pour lesquelles il souhaite désormais le retirer¹⁷⁹.

4.5.2 Préjudice

Le considérant 42 du RGPD dispose que le consentement ne peut pas être présumé avoir été donné librement si la personne concernée n'est pas en mesure de la retirer sans subir de préjudice¹⁸⁰. S'il existe un préjudice au retrait du consentement, il peut être présumé que la personne concernée ne l'a jamais donné valablement. Il est dès lors de la responsabilité du responsable du traitement de données de supprimer les données qui ont été obtenues de manière non conforme au RGPD.¹⁸¹

La notion de préjudice doit être entendue comme toute conséquence négative que la personne concernée peut endurer si elle ne consent pas au traitement de ses données¹⁸².

4.5.3 Application au modèle Pay-or-Okay

Selon Yves Poullet, facturer un surcoût disproportionné pour l'accès au service aux personnes qui ne consentent pas au traitement de leurs données est un préjudice. Il nuance néanmoins ses propos en estimant que pour que le coût supplémentaire soit préjudiciable, il faut que celui-ci soit disproportionné car autrement, il est tout à fait normal pour des prestataires de service de justifier des avantages aux personnes qui consentent au traitement de leurs données, au vu des perspectives de bénéfices économiques générées par ces consentements¹⁸³.

Cette notion du caractère approprié du montant de l'option alternative dans le modèle *Pay-or-Okay* a été reprise dans l'avis 08/2024 du CEPD relatif au modèle mis en place par les très grandes plateformes en ligne. Conformément à l'avis, le montant ne peut pas être élevé de manière à empêcher les personnes concernées de poser un réel choix, ou de les pousser à consentir.¹⁸⁴

Concomitamment à une option alternative à un prix approprié, une autre solution a été mise en avant par le CEPD pour s'assurer que les utilisateurs confrontés à un modèle *Pay-or-Okay* ne soient pas préjudiciés s'ils choisissent de ne pas consentir. Il s'agit d'une autre option gratuite reposant sur une

2016/679, version 1.1., 4 mai 2020

¹⁷⁹ E.KOSTA, « Article 7. Conditions for consent », The EU General Data Protection Regulation (GDPR), dir. C.Kuner, Oxford, 2022

¹⁸⁰ RGPD précité, Considérant 42

¹⁸¹ Comité Européen de Protection des Données, Avis 08/2024 sur la validité du consentement dans le cadre des modèles « consentir ou payer » mis en place par les grandes plateformes en ligne, 17 avril 2024p. 171

¹⁸² A. BIRTH, « 1. Conditions for consent (Article 7) : Improving legal certainty and streamlining the data subject's choice » in If it ain't broke, don't fix it? Ten improvements for the upcoming tenth anniversary of General Data Protection Regulation » DIR. DARIUSZ KLOZA, 14 juillet 2025

¹⁸³ Y. POULLET : « Consentement et RGPD, des zones d'ombre », DCCR, Droit de la consommation, 2019

¹⁸⁴ Comité Européen de Protection des Données, Avis 08/2024 sur la validité du consentement dans le cadre des modèles « consentir ou payer » mis en place par les grandes plateformes en ligne, 17 avril 2024

utilisation réduite des données des utilisateurs¹⁸⁵. Ces deux solutions proposées par le CEPD feront l'objet de plus amples analyses dans la section 5.3 du présent travail.

Le préjudice que peut subir la personne qui refuse de donner son consentement au traitement des données ne se limite pas uniquement à la sphère économique. Le CEPD reconnaît que l'impossibilité d'utiliser un service qui fait partie du quotidien des personnes concernées et qui y joue un rôle prégnant peut être considéré comme un préjudice¹⁸⁶.

Ainsi, ne plus avoir accès à son journal en ligne, via lequel on s'informe quotidiennement sur l'actualité parce que l'on ne souhaite plus que celui-ci traite nos données personnelles pourrait être considéré comme un préjudice si l'on arrive à prouver le caractère prédominant du journal dans notre vie quotidienne.

Cela résonne de manière encore plus forte pour les réseaux sociaux. En effet, une récente enquête a révélé que le Belge moyen passe environ 1h30 par jour sur les réseaux sociaux¹⁸⁷.

Le CEPD rajoute dans son avis, que les réseaux sociaux peuvent jouer un rôle décisif dans la vie des personnes et de leur participation à la vie sociale. Le CEPD va jusqu'à dire que « *Étant donné que les réseaux sociaux constituent une alternative particulièrement précieuse et pratique aux interactions en personne, le fait de ne pas y avoir accès peut avoir des conséquences importantes sur le bien-être émotionnel et psychologique de certains utilisateurs.*¹⁸⁸ »

Il ressort donc de cette interprétation que, dans le cadre actuel particulier des réseaux sociaux, le retrait du consentement au traitement des données personnelles ne peut emporter une interdiction complète de l'accès aux réseaux sociaux car celle-ci peut être considérée comme préjudiciable. Par conséquent, lorsque la rétractation d'un certain consentement emporte un préjudice, ce consentement est présumé ne pas avoir été donné librement¹⁸⁹.

Il est effectivement véridique que l'accès à certains réseaux sociaux emporte des avantages professionnels. Cependant, il est important de nuancer ce propos. L'interprétation que fait le Comité de la notion de préjudice emporte des conséquences qui ne sont pas négligeables pour les plateformes de réseaux sociaux. Celles-ci se retrouvent dans l'obligation de fournir un accès au service aux utilisateurs qui retirent leur consentement alors que c'est le traitement des données lié à ce consentement qui leur permettait d'assurer la viabilité économique de ces plateformes¹⁹⁰.

¹⁸⁵ *Ibidem*

¹⁸⁶ *Ibidem*, paragraphe 87

¹⁸⁷ J. ROLDAN PEREZ ET A. PAYEN, « Instagram, Facebook, Whatsapp : voici combien de temps les Belges passent en moyenne sur les applications de Meta », RTL, 15 avril 2025 disponible sur [Instagram, Facebook, Whatsapp : voici combien de temps les Belges passent en moyenne sur les applications de Meta | RTL Info](#)

¹⁸⁸ Comité Européen de Protection des Données, Avis 08/2024 sur la validité du consentement dans le cadre des modèles « consentir ou payer » mis en place par les grandes plateformes en ligne, 17 avril 2024

¹⁸⁹ *Ibidem*

¹⁹⁰ P. CRADDOCK, « Op-Ed : A critical analysis of the EDPB's « Pay or Consent » Opinion », LinkedIn, 18 avril 2024, disponible sur [\(1\) Op-Ed: A critical analysis of the EDPB's "Pay or Consent" Opinion | LinkedIn](#)

Dans sa conception du préjudice causé à l'utilisateur, le Comité oublie d'évaluer les raisons susceptibles de contraindre les responsables du traitement de données à imposer des conditions qui peuvent parfois porter préjudice aux utilisateurs qui retirent leur consentement.

4.6 Considérations psychologiques

Le RGPD énonce de multiples conditions pour que le consentement soit considéré comme ayant été donné librement. L'objectif assumé de ces garde-fous est de protéger les utilisateurs de potentielles influences externes et de s'assurer qu'ils aient tous les outils en main pour pouvoir poser un choix réfléchi et autonome¹⁹¹.

Seulement, d'autres facteurs, non repris dans les conditions du consentement librement donné, influencent les choix posés par les utilisateurs au moment où une plateforme requiert leur consentement. Il s'agit des considérations psychologiques, qui influencent tous les choix que chaque être humain pose. Bien que nombre d'études scientifiques ont été réalisées dans l'objectif d'analyser la manière dont la psychologie influence la prise de décision humaine, nous baserons notre raisonnement principalement sur les travaux de Kahneman et Tversky, réels pionniers du domaine¹⁹².

Daniel Kahneman et Amos Tversky sont deux psychologues et chercheurs qui ont développé la théorie de l'heuristique et des biais en 1974¹⁹³. Cette théorie remet en cause l'idée selon laquelle les êtres humains sont des personnes rationnelles qui font toujours des choix dans leur meilleur intérêt. La théorie de Kahneman et Tversky explique que les individus sont influencés par des biais et des raccourcis mentaux qui ont un impact sur leur prise de décision¹⁹⁴.

Cette théorie impacte l'ensemble des choix posés par les humains. Dès lors, l'heuristique et les biais sont également répercutés dans le choix posé par les utilisateurs dans le modèle *Pay-or-Okay*. Comme c'est le cas dans les interfaces trompeuses, étudiées dans la section 3.3.1 ci-dessus, les biais cognitifs peuvent être manipulés pour être utilisés par les responsables des données à des fins malicieuses, comme pousser les utilisateurs à leur insu. De tels comportements entravent la légalité du consentement puisque celui-ci n'est pas donné librement¹⁹⁵.

Dans leur recherche, Kahneman et Tversky ont trouvé et nommé de nombreux biais cognitifs qui influencent chaque jour nos décisions. On peut notamment citer le biais d'ancrage, le biais de représentativité, le biais d'inertie, le biais de la gratification immédiate ou le biais de l'aversion de la perte.¹⁹⁶

¹⁹¹ E.KOSTA, « Article 7. Conditions for consent », The EU General Data Protection Régulation (GDPR), dir. C.Kuner, *Oxford*, 2022

¹⁹² P-A. PONTOIZEAU, Alternative éthologique aux inconséquences de la théorie des biais cognitifs de Kahneman. *Cahiers de Psychologie Politique*, (34), 2019.

¹⁹³ D. KAHNEMAN ET A.TVERSKY, « Judgement under uncertainty: heuristics and biases », *Science*, 185, 1974

¹⁹⁴ *Ibidem*.

¹⁹⁵ J. TANEVA, « Do cognitive Biases and Dark Pettern affect the legality of consent under the GDPR? », *SECUREWARE 2022: The Sixteenth International Conference on Emerging Security Information, Systems and Technologies*, 2022.

¹⁹⁶ D. KAHNEMAN ET A.TVERSKY, « Loss Aversion in Riskless Choice: A reference- dependent model », *The Quarterly Journal of*

En nous reposant sur les travaux de Kahneman, Tversky et Joanna Taneva¹⁹⁷, nous analyserons trois biais qui, selon nous, sont plus susceptibles de faire effet lorsqu'un utilisateur est confronté au modèle *Pay-or-Okay*.

4.6.1 Biais de la gratification immédiate

Selon Kahneman et Tversky, l'être humain tend à privilégier la gratification immédiate au détriment de la prise en compte des risques futurs en faveur d'un plaisir instantané. Appliquée au modèle *Pay-or-Okay*, cette tendance comportementale conduit les utilisateurs à sous-estimer les possibles conséquences négatives liées au consentement à l'option gratuite, qui emporte souvent un consentement à de nombreuses opérations de traitement afin de bénéficier de la gratification immédiate et de continuer à naviguer gratuitement sur le site web¹⁹⁸.

Les opérateurs de sites web l'ont bien compris et dans un effort de faire augmenter le consentement à l'option gratuite, ils multiplient le nombre d'étapes nécessaires pour accéder à des options de navigation moins invasives en termes de protection de données. Ce faisant, les utilisateurs sont ainsi découragés et vont préférer une option plus invasive en termes de protection des données, mais qui leur octroie une gratification immédiate. Le Comité a, en 2022, identifié cette pratique comme étant une interface trompeuse et n'est donc pas conforme avec la politique européenne de protection des données personnelles¹⁹⁹.

La situation du *Pay-or-Okay* est, selon nous, tout à fait analogue dans la mesure où le choix de l'option avec un traitement de données limité requiert un paiement. Dans les faits, ce paiement peut requérir une multitude d'étapes. Dans les cas les plus rapides, une simple connexion avec sa banque en ligne suffit. Mais pour un paiement en ligne, il est parfois nécessaire d'aller chercher sa carte bancaire ou son lecteur de carte pour ensuite procéder à l'opération de paiement.

Sur base des travaux de Joanna Taneva et des lignes directrices du Comité de la protection des données en la matière, il apparaît fondé de considérer que les nombreuses étapes nécessaires pour sélectionner l'option payante, dans laquelle les données personnelles ne sont pas traitées, découragent les utilisateurs à la choisir. Ce phénomène est amplifié, d'une part, par la tendance humaine à rechercher la gratification immédiate puisque l'accès à l'option gratuite, qui implique le traitement des données, s'effectue généralement en un seul clic. Et d'autre part, par cette propension à minimiser les inconvénients liés au traitement des données personnelles²⁰⁰.

Economics, Vol.106, n° 4, Novembre 1991 et D. KAHNEMAN et A.Tversky, « Judgement under uncertainty: heuristics and biases », *Science*, 185, 1974

¹⁹⁷ J. TANEVA, « Do cognitive Biases and Dark Pattern affect the legality of consent under the GDPR? », *SECUREWARE 2022: The Sixteenth International Conference on Emerging Security Information, Systems and Technologies*, 2022

¹⁹⁸ *Ibidem*.

¹⁹⁹ CEPD, Lignes directrices 03/2022 relatives aux interfaces trompeuses dans les interfaces de plateformes de médias sociaux : comment les reconnaître et les éviter ?, 2022 disponible sur [*edpb-03-2022-guidelines-on-deceptive-design-patterns-in-social-media-platform-interfaces-v2-fr.pdf](#), p.62

²⁰⁰ J. TANEVA, « Do cognitive Biases and Dark Pattern affect the legality of consent under the GDPR? », *SECUREWARE 2022: The Sixteenth International Conference on Emerging Security Information, Systems and Technologies*, 2022

4.6.2 Biais de l'aversion à la perte

Le concept de l'aversion à la perte indique que les pertes ont un impact psychologique plus important que les gains correspondants.

Kahneman et Tversky ont théorisé que la valeur que l'on alloue à une perte ou un gain est définie par rapport à un point de référence, qui est souvent notre situation actuelle. L'être humain perçoit l'utilité associée à l'abandon d'un bien comme étant supérieure au gain d'utilité associé à sa réception. Cela crée chez l'humain une propension naturelle à éviter les pertes²⁰¹.

Tout paiement est, au niveau cognitif considéré comme une perte directe d'argent, ce qui enclenche le raisonnement cognitif d'aversion de celle-ci. Dans cette logique, les utilisateurs vont essayer d'éviter cette perte, ce qui implique souvent qu'ils se rabattront sur l'option gratuite²⁰². La peur de perdre étant plus forte que l'espoir de gagner, l'argument d'acheter une plus forte protection de sa vie privée ne fait pas le poids face à la perte de l'argent dépensé pour celui-ci²⁰³.

Un remède pourrait cependant être apporté par les propriétaires de sites web qui utilisent le modèle *Pay-or-Okay* : présenter l'option payante comme étant la solution contre une perte de vie privée ou de navigation sans publicités personnalisée pourrait, selon nous, contrebalancer l'aversion de la perte financière.

4.6.3 Biais d'inertie

Selon Kahneman et Tversky, l'être humain est particulièrement attaché aux *statu quo*, auxquels il apporte beaucoup de valeur et n'est pas friand de changement. Dès lors, il lui faut une raison pour se détourner des voies qu'il empruntait par le passé²⁰⁴. Cela signifie qu'un utilisateur habitué à naviguer gratuitement sur un site web pendant que ses données sont collectées à des fins publicitaires, sera plus enclin à continuer sur cette voie s'il ne voit aucune raison particulière de changer. Ce biais est également utilisé par les plateformes en ligne comme Meta qui utilisent le verbe « continuer » en parlant de l'option gratuite du modèle *Pay-or-Okay*, faisant ainsi croire à l'utilisateur que le modèle gratuit est celui qu'il a toujours employé et que rien ne changera s'il la choisit²⁰⁵.

Ce biais d'inertie ou de *statu quo* est également exacerbé par le biais susmentionné de l'aversion de la perte. Les utilisateurs sont réticents à payer pour des services qu'ils ont l'habitude de percevoir comme gratuits car le changement, dans ce cas de figure implique une perte financière directe²⁰⁶.

²⁰¹ D. KAHNEMAN ET A. TVERSKY, « Loss Aversion in Riskless Choice: A reference-dependent model », *The Quarterly Journal of Economics*, Vol.106 n°4, Novembre 1991

²⁰² *Ibidem*.

²⁰³ *Ibidem*.

²⁰⁴ D. KAHNEMAN ET A. TVERSKY, « Loss Aversion in Riskless Choice: A reference-dependent model », *The Quarterly Journal of Economics*, Vol.106 n°4, Novembre 1991

²⁰⁵ Meta, novembre 2023 (Figure 1) et A. D'AMICO ET AL., "Meta's Pay-or-okay model : an analysis under EU Data protection, Consumer and competition law", *Technology and Regulation*, 8 avril 2024, disponible sur [rebo-renforce-working-paper-2024-Meta's Pay-or-Okay Model - An Analysis Under EU Data Protection, Consumer, and Competition Law.pdf \(uu.nl\)](#)

²⁰⁶ D. KAHNEMAN ET A. TVERSKY, « Loss Aversion in Riskless Choice: A reference-dependent model », *The Quarterly Journal of*

4.7 Réalité de l'option payante

4.7.1 La promesse de l'option payante

Les sites web et plateformes qui recourent au modèle le *Pay-or-Okay* n'en font pas tous exactement le même usage. Ainsi, si le principe veut que l'option payante garantisse qu'aucune donnée personnelle ne sera collectée et traitée à des fins publicitaires, certains acteurs vont jusqu'à promettre qu'aucune donnée personnelle des utilisateurs qui paient ne sera traitée, et ce, à quelque fin que ce soit²⁰⁷. Qu'en est-il dans les faits ? Ces promesses sont-elles respectées dans la pratique ?

En 2024, le chercheur allemand spécialiste de la protection des données, Dr Timo Muller- Tribbensee a mené une étude empirique sur un échantillon de 292 sites web européens, principalement allemands. Les sites examinés dans la recherche étaient principalement des sites d'actualité, d'affaires et de technologie²⁰⁸.

Les résultats de cette étude montrent que 32.9% des sites web analysés ne respectent pas l'engagement pris dans la proposition de l'option payante. En effet, certains opérateurs qui promettaient l'absence de tout traitement des données personnelles des utilisateurs à des fins publicitaires ou une absence totale de tout traitement de ces données à quelque fin que ce soit ne le font pas réellement en pratique. L'analyse a révélé la présence de traceurs de navigation sur les sites web, et ce, même après que l'utilisateur ait souscrit à l'option payante²⁰⁹.

Il convient toutefois de critiquer cette recherche en ce que l'échantillon utilisé et la zone géographique ne sont ni suffisamment larges ni assez diversifiés pour pouvoir étendre les résultats de cette recherche à l'entièreté du paysage digital européen. Cependant, ces résultats permettent de faire une incursion dans la réalité de l'option payante et de découvrir que les promesses de l'option payante ne sont pas toujours respectées.

Cette réalisation peut d'abord, avoir un impact sur le choix que les utilisateurs vont poser face au modèle. Il n'y a en effet aucun moyen pour l'utilisateur moyen de savoir si l'option payante auquel il souscrit respecte effectivement ses engagements. Si le biais d'aversion susmentionné rend déjà les utilisateurs hésitants à choisir l'option payante, l'idée selon laquelle l'argent dépensé pourrait l'être en vain réfrènera davantage cette volonté²¹⁰.

Dans un effort de créer une solution à ce problème, le Dr Timo Muller- Tribbensee urge les autorités compétentes d'imposer l'ajout d'information concernant la présence de potentiels traceurs avant que

Economics, Vol.106 n°4, Novembre 1991

²⁰⁷ T. MULLER-TRIBBENSEE, « *Privacy promise vs. Tracking reality in Pay-Or-Tracking walls* » in *Privacy Technologies and Policy*, 12th Annual Privacy Forum, APF 2024, Karlstad, Sweden, September 4-5, 2024, Proceedings, dir. M. JENSEN ET AL., SPRINGER, 2024, pp.168-188

²⁰⁸ *Ibidem*.

²⁰⁹ *Ibidem*.

²¹⁰ T. MULLER-TRIBBENSEE, « *Privacy promise vs. Tracking reality in Pay-Or-Tracking walls* » in *Privacy Technologies and Policy*, 12th Annual Privacy Forum, APF 2024, Karlstad, Sweden, September 4-5, 2024, Proceedings, dir. M. JENSEN ET AL., SPRINGER, 2024, pp.168-188

les utilisateurs puissent faire leur choix. Nous partageons cet avis et ajoutons que la divulgation des informations concernant les données effectivement collectées et traitées après avoir souscrit à l'option payante est en soi déjà obligatoire au regard du principe de transparence et de l'exigence d'un consentement informé²¹¹.

4.7.2 Payer avec des données ?

Le modèle *Pay-or-Okay* soulève de nombreuses interrogations. Bien que ce travail de recherche se concentre sur le consentement recueilli dans ce cadre, il apparaît pertinent de s'intéresser brièvement aux questionnements fondamentaux que suscitent ce modèle afin d'en mieux appréhender les enjeux.

Plusieurs auteurs s'accordent à dire que les données personnelles sont aujourd'hui devenues un moyen de paiement à part entière²¹². Dans ce contexte, le modèle *Pay-or-Okay* n'opposerait pas une option gratuite à une option payante, mais bien deux options payantes, qui diffèrent seulement à travers la devise utilisée pour payer. Le modèle se résumerait donc à demander aux utilisateurs s'ils souhaitent régler les frais d'accès au site web en argent ou en données personnelles²¹³.

La capacité des acteurs du numérique à générer des bénéfices à partir de la valorisation des données personnelles renforce la reconnaissance d'une valeur monétaire attribuée à ces dernières. En outre, dans une société de plus en plus digitalisée, il n'est pas improbable que les données personnelles deviennent une véritable contrepartie économique dans certains modèles d'affaires numériques²¹⁴.

Consacré à l'article 8 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union Européenne, le droit à la protection des données est un droit fondamental qui ne peut être acheté. Il apparaît donc que l'utilisation des données personnelles en tant que forme de paiement va à l'encontre des principes fondamentaux du droit européen²¹⁵. Le CEPD le rappelle d'ailleurs clairement dans son avis 08/2024 : « *Le CEPD tient tout d'abord et surtout à rappeler que les données à caractère personnel ne sauraient être considérées comme une marchandise négociable* ²¹⁶ ». Il s'agit d'une situation où la réalité actuelle du paysage digital européen présente une divergence avec les lois et principes qui l'encadrent²¹⁷.

La CJUE ne s'est pas encore prononcée sur la considération de données personnelles en tant que

²¹¹ T. MULLER-TRIBBENSEE, « *Privacy promise vs. Tracking reality in Pay-Or-Tracking walls* » in Privacy Technologies and Policy, 12th Annual Privacy Forum, APF 2024, Karlstad, Sweden, September 4-5, 2024, Proceedings, dir. M. JENSEN ET AL., SPRINGER, 2024, pp.168-188

²¹² E. NETTER. « Service en ligne « gratuit » contre publicité ciblée : le modèle d'affaires aux pieds d'argile. Mélanges Storck, *Dalloz*, 2021, voy. aussi G.J. NATVIK & T.P TANGERAS, « Paying with Personal Data », *Research Institute of Industrial Economics*, 6 décembre 2023

²¹³ T. MUELLER-TRIBBENSEE et al., « Paying for Privacy: Pay-or-Tracking Walls », arXiv preprint, 6 mars 2024, disponible sur [\[2403.03610\] Paying for Privacy : Pay-or-Tracking Walls](#)

²¹⁴ B.CUSTERS. ET G.MALGIERI., « Priceless data: why the EU fundamental right to data protection is at odds with trade in personal data », *Computer Law & Security review* 45, 2022

²¹⁵ Comité Européen de Protection des Données, Avis 08/2024 sur la validité du consentement dans le cadre des modèles « consentir ou payer » mis en place par les grandes plateformes en ligne, 17 avril 2024. Disponible sur [*edpb_opinion_202408_consentorpay_fr.pdf](#), para 130

²¹⁶ *Ibidem*.

²¹⁷ B.CUSTERS. ET G.MALGIERI., « Priceless data: why the EU fundamental right to data protection is at odds with trade in personal data », *Computer Law & Security review* 45, 2022

devise. En 2019, le tribunal de Grande Instance de Paris a dit pour droit : « *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*²¹⁸ ».

Il s'agit là d'une reconnaissance par une autorité judiciaire du caractère onéreux des données personnelles²¹⁹.

Si le modèle *Pay-or-Okay* devait être considéré, par la Cour de Justice de l'Union européenne comme étant un dispositif assimilant les données personnelles à un moyen de paiement, cela remettrait en question non pas la validité du consentement obtenu dans le modèle, mais la légalité du modèle au regard du droit européen²²⁰.

²¹⁸ Tribunal de Grande Instance de Paris, 12 février 2019, n° 14/07224

²¹⁹ E.NETTER, Service en ligne "gratuit" contre publicité ciblée : le modèle d'affaires aux pieds d'argile. Mélanges Storck, *Daloz*, 2021

²²⁰ *Ibidem*

Chapitre 5 : Étude de cas de l'affaire Meta

Bien que les premières contestations à l'encontre du modèle *Pay-or-Okay* aient émergé à l'occasion de l'application de ce modèle par les sites web journalistiques, c'est l'adoption de ce modèle par les plateformes de réseaux sociaux, et tout particulièrement, celles de Meta qui a placé la problématique au centre des débats.

La médiatisation de la pratique du *Pay-or-Okay* par Meta, amplifiée par les arrêts de la Cour de Justice de l'Union Européenne, l'avis du CEPD et la division de la doctrine sur la question a érigé cette affaire en référence incontournable en matière de protection des données et du consentement au sens du RGPD.

L'adoption du modèle *Pay-or-Okay* étant la conséquence directe d'un jugement de la Cour de Justice de l'Union Européenne. Au-delà de l'aspect de la protection des données, l'affaire Meta revêt un caractère tout particulier car elle a également des retentissements dans différents domaines, entre autres, le droit de la concurrence et le droit de la protection des consommateurs²²¹.

Par ailleurs, la position tout à fait unique qu'occupe Meta et ses applications dans la société actuelle obligent à prendre en considération certains enjeux commerciaux et sociétaux ; contribuant à replacer la protection des données dans la vie quotidienne des citoyens.

Pour toutes ses raisons, il est particulièrement pertinent d'étudier cette affaire, réel pilier du régime juridique en constante évolution du *Pay-or-Okay*, qui connaît encore des développements à l'heure de la rédaction de ce travail.

Ce chapitre s'attachera d'abord à présenter Meta et son modèle économique. Nous aborderons ensuite chronologiquement les développements factuels, juridiques et institutionnels qui ont structuré l'affaire Meta.

5.1 Qu'est-ce que Meta ?

Meta Platforms Inc. est une entreprise multinationale américaine, encore appelée Facebook jusqu'en 2021. Son activité principale s'articule autour de son offre de différentes plateformes de réseau social telles que Facebook, Instagram ou encore WhatsApp²²².

Selon leur propre site web, Meta se définit comme une entreprise de technologie sociale qui s'assigne

²²¹ A. D'AMICO et al., "Meta's Pay-or-okay model : an analysis under EU Data protection, Consumer and competition law", *Technology and Regulation*, 8 avril 2024, disponible sur [rebo-renforce-working-paper-2024-Meta's Pay-or-Okay Model - An Analysis Under EU Data Protection, Consumer, and Competition Law.pdf \(uu.nl\)](#)

²²² S. KRAUS ET AL, « Facebook and the creation of the Metaverse: radical business model innovation or incremental transformation? » in *International Journal of Entrepreneurial behavior & Research*, Vol. 28, n° 9., 23 février 2022.

d'une mission de « *façonner l'avenir des relations humaines et la technologie qui les rend possible*²²³».

Avec sa moyenne de 3.5 milliards d'utilisateurs journaliers sur ses plateformes et ses 23% d'augmentation du chiffre d'affaires d'une année à l'autre pour l'ensemble de l'année 2024, qualifier Meta de société prospère serait plus qu'un euphémisme.²²⁴

La présentation de Meta sur le marché des réseaux sociaux n'est plus à faire. Plusieurs pays à travers le monde ont déjà attesté de la position dominante dont jouissent les applications de Meta sur leur marché national²²⁵. En Belgique, une étude récente a montré que les Belges passent en moyenne plus d'une heure et demie par jour sur les réseaux sociaux. Les noms des applications qui reviennent dans l'enquête sont Facebook, WhatsApp, Instagram et Messenger, toutes des applications du groupe Meta.²²⁶

Au sein de l'Union Européenne, c'est la filiale Meta Platforms Ireland qui gère l'offre de Meta. Grâce à cette implantation, Meta et ses services tombent sous la juridiction de la Data Protection Commission en tant qu'autorité de contrôle au sens de l'article 51 du RGPD²²⁷.

En ce qui concerne le RGPD, nous rappelons qu'en vertu de son article 3, toute entreprise, établie ou non dans l'UE qui traite des données personnelles se trouvant sur le territoire de l'Union dans le cadre, entre autres, de l'offre de biens ou de services aux personnes doit appliquer les dispositions du RGPD au traitement de leurs données²²⁸.

Meta doit donc s'assurer que le traitement qu'il fait des données à caractère personnel des citoyens européens soit conforme au RGPD²²⁹.

5.2 Le modèle économique de Meta

Facebook, la plateforme inaugurale de Meta est financée par la publicité personnalisée en ligne sur son réseau social. Meta collecte d'une part, les données fournies directement par les utilisateurs au moment de leur inscription sur les plateformes en ligne et d'autre part les données touchant auxdits utilisateurs et leurs appareils qui sont reliées à leurs différents comptes d'utilisateur. Cette dernière catégorie de données peut être collectée par Meta, qu'elle se trouve à l'intérieur ou à l'extérieur du réseau social²³⁰.

La combinaison de ces différents types de données permet d'établir automatiquement des profils

²²³ Meta, « Notre mission », disponible sur [Informations sur l'entreprise, culture et principes | À propos de Meta](#)

²²⁴ Meta, « Meta reports fourth quarter and full year 2024 results », disponible sur [Meta-Reports-Fourth-Quarter-and-Full-Year-2024-Results-2025.pdf](#)

²²⁵ W.FORWARD, Meta's Digital Dominance and India's Competition Act, 2002.India Germany

²²⁶ J. ROLDAN PEREZ ET A. PAYEN, « Instagram, Facebook, Whatsapp : voici combien de temps les Belges passent en moyenne sur les applications de Meta », RTL, 15 avril 2025 disponible sur [Instagram, Facebook, Whatsapp : voici combien de temps les Belges passent en moyenne sur les applications de Meta | RTL Info](#)

²²⁷ C.J.U.E., 4 juillet 2023, *Meta Platforms Ireland c Bundeskartellamt*, C-252/21, EU :C :2023 :537

²²⁸ RGPD précité, Article 3

²²⁹ RGPD précité, Article 3

²³⁰ C.J.U.E., 4 juillet 2023, *Meta Platforms Ireland c Bundeskartellamt*, C-252/21, EU :C :2023 :537

détaillés des utilisateurs des services de Meta. Ces profils d'utilisateurs permettent de déduire, avec une précision relative, des informations sur les intérêts, la situation personnelle, le pouvoir d'achat ou encore les attitudes de consommation des utilisateurs individuels.

Sur base de ces informations, les annonceurs peuvent alors proposer aux utilisateurs des publicités qui leur sont pertinentes²³¹.

Meta utilise l'exécution du contrat en tant que base légale pour fonder le traitement des données de ses utilisateurs. Les opérations de traitement et leurs finalités sont décrites dans les conditions générales qu'il faut nécessairement accepter pour pouvoir s'inscrire sur la plateforme²³².

En 2020, Facebook a généré plus de 84 milliards de dollars de revenus publicitaires, ce qui représente 97% de son chiffre d'affaires général pour cette année-là²³³. Aujourd'hui encore, la publicité est la source de revenus principale de Meta, avec près de 47 milliards de dollars de revenus publicitaires pour l'année 2024²³⁴.

5.3 Mise en cause de Meta auprès de L'Autorité de contrôle irlandaise

La première mise en cause de Meta quant au respect du RGPD remonte à 2018 lorsque deux personnes concernées au sens du RGPD, belge et autrichienne, ont chacune introduit une plainte auprès de la Commission irlandaise de protection des données (DPC) à l'encontre d'applications du groupe Meta quant à la base légale choisie pour le traitement des données de leurs utilisateurs²³⁵.

En amont de l'entrée en vigueur du RGPD en mai 2018, Meta avait modifié les conditions générales de leurs applications pour changer la base légale sur laquelle reposaient les opérations de traitement des données de leurs utilisateurs en passant du consentement à la nécessité contractuelle en tant que base légale.

Les anciens et nouveaux utilisateurs de Facebook et Instagram étaient contraints d'accepter ces nouvelles conditions générales, faute de quoi, ils ne pouvaient pas ou plus accéder à l'application.

On retrouve ici les prémices du modèle *Pay-or-Okay* car bien qu'il n'y ait pas encore d'option payante pour une version de l'application sans traitement de données à des fins publicitaires ; il y a déjà un conditionnement de l'accès à un contenu en ligne à l'acceptation du traitement des données à des fins publicitaires. On pourra également soulever que cette affaire démontre que la tension entre l'usage

²³¹ *Ibidem*.

²³² *Ibidem*.

²³³ S. KRAUS ET AL, « Facebook and the creation of the Metaverse: radical business model innovation or incremental transformation? » in International Journal of Entrepreneurial behavior & Research, Vol. 28, n° 9., 23 février 2022

²³⁴ Meta, « Meta reports fourth quarter and full year 2024 results » disponible sur [Meta-Reports-Fourth-Quarter-and-Full-Year-2024-Results-2025.pdf](#)

²³⁵ Data Protection Commission, « Data Protection Commission announces conclusion of two inquiries into Meta Ireland », 4 January 2023, disponible sur [Data Protection Commission announces conclusion of two inquiries into Meta Ireland | 04/01/2023 | Data Protection Commission](#)

des différentes bases légales est une problématique prégnante depuis le premier jour de l'entrée en vigueur du RGPD²³⁶.

Le siège social de Meta dans l'Union Européenne étant en Irlande, la DPC Irlandaise est le premier contrôleur du respect du RGPD par Meta²³⁷. Après les plaintes introduites notamment par NOYB, l'Autorité de contrôle irlandaise a engagé une enquête quant à l'utilisation par Meta de la nécessité du contrat en tant que base légale du traitement des données. En octobre 2022, la DPC a rendu sa décision dans laquelle elle tranche, d'une part que Meta n'a pas respecté le principe général de transparence car les utilisateurs n'étaient pas suffisamment informés quant aux opérations de traitements dont leurs données personnelles feraient l'objet. Ce comportement constitue une infraction aux articles 5(1) a), 12 et 13(1) du RGPD. D'autre part, la DPC estime qu'en tout état de cause, l'utilisation par Meta de la nécessité contractuelle en tant que base légale du traitement des données de ses utilisateurs à des fins publicitaires n'était pas incompatible avec le RGPD car celui-ci n'impose pas de s'appuyer sur le consentement pour ce type d'opération de traitement²³⁸. La décision était néanmoins assortie d'une amende à l'encontre de Meta pour la violation du principe de transparence²³⁹.

En vertu des articles 60 et suivants du RGPD prônant une coopération entre les différentes autorités de contrôle européennes, la DPC a soumis sa décision aux autorités de contrôle concernées²⁴⁰.

La plupart des autorités de contrôle partageaient le raisonnement de la DPC quant au manquement de Meta à ses obligations de transparence. Quant aux autres éléments contenus dans la décision, 10 autorités de contrôle sur les 47 qui avaient le droit de vote ont voté à l'encontre de la décision.

Les 10 autorités dissidentes ont soutenu que l'usage de la base légale de la nécessité contractuelle n'était en l'occurrence pas valide au sens du RGPD car la fourniture de publicité ciblée n'était pas nécessaire pour l'exécution du contrat.

La DPC a exprimé des réserves quant à ce raisonnement, estimant que « *les services Facebook et Instagram comprennent, et semblent même reposer sur, la fourniture d'un service personnalisé qui inclut de la publicité personnalisée ou comportementale.* ²⁴¹ ». C'est un avis que la Cour d'appel autrichienne avait déjà partagée dans une opinion en 2020. Elle considérait ainsi que « *Le traitement des données personnelles des utilisateurs est un pilier fondamental du contrat conclu entre les parties. Seule cette utilisation des données permet de proposer des publicités sur mesure, qui façonnent considérablement "l'expérience personnalisée" (...) tout en fournissant (...) les revenus nécessaires au*

²³⁶ E. JARBEKK, « Thoughts on behavioural advertising, Meta and privacy », *Shjodt*, 8 avril 2024, disponible sur [White paper : Behavioural advertising, Meta and privacy - Schjødt](#)

²³⁷ *Ibidem*

²³⁸ *Ibidem*

²³⁹ J. BRYANT, « Irish DPC, EDPB Meta decisions raise complex, fundamental questions », *IAPP*, 13 janvier 2023, disponible sur [Irish DPC, EDPB Meta decisions raise complex, fundamental questions | IAPP](#)

²⁴⁰ Article 61, RGPD.

²⁴¹ DATA PROTECTION COMMISSION, « Data Protection Commission announces conclusion of two inquiries into Meta Ireland », 4 January 2023, disponible sur [Data Protection Commission announces conclusion of two inquiries into Meta Ireland | 04/01/2023 | Data Protection Commission](#)

Traduction DeepL de « *the Facebook and Instagram services include, and indeed appear to be premised on, the provision of a personalised service that includes personalised or behavioural advertising.* »

maintien de la plateforme et à la réalisation de bénéfices. Ce traitement des données est donc "nécessaire" à l'exécution du contrat (...) ²⁴²».

Il est donc curieux de retrouver l'autorité de contrôle autrichienne dans la liste des dix pays qui s'opposent au jugement de la DPC²⁴³.

En vertu de l'article 65 1 a) du RGPD, lorsqu'aucun consensus n'est atteint entre les différentes autorités de contrôle, c'est le Comité qui règle le litige. Dans son avis contraignant du 5 décembre 2022, le CEPD soutient que Meta n'est pas en droit de se reposer sur la base légale de la nécessité du contrat²⁴⁴.

Dans sa décision finale, la DPC juge que l'usage de la base juridique de la nécessité contractuelle pour le traitement des données des utilisateurs de Meta à des fins publicitaires n'est pas valable au sens du RGPD et constitue une violation de l'article 6 (1) du RGPD. La décision a été assortie d'une amende de 390 millions d'euros à l'encontre de Meta Ireland et d'un délai de 3 mois pour se conformer au RGPD et changer de base légale ²⁴⁵.

5.4. Avis 08/2024 du CEPD sur la validité du consentement dans le cadre des modèles « consentir ou payer » mis en place par les grandes plateformes en ligne

L'Article 64 du RGPD prévoit les cas dans lesquels un avis du Comité est requis et les cas dans lesquels les autorités de contrôle nationales et la Commission européenne peuvent ou doivent demander l'avis du CEPD²⁴⁶. Les avis ont pour principal objet d'informer le législateur européen des principales préoccupations en matière de protection des données et de lui faire part de ses recommandations.²⁴⁷

L'avis en présence a été émis en réponse à une demande conjointe des autorités de contrôle néerlandaises, norvégiennes et allemandes qui, à la lumière de l'arrêt *Bundeskartellamt*, s'interrogeaient sur les conditions dans lesquelles les grandes plateformes en ligne peuvent mettre en

²⁴² E. JARBEKK, « Thoughts on behavioural advertising, Meta and privacy », Shjodt, 8 avril 2024, disponible sur [White paper : Behavioural advertising, Meta and privacy - Schjødt](#) ; Traduction DeepL de « *The processing of personal user data is a supporting pillar of the contract concluded between the parties. Only this use of data enables tailor-made advertising, which significantly shapes the "personalized experience" (...) and at the same time provides (...) the income necessary to maintain the platform and to make a profit. This data processing is therefore "necessary" for the performance of the contract (...)* »

²⁴³ O. KAGAN, 10 takeaways from the Irish DPC decisions on Meta », IAPP, 17 janvier 2023 disponible sur [10 takeaways from the Irish DPC decisions on Meta | IAPP](#)

²⁴⁴ E. JARBEKK, « Thoughts on behavioural advertising, Meta and privacy », Shjodt, 8 avril 2024, disponible sur [White paper : Behavioural advertising, Meta and privacy - Schjødt](#)

²⁴⁵ Data Protection Commission, Binding Decision IN-18-5-5 pursuant to Section 113 of the Data Protection Act, 2018 and Articles 60 and 65 of the General Data Protection Regulation, 31 décembre 2022, disponible sur [Meta FINAL DECISION \(ADOPTED\) 31-12-22 - IN-18-5-5 \(Redacted\).pdf](#)

²⁴⁶ P.VAN EECHE & A.SIMKUS, « Article 64. Opinion of the Board » in The EU General Data Protection Regulation (GDPR) : A Commentary, dir. C. KUNER, Oxford, 2020

²⁴⁷ European Data Protection Board (Site officiel de l'UE), Avis du CEPD 08/2024 sur la validité du consentement dans le cadre des modèles « consentir ou payer » mis en place par les grandes plateformes en ligne, disponible sur [Avis du CEPD | European Data Protection Supervisor](#)

place un modèle *Pay-or-Okay* qui garantit un consentement valable au sens du RGPD²⁴⁸.

Bien que cet avis ne concerne pas Meta en particulier, mais l'ensemble des grandes plateformes en ligne, il s'inscrit dans le prolongement de la décision *Meta c. Bundeskartellamt*. La proximité avec Meta est d'autant plus renforcée par le recours en annulation introduit le 27 juin 2024 par le groupe, qui signifie manifestement qu'il se sent directement concerné²⁴⁹.

Dans son avis, le Comité conclut que dans la plupart des cas, les conditions nécessaires à la validité du consentement ne seront pas respectées si les utilisateurs n'ont que deux choix : celui de consentir au traitement de leurs données à des fins publicitaires ou payer²⁵⁰. Selon nous, le cas de figure que le Comité décrit, est l'essence même du modèle *Pay-or-Okay* et cette conclusion devrait dès lors être interprétée dans le sens où le plus souvent, le consentement obtenu dans le modèle ne respecte pas les conditions du RGPD.

Pour arriver à cette conclusion, le Comité utilise des arguments susmentionnés dans cette recherche. On pourra notamment citer des manquements au niveau du caractère éclairé du consentement²⁵¹ ; du préjudice causé par le retrait du consentement²⁵², ou encore une analyse du caractère librement donné du consentement²⁵³, tous abordés au chapitre 3 de la présente recherche. L'avis évoque également la problématique de la conditionnalité du consentement²⁵⁴, que nous évoquons à la section 4.2 de ce travail.

Néanmoins, deux points de l'Avis méritent, selon nous, d'être soulevés et nous y consacrerons les sections suivantes.

5.4.1. Une rémunération appropriée

Dans l'arrêt *Bundeskartellamt*, le juge émet l'obiter dictum suivant « *ces 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 par l'opérateur du réseau social en ligne, ce qui implique que lesdits utilisateurs se voient proposer, le cas échéant **contre rémunération appropriée**, une alternative équivalente non accompagnée de telles opérations de traitement de données*²⁵⁵ » (nous soulignons)

²⁴⁸ *Ibidem*.

²⁴⁹ Tribunal de l'UE, *Meta c. CEPD*, recours introduit le 27 juin 2024, T-319/24

²⁵⁰ R. DE SOUZA, « Europe : EDPB issues Opinion on 'consent or pay' models deployed by large online platforms », Privacy Matters, DLA Piper's Global Privacy and Data Protection Resource, 24 avril 2024, disponible sur [Europe : EDPB issues Opinion on 'consent or pay' models deployed by large online platforms | Privacy Matters](#)

²⁵¹ European Data Protection Board (Site officiel de l'UE), Avis du CEPD 08/2024 sur la validité du consentement dans le cadre des modèles « consentir ou payer » mis en place par les grandes plateformes en ligne, disponible sur [Avis du CEPD | European Data Protection Supervisor, section 4.2.2](#)

²⁵² *Ibidem*, section 4.3.1

²⁵³ *Ibidem*, section 4.2.1

²⁵⁴ *Ibidem*, section 4.2.1.4

²⁵⁵ CJUE, *Meta c. Bundeskartellamt*, C-252/21, para 150

Cela signifie que le principe même du modèle *Pay-or-Okay* n'est pas interdit tant que l'option payante demande une rémunération appropriée pour l'option qui n'est pas accompagnée d'opérations de traitement de données. La version anglaise de l'avis utilise les termes « *if necessary* », repoussant ainsi l'imposition d'une rémunération (appropriée) seulement dans les cas où cela est nécessaire²⁵⁶.

L'évaluation du caractère approprié de la rémunération consiste à s'assurer que celle-ci ne prive pas les personnes concernées de la possibilité de refuser leur consentement ni ne leur donne le sentiment que celui-ci est obligatoire. Le Comité précise que les responsables de traitement doivent garantir l'existence d'un véritable choix, sans donner le sentiment que le consentement est obligatoire ni inciter les personnes concernées à le donner.²⁵⁷

Le Comité insiste sur la nécessité de concilier la liberté des entreprises à fixer leurs propres prix avec le droit fondamental de la protection des données personnelles des particuliers²⁵⁸. Cela fait écho à la position d'Yves Poullet qui considère que bien que le prix de l'option payante ne puisse être disproportionné, il est tout à fait normal que certains avantages soient octroyés aux personnes qui consentent au transfert de leur données.

Cependant, lorsque l'on examine, d'une part, le taux d'acceptation du consentement particulièrement élevé dans le modèle *Pay-or-Okay* et d'autre part, les biais relevés par Kahneman, notamment celui de l'aversion de la perte, il est légitime de s'interroger sur l'existence d'une telle rémunération appropriée qui garantirait un réel choix pour les utilisateurs²⁵⁹.

Le CEPD indique que l'analyse du caractère nécessaire doit être menée au cas par cas en tenant compte à la fois de la position des personnes concernées et de l'existence d'alternatives possibles à la publicité comportementale. Ainsi, la légalité du modèle peut dépendre de la position sur le marché du responsable du traitement et varier d'un acteur à l'autre²⁶⁰.

5.4.2 Alternative équivalente gratuite et moins personnalisée

La solution préconisée par le CEPD afin de garantir une réelle liberté de choix pour les utilisateurs est la mise à disposition d'une alternative gratuite dépourvue de publicité personnalisée. Selon le Comité, le modèle *Pay-or-Okay* ne peut pas être l'option par défaut. Avant la mise en place d'une option payante, les responsables de traitement devraient envisager en priorité de proposer aux utilisateurs

²⁵⁶ Comité Européen de Protection des Données, Avis 08/2024 sur la validité du consentement dans le cadre des modèles « consentir ou payer » mis en place par les grandes plateformes en ligne, 17 avril 2024. Disponible sur *edpb_opinion_202408_consentorpay_fr.pdf, paras 117 & 130

²⁵⁷ Ibidem, para 134

²⁵⁸ Ibidem, para 136

²⁵⁹ GALLUP INSTITUT, « Facebook and advertising -uber- insights : A quantitative study », Novembre 2019 disponible sur [PowerPoint-Präsentation](#) et D. KAHNEMAN ET A. TVERSKY, « Loss Aversion in Riskless Choice : A reference-dependent model », *The Quarterly Journal of Economics*, Vol.106 n°4, Novembre 1991

²⁶⁰ Comité Européen de Protection des Données, Avis 08/2024 sur la validité du consentement dans le cadre des modèles « consentir ou payer » mis en place par les grandes plateformes en ligne, 17 avril 2024. Disponible sur *edpb_opinion_202408_consentorpay_fr.pdf, para 131

une option équivalente gratuite, exempte de publicité personnalisée²⁶¹.

La mise en place d'une option équivalente gratuite sans traitement des données personnelles à des fins publicitaires ou comportant un tel traitement significativement réduit permettrait d'atténuer le préjudice rencontré par les utilisateurs dans le modèle *Pay-or-Okay* et de renforcer le caractère librement donné du consentement donné²⁶².

L'équivalence entre l'offre avec publicité personnalisée et l'offre sans doit être appréciée sur le plan fonctionnel. Ainsi, l'option gratuite sans publicité personnalisée ne saurait présenter une qualité inférieure ni offrir moins de fonctionnalités que l'option avec publicité personnalisée, sauf si ces limitations sont la conséquence directe de l'impossibilité de traiter les données personnelles des utilisateurs à des fins publicitaires. En d'autres termes, les alternatives se doivent d'être les plus similaires possible²⁶³.

L'expert en protection des données Peter Craddock exprime toutefois des réserves quant à la viabilité économique de cette exigence pour les opérateurs de sites web et au respect de leur liberté d'entreprise si ces derniers se voyaient dans l'obligation de fournir une option gratuite sans obtenir de contrepartie financière issue de la monétisation des données personnelles par la publicité. Il rappelle qu'en vertu du considérant 4 du RGPD, le droit à la protection des données n'est pas absolu ; celui-ci doit s'exercer dans le respect du principe de proportionnalité, en tenant compte des autres droits fondamentaux, notamment la liberté d'entreprise consacrée à l'article 16 de la Charte²⁶⁴.

Par ailleurs, Craddock soutient que dans tous les modèles *Pay-or-Okay*, une alternative gratuite et sans traitement de données existe déjà. Il suffit pour l'utilisateur de renoncer à l'usage du service proposé ou d'opter pour un service concurrent qui répond à ses préférences²⁶⁵.

Nous émettons néanmoins des réserves quant à la dernière considération de M. Craddock. En effet, comme l'a souligné le CEPD dans son avis, certains services numériques, en particulier les réseaux sociaux tels qu'Instagram ou Facebook occupent une place si centrale dans notre société actuelle²⁶⁶ qu'il est excessif de considérer que les utilisateurs disposent d'une liberté réelle de s'en passer. Ainsi, la dernière allégation de Craddock ne prend pas en compte les considérations sociales et économiques de l'environnement économique européen.

²⁶¹ *Ibidem*, para 73

²⁶² *Ibidem*, para 78

²⁶³ *Ibidem*, para 73 et 74 et P.CRADDOCK, « Op-Ed : A critical analysis of the EDPB's « Pay or Consent » Opinion », LinkedIn, 18 avril 2024 disponible sur [Op-Ed: A critical analysis of the EDPB's "Pay or Consent" Opinion | LinkedIn](#)

²⁶⁴ P.CRADDOCK, « Op-Ed : A critical analysis of the EDPB's « Pay or Consent » Opinion, LinkedIn, 18 avril 2024 disponible sur [Op-Ed: A critical analysis of the EDPB's "Pay or Consent" Opinion | LinkedIn](#)

²⁶⁵ *Ibidem*

²⁶⁶ Comité Européen de Protection des Données, Avis 08/2024 sur la validité du consentement dans le cadre des modèles « consentir ou payer » mis en place par les grandes plateformes en ligne, 17 avril 2024. Disponible sur

*edpb_opinion_202408_consentorpay_fr.pdf, para 182

5.5. Aspects du droit de la concurrence

La décision C-252/21 du 4 juillet 2023 qui évalue la conformité du modèle *Pay-or-Okay* avec le RGPD est un arrêt qui répond à des questions préjudicielles en interprétation tirées d'un jugement de l'Autorité de concurrence fédérale allemande (ci-après, *Bundeskartellamt*) qui vise à évaluer l'existence d'une position d'abus dominante dans le cas de Meta²⁶⁷.

Comme exposé dans l'introduction de ce chapitre, l'étude du cas de Meta est particulièrement intéressante en raison des nombreuses spécificités propres au groupe. L'une d'entre elles est la taille et l'ampleur de l'entreprise sur le marché, ce qui a des implications sur le positionnement de Meta au regard du droit de la concurrence. Cela soulève des enjeux majeurs au sens de l'article 102 du Traité sur le fonctionnement de l'Union Européenne et par rapport aux obligations reprises dans le *Digital Markets Acts*²⁶⁸.

5.5.1 Meta c. Bundeskartellamt : Abus de dominance de Meta

L'article 102 du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne (ci-après, TFUE) interdit les abus de position dominante. C'est la décision de la CJUE *Hoffman-La Roche c. Commission* qui précise la notion de position de dominante telle qu'entendue dans le traité. Il s'agit d'une position de force économique dont jouit une entreprise qui lui permet d'entraver le maintien d'une concurrence efficace sur un marché donné²⁶⁹.

L'affaire en présence nous apprend que, pareillement au droit des consommateurs, le droit de la concurrence peut venir jouer un rôle d'appui dans l'application des règles de protection des données personnelles. *In casu*, l'autorité de la concurrence allemande a travaillé en étroite collaboration avec l'autorité de contrôle allemande en matière de protection des données et c'est cette coopération qui a permis la condamnation de Meta pour ses pratiques abusives en matière de collection de données²⁷⁰.

5.5.1.1 Le litige au principal

L'affaire au principal se limitait à Facebook, en tant qu'application du groupe Meta. À la suite d'une étroite collaboration avec l'autorité de contrôle irlandaise, c'est le 6 février 2019 que l'Autorité de concurrence allemande rend sa décision quant à l'abus de position dominante exercé par Meta. L'analyse des deux autorités s'est penchée de plus près sur les conditions générales de Meta et leur impact sur la collection et le traitement des données personnelles des utilisateurs de Facebook ; ainsi

²⁶⁷ E. JARBEKK, « Thoughts on behavioural advertising, Meta and privacy », *Shjodt*, 8 avril 2024, disponible sur [White paper : Behavioural advertising, Meta and privacy - Schjødt](#)

²⁶⁸ A. D'AMICO et al., "Meta's Pay-or-okay model : an analysis under EU Data protection, Consumer and competition law", *Technology and Regulation*, 8 avril 2024, disponible sur [rebo-renforce-working-paper-2024-Meta's Pay-or-Okay Model - An Analysis Under EU Data Protection, Consumer, and Competition Law.pdf \(uu.nl\)](#)

²⁶⁹ CJUE, 13 février 1979, *Hoffman-Laroche c. Commission*, Case 85/76, EU:C:1979:36

²⁷⁰ Bundeskartellamt, Résumé de l'affaire : Facebook, Conditions générales abusives en vertu de la section 19 (1) GWB pour traitement de données inadéquat, BS-22/16, 6 février 2019

que sur la position dominante qu'ils détenaient sur le marché²⁷¹.

Pour comprendre le fond de l'affaire, une courte mise en contexte technique est nécessaire. Outre le principe même du réseau social qui permet aux utilisateurs de discuter, poster du contenu et interagir avec les contenus de leurs amis ; Facebook propose aussi une sélection d'outils destinés à d'autres entreprises, appelée *Facebook Business Tools*. Ces outils gratuits permettent aux développeurs et opérateurs de site web d'intégrer certaines caractéristiques du réseau social à leur propre site web via des interfaces de programmation (*Application Programming Interfaces*), qui ont été définies au préalable par Facebook²⁷².

Les utilisateurs du réseau social peuvent donc très facilement accéder aux sites web des entreprises qui collaborent avec Facebook via *Facebook Business Tools*.

Les conditions générales du réseau social prévoient (i) la collecte des données relatives à l'utilisation de ces sites web tiers accessibles via Facebook et (ii) la combinaison de ces données avec celles des utilisateurs déjà collectées sur Facebook.²⁷³

Ainsi, lorsqu'un utilisateur de Facebook passe par l'interface du réseau social pour acheter des chaussures sur le site d'un annonceur découvert sur Facebook, ses données d'achat sur le site tiers sont collectées et combinées avec les données que Facebook collecte déjà sur sa plateforme pour créer un profil plus précis de l'utilisateur afin de lui proposer de la publicité toujours plus personnalisée, basée sur son profil. Ces données collectées sur des sites tiers accédés via Facebook sont qualifiées de *off-Facebook data*, en opposition aux *on-Facebook data* qui sont des données relatives à l'utilisation du réseau social en lui-même²⁷⁴.

Au-delà de la conjonction des données de deux sources différentes, Facebook avait conditionné l'accès et l'utilisation du réseau social à l'acceptation des conditions générales qui prévoyait, entre autres, cette double collection²⁷⁵. Selon Facebook, la collecte de ces informations est absolument nécessaire à la fourniture du service du réseau social et à leurs intérêts légitimes.

L'Autorité de concurrence allemande n'a pas adhéré à ce raisonnement et a tranché, d'une part la collecte et conjonction des données *on-Facebook* et *off-Facebook* n'était pas légalement justifiée et d'autre part, que le consentement aux conditions générales de Facebook n'était pas donné librement car sans ce consentement, il était impossible d'avoir accès au réseau social.

Selon la décision, la position dominante de Facebook et le manque d'alternative en termes de réseau social renforçaient l'idée selon laquelle le consentement des utilisateurs du réseau social était en

²⁷¹ Bundeskartellamt, Décision dans les procédures administratives, Meta Platforms, Inc., B6-22/16, 06 février 2019.

²⁷² Bundeskartellamt, Résumé de l'affaire : Facebook, Conditions générales abusives en vertu de la section 19 (1) GWB pour traitement de données inadéquat, BS-22/16, 6 février 2019

²⁷³ *Ibidem*

²⁷⁴ *Ibidem*

²⁷⁵ *Ibidem*

quelque sorte forcé et ne constituait donc pas une base légale de traitement valable au regard du RGPD²⁷⁶.

Dès lors que les opérations et finalités de traitement sont reprises dans les conditions générales auxquelles doivent consentir les utilisateurs, si ce consentement ne remplit pas les conditions prévues à l'article 6 du RGPD, les données des utilisateurs sont donc traitées sans aucune base légale²⁷⁷.

La décision a été assortie d'une injonction de cessation d'activités jugées non conformes avec le RGPD ou les règles du droit de la concurrence²⁷⁸

5.5.1.2 Décision de la Cour de Justice de l'Union Européenne du 4 juillet 2023 (C-252/21)

De nombreuses questions préjudicielles étant posées à la Cour, nous nous focaliserons uniquement sur celles qui revêtent un caractère pertinent pour le présent travail. La CJUE a confirmé à nouveau la compétence des Autorités de la concurrence en matière de protection des données lorsqu'elles ont un impact sur le droit de la concurrence.

La Cour de Justice de l'Union Européenne, à la demande du tribunal régional supérieur de Düsseldorf, s'est ensuite prononcée sur le caractère libre du consentement aux conditions générales de Meta lorsque celui-ci conditionne l'accès au réseau social. Elle dira alors que la position dominante de Meta crée une situation de déséquilibre avec l'utilisateur, qui serait favorable à l'imposition de conditions qui ne sont pas nécessaires à l'exécution du contrat. Elle ajoutera qu'un consentement libre implique que les utilisateurs doivent être en mesure de refuser de consentir aux opérations de traitement qui ne sont pas nécessaires à l'exécution du contrat tout en ayant accès à un service équivalent dépourvu de traitement de leurs données. La Cour précisera néanmoins que ce service équivalent peut être offert, le cas échéant, en échange d'une rémunération appropriée²⁷⁹.

Après la publication de ce jugement, le CEPD, a publié une décision contraignante le 27 octobre 2023 dans lequel il indique que Meta ne peut se reposer sur les bases juridiques de nécessité contractuelle ni d'intérêt légitime pour collecter les données de ses utilisateurs à des fins publicitaires²⁸⁰.

Rappelons que l'article 6 du RGPD reprend les six bases légitimes de traitement de données qui sont les suivantes : le consentement, l'exécution du contrat, le respect d'une obligation légale, la sauvegarde d'intérêts vitaux, l'exécution d'une mission d'intérêt public et l'intérêt légitime²⁸¹.

²⁷⁶ *Ibidem*

²⁷⁷ A. D'AMICO et al., "Meta's Pay-or-okay model : an analysis under EU Data protection, Consumer and competition law", *Technology and Regulation*, 8 avril 2024, disponible sur [rebo-renforce-working-paper-2024-Meta's Pay-or-Okay Model - An Analysis Under EU Data Protection, Consumer, and Competition Law.pdf \(uu.nl\)](#)

²⁷⁸ CJUE, Meta c. *Bundeskartellamt*, C-252/21, 4 juillet 2023, EU :C :2023 :537

²⁷⁹ CJUE, Meta c. *Bundeskartellamt*, C-252/21, 4 juillet 2023, EU :C :2023 :537, para 150.

²⁸⁰ Comité européen de protection des données, Décision Contraignante d'urgence 01/2023 demandée par l'autorité de contrôle norvégienne pour l'adoption de mesures définitives à l'égard de Meta Platforms Ireland Ltd (article 66, paragraphe 2, du RGPD), 27 octobre 2023 disponible sur [edpb_urgentbindingdecision_202301_no_metaplatformsireland_fr.pdf](#)

²⁸¹ RGPD précité, article 6

Meta s'est alors trouvée démunie des bases légales d'exécution du contrat et d'intérêt légitime. L'obligation légale, l'intérêt public et la sauvegarde d'intérêts vitaux ne pouvant être invoqués en l'espèce, Meta n'avait d'autre choix que de se reposer sur le consentement de ses utilisateurs pour le traitement de leurs données à des fins publicitaires.

Il leur fallait dès lors trouver une solution pour que le consentement demandé réponde aux exigences demandées par l'Autorité de concurrence allemande, la Cour de Justice de l'Union Européenne et le Comité Européen de la Protection des Données.

C'est dans ce contexte qu'est apparu, en novembre 2023, le modèle *Pay-or-Okay* de Meta qui demandait aux utilisateurs du réseau social de choisir entre une option gratuite où leurs données sont collectées à des fins de publicité personnalisées et une option payante à 12,99€ par mois, sans publicité personnalisée et sans collecte de données personnelles à cet effet²⁸².

5.5.2 Meta c. Commission : Conformité du modèle Pay-or-Okay de Meta au Digital Markets Act (DMA)

5.5.2.1 Le Digital Markets Act

Le règlement (UE) 2022/1925 sur les marchés numériques, plus communément appelé *Digital Markets Act* (DMA), adopté en 2022, a pour but d'assurer le fonctionnement équitable et contestable des marchés numériques dans l'Union Européenne²⁸³. Pour ce faire, le règlement identifie, selon des critères objectifs, certains acteurs majeurs du numérique et les qualifie de contrôleurs d'accès ou de *gatekeepers*.

Il s'agit d'entreprises qui fournissent des services de plateforme essentiels tels que des moteurs de recherche ou des réseaux sociaux. Les critères objectifs qui déterminent la qualification de *gatekeepers* sont repris dans le règlement et comprennent, entre autres, la taille de l'entreprise, son impact économique et sa position sur le marché. Les entreprises qui font l'objet de cette désignation doivent se plier à une série d'obligations particulières énoncées dans le DMA. Par exemple, les *gatekeepers* doivent notamment garantir l'interopérabilité et s'abstenir de favoriser leurs propres services au détriment des autres²⁸⁴.

Le 6 septembre 2023, Meta faisait partie de la toute première cohorte de *gatekeepers* désignés par la Commission européenne, avec notamment Amazon, Apple ou encore Microsoft. Facebook, Instagram, WhatsApp et Messenger, les quatre principales applications de Meta en sont les principales plateformes essentielles. Cela signifie que ces applications sont soumises à toutes les obligations contenues dans le DMA et que le non-respect de celles-ci expose Meta à des amendes conséquentes

²⁸² A. D'AMICO et al., "Meta's Pay-or-okay model : an analysis under EU Data protection, Consumer and competition law", *Technology and Regulation*, 8 avril 2024, disponible sur [rebo-renforce-working-paper-2024-Meta's Pay-or-Okay Model - An Analysis Under EU Data Protection, Consumer, and Competition Law.pdf \(uu.nl\)](#)

²⁸³ Commission européenne, « The Digital Markets Act », disponible sur [Digital Markets Act](#)

²⁸⁴ *Ibidem*.

et de possibles mesures additionnelles²⁸⁵.

Selon certains auteurs, le jugement de la Cour de Justice de l'Union Européenne *Meta c. Bundeskartellamt* aura été utilisé comme inspiration dans la rédaction du DMA puisque celui-ci oblige les *gatekeepers* à permettre aux utilisateurs finaux de choisir librement d'adhérer aux pratiques de traitement de données²⁸⁶. Ces entreprises doivent également proposer une alternative équivalente et moins personnalisée au service sans en subordonner l'accès au consentement des utilisateurs finaux.²⁸⁷

En outre, l'article 5(2) du DMA interdit aux *gatekeepers* de combiner les données collectées sur leurs plateformes avec des données qui viennent d'autres services tiers si les utilisateurs n'ont pas consenti à ce traitement. Le consentement dans le DMA fait référence à la notion telle qu'entendue dans le RGPD²⁸⁸. L'article décrit les pratiques auxquelles Meta s'adonne et à l'encontre desquelles des plaintes ont été déposées devant plusieurs juridictions.

Dans un objectif d'éviter que la position des *gatekeepers* ne pousse les utilisateurs à consentir parce qu'ils s'en sentent obligés, les considérants 36 et 37 de la directive introduisent le concept d'une possibilité « moins personnalisée, mais équivalente ». La directive précise que « *L'autre possibilité moins personnalisée ne devrait pas être différente ou de qualité moindre par rapport au service offert aux utilisateurs finaux qui donnent leur consentement, sauf si une baisse de la qualité résulte directement du fait que le contrôleur d'accès n'est pas en mesure de traiter ces données à caractère personnel ou de connecter les utilisateurs finaux à un service*²⁸⁹. »

5.5.2.2 Enquête de la Commission européenne sur la conformité du modèle Pay-or-Okay de Meta avec le Digital Markets Act

Le 25 mars 2024, la Commission européenne a ouvert une enquête sur la non-conformité avec le DMA du modèle *Pay-or-Okay*, introduit par Meta en novembre 2023. Cette enquête avait été prévue pour une durée de 12 mois. Le 23 avril 2025, la Commission européenne a rendu son rapport d'enquête dans une sortie de presse et a déclaré que le modèle *Pay-or-Okay* de Meta constitue une violation du *Digital Markets Act*²⁹⁰.

Dans son analyse, la Commission relève qu'avec le modèle binaire du *Pay-or-Okay*, Meta ne respecte pas l'obligation selon laquelle les *gatekeepers* doivent proposer aux utilisateurs une version moins personnalisée, mais en tout autre point équivalente de leur service. La Commission a donc condamné

²⁸⁵ Commission européenne, « The Digital Markets Act », disponible sur [Digital Markets Act](#)

²⁸⁶ P. J. VAN DE WAERDT, « Meta v Bundeskartellamt : Something Old, Something New », European Papers, 8 janvier 2024 disponible sur [Meta v Bundeskartellamt : Something Old, Something New | European Papers](#) et Colangelo, Giuseppe, and Alba Ribera Martínez, 'The Metrics of the DMA's Success', *European Journal of Risk Regulation*, 2025, 1–21 disponible [The Metrics of the DMA's Success | European Journal of Risk Regulation | Cambridge Core](#)

²⁸⁷ *Digital Markets Act* précité, considérants 36 et 37

²⁸⁸ *Digital Markets Act* précité, considérant 36

²⁸⁹ *Digital Markets Act* précité, Considérant 37

²⁹⁰ European Commission- Press release, « Commission finds Apple and Meta in breach of the Digital Markets Act », Brussels, 23 avril 2025, disponible sur [IP_25_1085_EN.pdf](#)

Meta au paiement d'une amende de 200 millions d'euros pour cette violation et lui a donné un délai de 60 jours pour se mettre en conformité avec le DMA²⁹¹.

La décision de la Commission européenne repose sur une double violation de la part de Meta. La première est le manque d'une troisième option du service équivalente et moins personnalisée comme proposé au considérant 36 du DMA. Et la seconde est un manquement au principe de consentement libre au sens du RGPD, repris à l'article 5(2) du DMA ; le consentement des utilisateurs étant entaché par un déséquilibre manifeste entre les rapports de force²⁹².

La Commission met également l'accent sur la prévisibilité du résultat du modèle. Elle argue qu'au regard de toutes les enquêtes et statistiques dont il dispose, le groupe Meta devait savoir que moins de 1% des utilisateurs allaient choisir l'option payante, ce qui est le cas en l'espèce²⁹³.

Plusieurs échanges ont eu lieu entre Meta et la Commission durant l'enquête. À la suite de ces conversations, Meta avait, en novembre 2024, adapté son modèle pour proposer une option qui offrirait toujours des publicités, mais celles-ci seraient, selon Meta, utilisées avec moins de données des utilisateurs. Actuellement, la Commission continue l'analyse de ce nouveau modèle. Dès lors, la condamnation de Meta trouve sa source uniquement dans le modèle utilisé par le groupe entre mars 2024, le moment où les obligations du DMA sont entrées en vigueur et novembre 2024, le moment où Meta a changé de modèle²⁹⁴.

5.5.2.3 Implications de la décision sur la place modèle Pay-or-Okay dans le paysage européen

Il est vrai que l'affaire en présence porte sur l'application du *Digital Markets Act*, un règlement qui a un champ d'application restreint à quelques grandes entreprises agissant sur les marchés digitaux européens. Cependant la décision de la Commission européenne emporte des retentissements qui peuvent être pertinents pour toute entreprise qui envisage l'application de ce modèle.

Tout d'abord, le considérant 36 du DMA qui impose la mise en place d'une option équivalente moins personnalisée entretient d'étroites relations avec le RGPD. Il a influencé le jugement de la CJUE *Bundeskartellamt* contre Meta et l'avis du CEPD sur la validité du consentement dans le modèle Pay-or-Okay. Ensuite, la matière réglée à ce considérant est à la fois dans le champ d'application de RGPD et du DMA.

En outre, l'article 5(2) du DMA fait une référence directe au RGPD pour la définition du consentement.

²⁹¹ *Ibidem*

²⁹² M. BARCZENTEWICZ, A First Take on the European Commission's DMA Decision Against Meta, *Truth on the Market*, 23 Avril 2025, <https://truthonthemarket.com/2025/04/23/a-first-take-on-the-european-commissions-dma-decision-against-meta/>

²⁹³ M. BARCZENTEWICZ, « Discussing the European Commission's Meta (« Pay or Consent ») decision with Eric Seufert, 25 juin 2025 disponible sur [Discussing the European Commission's Meta \("pay or consent"\) decision with Eric Seufert | Miłotał Barczentewicz](#)

²⁹⁴ *Ibidem*

Ces chevauchements témoignent d'une réelle interaction entre les deux règlements²⁹⁵.

Toutefois, le jugement *Bundeskartellamt c. Meta* reconnaît à l'utilisateur la possibilité de consentir au traitement de ces données par Meta, pour autant que le consentement soit donné librement. En décidant que le consentement de l'utilisateur n'est pas valable, car Meta est une entreprise dominante, la Commission européenne semble dire qu'un utilisateur ne pourra jamais consentir librement au traitement de ses données par Meta à cause du déséquilibre manifeste des rapports de force²⁹⁶.

Dans sa décision du 23 avril 2025, la Commission semble adopter une interprétation du RGPD similaire à celle reprise dans l'avis du CEPD sur le modèle *Pay-or-Okay* de Meta²⁹⁷. À la lumière de ces réflexions, il est selon nous légitime de croire que cette décision de la Commission sur l'application du *Digital Markets Acts* pourra avoir un impact sur la manière dont est appliqué le RGPD dans le paysage européen et tout particulièrement sur la conformité du modèle *Pay-or-Okay* à ce Règlement²⁹⁸.

L'analyse du modèle par la Commission reconnaît le caractère binaire du modèle ; ce qui met de côté la thèse selon laquelle le modèle *Pay-or-Okay* contiendrait toujours une troisième option implicite : celle de ne pas utiliser le site web.

De plus, la décision prend en compte la position de Meta dans l'évaluation du modèle. En effet, cette position peut avoir un impact sur le choix de l'utilisateur en ce qu'elle peut le pousser à donner son consentement sans réellement le vouloir car le désir et le besoin de se connecter sur les réseaux sociaux sont plus forts. Cela rappelle sans aucun doute le principe de déséquilibre manifeste qui entache la validité du consentement dans le cadre du RGPD.

La prohibition du modèle *Pay-or-Okay* par la Commission européenne n'a pas fait l'unanimité. Pendant que la Commission vante ce premier effort d'application de la nouvelle directive, d'autres y voient un dépassement des limites de la Commission et une restriction importante et inopportune à la liberté commerciale²⁹⁹.

Il en résulte toute de même que la Commission a dit pour droit que le modèle *Pay-or-Okay*, tel que mis en place par Meta entre mars 2024 et novembre 2024, est incompatible avec les articles relatifs à la protection des données des utilisateurs contenus dans le Règlement *Digital Markets Acts*. L'enjeu de la prochaine enquête de la Commission sur le sujet sera donc d'analyser si le modèle mis en place par Meta en novembre 2024 propose bien une alternative équivalente moins personnalisée de son

²⁹⁵ D'AMICO ET AL., "Meta's Pay-or-okay model : an analysis under EU Data protection, Consumer and competition law", *Technology and Regulation*, 8 avril 2024, disponible sur [rebo-renforce-working-paper-2024-Meta's Pay-or-Okay Model - An Analysis Under EU Data Protection, Consumer, and Competition Law.pdf \(uu.nl\)](https://rebo-renforce-working-paper-2024-Meta's Pay-or-Okay Model - An Analysis Under EU Data Protection, Consumer, and Competition Law.pdf (uu.nl))

²⁹⁶ M.BARCZENTEWICZ, A First Take on the European Commission's DMA Decision Against Meta, *Truth on the Market*, 23 avril 2025, <https://truthonthemarket.com/2025/04/23/a-first-take-on-the-european-commissions-dma-decision-against-meta/>

²⁹⁷ M.BARCZENTEWICZ, A First Take on the European Commission's DMA Decision Against Meta, *Truth on the Market*, 23 Avril 2025, <https://truthonthemarket.com/2025/04/23/a-first-take-on-the-european-commissions-dma-decision-against-meta/>

²⁹⁸ *Ibidem*.

²⁹⁹ A. ELISSON, *Digital Dictatorship : EU's Overreach on Meta*, LinkedIn, 10 juillet 2024 disponible sur [\(2\) Digital Dictatorship : EU's Overreach on Meta | LinkedIn](https://www.linkedin.com/posts/alisson-digital-dictatorship-eus-overreach-on-meta-activity-7248123456789012345) et M. BARCZENTEWICZ, A First Take on the European Commission's DMA Decision Against Meta, *Truth on the Market*, 23 avril 2025 <https://truthonthemarket.com/2025/04/23/a-first-take-on-the-european-commissions-dma-decision-against-meta/>

service³⁰⁰.

5.6 Modification du modèle de Meta en novembre 2024

Le nouveau modèle introduit par Meta en novembre 2024 consiste premièrement en une réduction significative du prix de l'abonnement à l'option du service sans publicité personnalisée. Le prix mensuel, qui s'élevait à 12,99€ sur téléphone et 9,99 € sur ordinateur passe respectivement à 7,99 € et 5,99 €³⁰¹.

Plus important encore, ce modèle offre aux utilisateurs de Meta le choix d'une troisième option avec moins de publicités personnalisées. Cette option, d'après Meta, se reposera moins sur les données personnelles des utilisateurs et utilisera davantage le contexte, ce qui risque de fournir aux utilisateurs des publicités moins pertinentes pour eux et leurs intérêts³⁰².

Meta ajoute encore que dans cette nouvelle option, certaines publicités ne pourront pas être ignorées. Dès lors, les utilisateurs devront, obligatoirement, regarder ces publicités. Meta justifie ce choix en affirmant que ce système permettra aux annonceurs, dont la pertinence est désormais réduite, de valoriser leur publicité. Meta ajoute que cela est commun sur d'autres plateformes ; on peut notamment citer YouTube qui fonctionne également avec des publicités non ignorables³⁰³.

Depuis novembre 2024, Meta propose donc un modèle à trois choix. Le premier choix est gratuit et propose une utilisation du réseau social dans laquelle Meta utilise énormément de données personnelles de l'utilisateur pour lui fournir les publicités les plus pertinentes possibles. La seconde option, également gratuite, propose un service « moins personnalisé » dans lequel la publicité proposée aux utilisateurs repose principalement sur le contexte, mais également sur une portion minimale de données personnelles des utilisateurs telles que leur âge, localisation, genre et données de navigation. Les publicités dans cette option seront également non-ignorables pendant une durée de secondes non déterminée dans l'annonce de Meta³⁰⁴.

Enfin, la troisième et dernière option du modèle de Meta est un abonnement mensuel payant dans lequel aucune publicité n'est proposée³⁰⁵.

Le choix entre ces trois options a été proposé aux utilisateurs à partir de novembre 2024 et peut être changé à tout moment dans les paramètres du réseau social³⁰⁶. Dans l'annonce de son nouveau

³⁰⁰ Commission Européenne, « Commission finds Apple and Meta in breach of the Digital Markets Act », Press release, 23 avril 2025 disponible sur [Commission finds Apple and Meta in breach of the Digital Markets Act](#)

³⁰¹ Meta, « Facebook and Instagram to offer subscription for No Ads in Europe », 30 octobre 2023 cité dans A.D'AMICO ET AL., "Meta's Pay-or-okay model : an analysis under EU Data protection, Consumer and competition law", *Technology and Regulation*, 8 avril 2024, disponible sur [rebo-renforce-working-paper-2024-Meta's Pay-or-Okay Model - An Analysis Under EU Data Protection, Consumer, and Competition Law.pdf \(uu.nl\)](#)

³⁰² *Ibidem*.

³⁰³ *Ibidem*

³⁰⁴ Commission Européenne, « Commission finds Apple and Meta in breach of the Digital Markets Act », Press release, 23 avril 2025 disponible sur [Commission finds Apple and Meta in breach of the Digital Markets Act](#)

³⁰⁵ *Ibidem*.

³⁰⁶ *Ibidem*.

modèle, Meta ne dit rien sur l'utilisation des données *off-Facebook* et de la conjonction de celles-ci avec les données *on-Facebook*. En revanche, le groupe prend le temps de rappeler à quel point les publicités personnalisées rapportent plus pour les entreprises et les utilisateurs car plus pertinentes³⁰⁷.

5.6.1 Légalité de ce nouveau modèle et du consentement qui y est obtenu

Ce nouveau modèle a pour avantage d'implémenter la troisième option équivalente et moins personnalisée qui avait été proposée par le DMA³⁰⁸. Une enquête de la Commission européenne est en cours pour évaluer la conformité de ce modèle au *Digital Markets Act*. Cette décision aura, comme la précédente, des retentissements sur le sort du modèle au regard du RGPD³⁰⁹.

Bien que la Commission européenne n'ait pas encore rendu sa décision, certains auteurs et organisations se prononcent déjà sur la validité de ce modèle. Il apparaît pour certains que sous réserve de modifications mineures, comme le retrait de la case précochée pour l'option gratuite³¹⁰, ce modèle pourrait être trouvé conforme au DMA et au RGPD par la Commission européenne³¹¹.

5.6.2 Avis du Bureau Européen des Unions de Consommateurs (BEUC) et de l'Association « None of Your Business » (NOYB)

Il s'agit toutefois d'un avis qui n'est pas partagé ni par le Bureau Européen des Unions de Consommateurs ni par l'association NOYB. Dans une évaluation publiée en janvier 2025, le BEUC confronte le nouveau modèle de *Pay-or-Okay* tel que modifié par Meta en novembre 2024 à différentes législations européennes³¹². Dans un rapport publié le 24 juillet 2025, NOYB, analyse les impacts économiques du modèle *Pay-or-Okay* et le taux de consentement au traitement des données personnelles recueilli par celui-ci³¹³.

Les deux documents émettent de graves préoccupations, d'abord, quant à la légalité du modèle *Pay-or-Okay* mais également quant à la validité du consentement recueilli dans celui-ci. Ils estiment que même avec l'option « moins personnalisée », le consentement au traitement des données à de fins publicitaires reste une condition à l'accès au service et s'appuient sur la décision *Bundeskartellamt* et l'avis 08/2024 du CEPD pour contester la validité d'un tel consentement³¹⁴.

³⁰⁷ *Ibidem*.

³⁰⁸ *Digital Markets Act* précité, considérant 36

³⁰⁹ Commission Européenne- Press release, « Commission finds Apple and Meta in breach of the Digital Markets Act », Brussels, 23 avril 2025, disponible sur [IP_25_1085_EN.pdf](#)

³¹⁰ M. BARCZENTEWICZ, « How will the EU DMA « pay or consent » decision impact Meta's business ?, *EUTechReg*, 19 juin 2025 disponible sur [How will the EU DMA "pay or consent" decision impact Meta's business?](#)

³¹¹ M.BARCZENTEWICZ, « Discussing the European Commission's Meta (« Pay or Consent ») decision with Eric Seufert, 25 juin 2025 disponible sur [Discussing the European Commission's Meta \("pay or consent"\) decision with Eric Seufert | Mikołaj Barczentewicz](#)

³¹² BUREAU EUROPÉEN DES UNIONS DE CONSOMMATEURS, « Beuc assessment of Meta's Latest Pay-Or-Consent policy for Facebook and Instagram Users », Janvier 2025, disponible sur https://www.beuc.eu/sites/default/files/publications/BEUC-X-2025-002_Meta_s_latest_pay-or-consent_policy.pdf

³¹³ NOYB, « Pay or Okay presents 99.9% consent », noyb.eu disponible sur [Pay or Okay Report 2025 web.pdf](#)

³¹⁴ BUREAU EUROPÉEN DES UNIONS DE CONSOMMATEURS, « Beuc assessment of Meta's Latest Pay-Or-Consent policy for Facebook and Instagram Users », Janvier 2025, disponible sur https://www.beuc.eu/sites/default/files/publications/BEUC-X-2025-002_Meta_s_latest_pay-or-consent_policy.pdf et NOYB, « Pay or Okay presents 99.9% consent », noyb.eu disponible sur [Pay or Okay Report 2025 web.pdf](#)

NOYB soulève que les taux de consentement dans les modèles *Pay-or-Okay*, celui de Meta inclus, s'élèvent à 99%. Un taux particulièrement élevé, qui ne correspond pas à la volonté réelle des utilisateurs de consentir au traitement de leurs données à des fins publicitaires car ce taux, selon une étude de 2019, s'élève à 7%. Ainsi si le taux de consentements dans le nouveau modèle de Meta reste supérieur à 7%, il ne représenterait toujours pas la réelle volonté des utilisateurs³¹⁵.

Selon le BEUC, le consentement recueilli par Meta n'est pas valide au sens du RGPD car le groupe ne respecte pas les principes de minimisation des données, de transparence et n'énonce pas les finalités pour lesquelles les données sont collectées. L'évaluation du nouveau modèle insiste notamment sur le fait que le consentement ne serait pas librement donné³¹⁶.

Le BEUC postule que le nouveau modèle, comme le précédent, continue de conditionner l'accès à son service au consentement et ce, malgré les jugements indiquant ce comportement comme illégal³¹⁷.

Le nouveau modèle de Meta ne fournit toujours pas une information univoque et suffisante qui permettrait aux utilisateurs d'évaluer les implications de leur choix. Il apparaît notamment selon eux que l'emploi par Meta du mot « gratuit » est une pratique trompeuse car l'utilisateur paie le service à travers ces données³¹⁸.

La question qui semble rester en suspens est celle des publicités non-ignorables. Cette différence entre le modèle gratuit avec publicité personnalisée et le modèle gratuit moins personnalisé rend-elle les deux services non équivalents ?

En l'espèce, nous pensons qu'au regard des contraintes de viabilité économique de Meta, le modèle actuel permet deux services gratuits équivalents en substance, dont l'un contient moins de publicités personnalisées et un usage réduit des données personnelles des utilisateurs en comparaison avec l'autre. Dès lors, il apparaît que, sous réserve de nouveaux arguments présentés par la Commission, celle-ci devrait, à l'issue de son enquête, trouver que le nouveau modèle *Pay-or-Okay* de Meta ne viole pas les dispositions du DMA ni le RGPD³¹⁹.

³¹⁵ GALLUP INSTITUT, « Facebook and advertising -uber- insights : A quantitative study », Novembre 2019 disponible sur [PowerPoint-Präsentation](#)

³¹⁶ BUREAU EUROPÉEN DES UNIONS DE CONSOMMATEURS, « Beuc assessment of Meta's Latest Pay-Or-Consent policy for Facebook and Instagram Users », Janvier 2025, disponible sur https://www.beuc.eu/sites/default/files/publications/BEUC-X-2025-002_Meta_s_latest_pay-or-consent_policy.pdf, p.6

³¹⁷ CJUE, Meta Platforms Ireland c. *Bundeskartellamt*, 4 juillet 2023, C-252/21, EU :C :2023 :537

³¹⁸ BUREAU EUROPÉEN DES UNIONS DE CONSOMMATEURS, « Beuc assessment of Meta's Latest Pay-Or-Consent policy for Facebook and Instagram Users », Janvier 2025, disponible sur https://www.beuc.eu/sites/default/files/publications/BEUC-X-2025-002_Meta_s_latest_pay-or-consent_policy.pdf

³¹⁹ *Ibidem*.

Conclusion

Cette étude s'est attachée à examiner la validité du consentement dans le modèle Pay-or-Okay au regard des exigences du RGPD.

Notre analyse a débuté par une contextualisation historique, révélant que ce modèle est en réalité issu de la nécessité des éditeurs de presse en ligne et des opérateurs de plateformes de garantir la pérennité économique de leur activité. Toutefois, cette viabilité économique, protégée par la liberté d'entreprise doit être mise en balance avec le droit de fondamental de chaque citoyen européen à la protection de ses données personnelles. La question de la gratuité du service en ligne, considérée par certains comme indissociable de la nature du service en ligne, influence le choix de la base légale du consentement, ainsi que la conditionnalité de ce dernier.

Afin d'être jugé valable au regard du RGPD, le consentement doit répondre être spécifique, éclairé, univoque et librement donné. Si les trois premiers critères peuvent être implémentés par le responsable du traitement par en fournissant les informations nécessaires et en suivant les lignes directrices du CEPD en matière de consentement ; le quatrième critère du consentement librement donné remet en question l'entièreté du modèle *Pay-or-Okay*. La décision de la CJUE dans l'affaire *Bundeskartellamt*, les lignes directrices du CEPD sur le consentement et l'avis du CEPD sur la validité du consentement dans le modèle *Pay-or-Okay* mis en place par les grandes plateformes en ligne, mis ensembles avec des considérations analytiques et psychologiques tendent à démontrer qu'il est difficile de considérer le consentement obtenu dans le modèle *Pay-or-Okay* comme librement donné. Dès lors, s'il est admis que le consentement obtenu dans le modèle n'est pas réputé valable au sens du RGPD, c'est la conformité même du modèle avec le RGPD qui est remise en question.

L'affaire Meta nous éclaire quant à la lecture que font les autorités européennes de concurrence et de protection des données du modèle *Pay-or Okay* mis en place par Meta. Ces autorités soulignent notamment que la position du responsable du traitement est à prendre en compte dans l'analyse de la validité du consentement obtenu dans le modèle. Il apparaît que seule une analyse contextualisée, entreprise au cas par cas par cas permettra de déterminer la validité du consentement. Il est dès lors envisageable que la conformité du modèle *Pay-or-Okay* au regard du RGPD puisse varier selon les entreprises en fonction de la position qu'elles occupent sur le marché.

Le modèle *Pay-or-Okay* ne saurait, à ce jour, être considéré comme intrinsèquement incompatible avec le RGPD ; néanmoins, rares sont les situations où le consentement obtenu dans ce contexte peut être jugé comme ayant été donné librement. Afin d'éclairer cette situation paradoxale, nous espérons qu'à l'issue de l'analyse prochaine du nouveau modèle *Pay-Or-Okay* de Meta par la Commission européenne, le CEPD adoptera des lignes directrices quant à la mise en place d'un modèle *Pay-or-Okay* conforme aux exigences du RGPD par tous les acteurs du numérique.

Ce document permettrait d'apporter de la clarté pour aider les responsables de traitement à assurer

leur viabilité économique sur le net tout en respectant le droit fondamental des utilisateurs européens à la protection de leurs données personnelles.

Bibliographie

Législation

- Règlement (UE) n° 2016/679 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), *J.O.U.E.*, L119, 4 mai 2016.
- Traité sur le fonctionnement de l'Union Européenne du 13 décembre 2007 (version consolidée), *J.O.U.E.*, C 115, 9 mai 2008.
- Charte des droits fondamentaux de l'Union Européenne (version consolidée), *J.O.U.E.*, C 326/391, 26 octobre 2012.
- Comité Européen de la protection des données, Décision Contraignante d'urgence 01/2023 demandée par l'autorité de contrôle norvégienne pour l'adoption de mesures définitives à l'égard de Meta Platforms Ireland Ltd (article 66, paragraphe 2, du RGPD), 27 octobre 2023. Disponible sur [edpb_urgentbindingdecision_202301_no_metaplatformsireland_fr.pdf](#)
- Irish Data Protection Commission, « Guidance note : Legal Bases for Processing personal data », décembre 2019 disponible sur [Guidance on Legal Bases.pdf](#)
- 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 (directive vie privée et communications électroniques), *J.O.U.E.*, 31 juillet 2002
- Règlement (UE) 2022/1925 du Parlement européen et du Conseil du 14 septembre 2022 relatif aux marchés contestables et équitables dans le secteur numérique et modifiant les directives (UE) 2019/1937 et (UE) 2020/1828 (Digital Markets Acts), *J.O.U.E.*, 12 octobre 2022
- Comité Européen de la Protection des Données, Lignes directrices 03/2022 relatives aux interfaces trompeuses dans les interfaces de plateformes de médias sociaux : comment les reconnaître et les éviter ?, 2022 disponible sur [*edpb_03-2022_guidelines_on_deceptive_design_patterns_in_social_media_platform_interfaces_v2_fr.pdf](#)

Jurisprudence

- Cour de Justice de l'Union Européenne, Meta Platforms Ireland c. *Bundeskartellamt*, 4 juillet 2023, C-252/21, EU :C :2023 :537
- Cour de Justice de l'Union Européenne., 4 octobre 2024, Maximilian Schrems c. Meta Platforms Ireland, C- 446/21.
- Autorité de Protection des Données (APD) (Autriche), 2023-0.174.027, *Der Standard*, 29 mars 2023, disponible sur https://gdprhub.eu/index.php?title=Welcome_to_GDPRhub

- Cour de Justice de l'Union Européenne, *Commission c. Germany*, C-518/07, 9 mars 2010, EU :C :2010 :125
- Cour de Justice de l'Union Européenne, *Proximus NV c. Gegevensbeschermingautoriteit*, C-129/21, 27 octobre 2022, EU :C :2022 :833.
- Cour de Justice de l'Union Européenne, *Commission c. Hongrie*, C-288/12, 8 avril 2014, EU :C :2014 :237
- Cour de Justice de l'Union Européenne, *Planet49*, C-673/17, 1^{er} octobre 2019, EU :C :2019 :801
- Cour de Justice de l'Union Européenne, 13 février 1979, *Hoffman-Laroche c. Commission*, Case 85/76, EU:C:1979:36
- Conclusions de l'Avocat Général Szpunar, *Planet49*, C-673/17, 21 mars 2019
- Bunderskartellamt, Résumé de l'affaire : Facebook, Conditions générales abusives en vertu de la section 19 (1) GWB pour traitement de données inadéquat, BS-22/16, 6 février 2019
- Tribunal de Grande Instance de Paris, 12 février 2019, n° 14/07224

Doctrine et sources Internet

(toutes consultées entre février et août 2025)

- ALMEIDA TEIXEIRA G., M. MIRA DA SILVA ET R. PEREIRA, "The critical success factors of GDPR Implementation: a systematic literature review", *Digital Policy, regulation and governance*, Emerald Publishing, Vol. 21 n° 4, 2019, pp. 402-418.
- ARRESE A., « From Gratis to Paywall: A brief history of retro-innovation in the press's business » in *Journalism Studies*, Volume 17, 2016
- Autorité belge de protection des données, « Sauvegarde des intérêts vitaux », 2025, disponible sur [Sauvegarde des intérêts vitaux | Autorité de protection des données](#)
- BARCZENTEWICZ M., *A First Take on the European Commission's DMA Decision Against Meta*, Truth on the Market, 23 avril 2025 disponible sur <https://truthonthemarket.com/2025/04/23/a-first-take-on-the-european-commissions-dma-decision-against-meta/>
- BARCZENTEWICZ M., « Discussing the European Commission's Meta (« Pay or Consent ») decision with Eric Seufert, 25 juin 2025 disponible sur [Discussing the European Commission's Meta \("pay or consent"\) decision with Eric Seufert | Mikołaj Barczentewicz](#)
- BELGA, " l'abonnement payant de Meta visé par une nouvelle plainte des consommateurs européens", *Le Soir*, 29 février 2024, disponible sur [L'abonnement payant de Meta visé par une nouvelle plainte des consommateurs européens - Le Soir](#)
- BIRTH A., «1. Conditions for consent (Article 7) : Improving legal certainty and streamlining the data subject's choice » in *If it ain't broke, don't fix it? Ten improvements for the upcoming tenth anniversary of General Data Protection Regulation »* DIR. DARIUSZ KLOZA, 14 juillet 2025

- BRIGNULL H. ET AL., « Types of deceptive patterns » disponible sur [Deceptive Patterns - Types of Deceptive Pattern](#)
- Bureau européen des Unions de Consommateurs, « BEUC assessment of Meta's Latest Pay-Or-Consent policy for Facebook and Instagram Users », Janvier 2025, disponible sur https://www.beuc.eu/sites/default/files/publications/BEUC-X-2025-002_Meta_s_latest_pay-or-consent_policy.pdf
- BYGRAVE LEE A. ET TOSONI L., « Article 4(11). Consent » in The EU General Data Protection Regulation (GDPR) A Commentary, Dir. C. Kuner et al, Oxford, 2020
- BUREAU EUROPÉEN DES UNIONS DE CONSOMMATEURS, « Beuc assessment of Meta's Latest Pay-Or-Consent policy for Facebook and Instagram Users », Janvier 2025, disponible sur https://www.beuc.eu/sites/default/files/publications/BEUC-X-2025-002_Meta_s_latest_pay-or-consent_policy.pdf
- BRYANT J., « Irish DPC, EDPB Meta decisions raise complex, fundamental questions », *IAPP*, 13 janvier 2023, disponible sur [Irish DPC, EDPB Meta decisions raise complex, fundamental questions | IAPP](#)
- CASTILLO PARILLA J. ET J. MORAIS CARVALHO, « Pay or ok ». Pagar con datos personales tras la Directiva 2019/770: una visión comparada entre España y Portugal », *Revista Electronica de direito UPorto*, Juin 2024, disponible sur ["Pay or ok". Pagar con datos personales tras la Directiva 2019/770 : Una visión comparada entre España y Portugal | CIJ](#)
- Comité Européen de la Protection des Données, Avis 08/2024 sur la validité du consentement dans le cadre des modèles "consentir ou payer" mis en place par les grandes plateformes en ligne, 17 avril 2024. Disponible sur [*edpb_opinion_202408_consentorpay_fr.pdf](#)
- Commission Européenne- Press release, « Commission finds Apple and Meta in breach of the Digital Markets Act », Brussels, 23 avril 2025, disponible sur [IP_25_1085_EN.pdf](#)
- COOL- FERGUS S., « Behind the Paywall: The shift of Monetization Strategies », *Twipe*, 24 Janvier 2024, disponible sur [Behind the Paywall: The Shift of Monetisation Strategies - Twipe](#)
- CRADDOCK P., « Op-Ed : Maybe no consent needed for advertising under ePrivacy "cookie" rule? », 22 janvier 2024 disponible sur [Op-Ed : Maybe no consent needed for advertising under ePrivacy "cookie" rule? | LinkedIn](#)
- CRADDOCK P., « Op-Ed : A critical analysis of the EDPB's « Pay or Consent » Opinion », LinkedIn, 18 avril 2024, disponible sur [\(1\) Op-Ed: A critical analysis of the EDPB's "Pay or Consent" Opinion | LinkedIn](#)
- CRUYSMANS, E., « La directive 95/46/CE n'est plus, vive le R.G.P.D. ! », *Auteurs & Media*, no. 1, p. 107-108, 2017
- CUSTERS B. ET MALGIERI G., Priceless data : why the EU fundamental right to data protection is at odds with trade in personal data », *Computer Law & Security review* 45, 2022
- D'AMICO A. et al., « Meta's Pay-or-okay model : an analysis under EU Data protection, Consumer and competition law », *Technology and Regulation*, 8 avril 2024, disponible sur [rebo-renforce-working-paper-2024-Meta's Pay-or-Okay Model - An Analysis Under EU Data Protection, Consumer, and Competition Law.pdf \(uu.nl\)](#)

- DATA PROTECTION COMMISSION, « Data Protection Commission announces conclusion of two inquiries into Meta Ireland », 4 January 2023, disponible sur [Data Protection Commission announces conclusion of two inquiries into Meta Ireland | 04/01/2023 | Data Protection Commission](#)
- DE SOUZA R., « Europe :EDPB issues Opinion on ‘ consent or pay’ models deployed by large online plateforms’, Privacy Matters, DLA Piper’s Global Privacy and Data Protection Resource, 24 avril 2024, disponible sur [Europe : EDPB issues Opinion on ‘consent or pay’ models deployed by large online platforms | Privacy Matters](#)
- DRAGHI M., *The future of European competitiveness*, Bruxelles, Commission européenne, 9 septembre 2024, 400 p. Disponible en ligne : https://commission.europa.eu/topics/eu-competitiveness/draghi-report_en
- ELISSON A., Digital Dictatorship : EU’s Overreach on Meta, LinkedIn, 10 juillet 2024 disponible sur [\(2\) Digital Dictatorship : EU's Overreach on Meta | LinkedIn](#)
- EURONEWS WITH REUTERS, « Meta’s ad-free subscription service breaches EU law, consumer group », 30 novembre 2023, disponible sur [Meta’s ad-free subscription service breaches EU law, consumer groups say | Euronews](#)
- FEILER L. ET AL., « The EU General Data Protection Regulation (GDPR): A commentary”, second Edition, German Law Publishers, 2021
- FEILER L. & M. SCHREMS, « Cookies oder Zahlen : Fur und Wider zum Datenschutz-Spruch », Der Standard, 10 décembre 2018, disponible sur [Cookies oder Zahlen : Für und Wider zum Datenschutz-Spruch - Wirtschaftsrecht - derStandard.at › Recht](#)
- FINCK M. ET PALLAS F., « They who must not be identified-distinguishing personal from non-personal data under the GDPR », *International Data Privacy Law*, Vol. 10, n° 1, 2020, pp. 11-36.
- GALLUP INSTITUT, « Facebook and advertising -uber- insights : A quantitative study », Novembre 2019 disponible sur [PowerPoint-Präsentation](#)
- GOODWIN G., « Subscription models aim to preserve quality journalism », Cyberjournalist.net, 6 avril 2024, disponible sur [Subscription Models Aim to Preserve Quality Journalism - Cyber Journalist](#)
- GDPR hub, « DSB (Austria) – 2023-0.174.0273 », 14 avril 2023, disponible sur [DSB \(Austria\) - 2023-0.174.027 - GDPRhub](#)
- HIJMANS H., « Article 51 : Supervisory Authority » in *The EU General Data Protection Regulation (GDPR): A Commentary*, dir. C.KUNER, Oxford, 2020
- HOOPER D., “ Why does everyone keep asking if they can use my data?”, *Euronews*, 23 mai 2018, disponible sur [Why does everyone keep asking if they can use my data? | Euronews](#)
- ICO, How do we ensure anonymization is effective? Consulté le 1er mai 2025, disponible sur [How do we ensure anonymisation is effective ? | ICO](#)
- IHS Markit, “The Economic Value of behavioural targeting in digital advertising “, *iabeurope*, 2017 disponible sur [BehaviouralTargeting_FINAL.pdf](#)
- JARBEKK E., « Thoughts on behavioural advertising, Meta and privacy », *Shjodt*, 8 avril 2024,

disponible sur [White paper : Behavioural advertising, Meta and privacy - Schjødt](#)

- KAGAN O., 10 takeaways from the Irish DPC decisions on Meta, IAPP, 17 Janvier 2023 disponible sur [10 takeaways from the Irish DPC decisions on Meta | IAPP](#)
- KAHNEMAN D. ET A.TVERSKY A., « Judgement under uncertainty: heuristics and biases », *Science*, 185, 1974
- KAHNEMAN D. ET TVERSKY A., « Loss Aversion in Riskless Choice: A reference- dependent model », *The Quarterly Journal of Economics*, Vol.106, n° 4, Novembre 1991
- KOCH R., « Cookies, the GDPR, and the ePrivacy Directive », GDPR.eu, 2020 disponible sur [Cookies, the GDPR, and the ePrivacy Directive - GDPR.eu](#)
- KOSTA E., « Article 7. Conditions for consent », *The EU General Data Protection Régulation (GDPR)*, dir. C.Kuner, *Oxford*, 2022
- KRAUS S. ET AL, « Facebook and the creation of the Metaverse: radical business model innovation or incremental transformation? » in *International Journal of Entrepreneurial behavior & Research*, Vol. 28, n° 9., 23 février 2022
- LOBEL A. ET AL, « Access Your data... If you can: an analysis of Dark Patterns against the right access on popular websites » in *Privacy Technologies and Policy*, 12th Annual Privacy Forum, APF 2024, Karlstad, Sweden, September
- LODIE A. ET LAURADOUX C., Is it personal data? “In Privacy Symposium 2024 Data Protection Law International Convergence and Compliance with Innovative Technologies (DPLICIT) dir. J-H Hoepman et al.
- MANDIKOVA M ., “ *The “Consent Or Pay” “ model from the GDPR perspective”*, Grant Thornton, 23 Septembre 2024, disponible sur [The “consent or pay” model from the GDPR perspective | Grant Thornton - we support your growth](#)
- META, ‘Facebook and Instagram to Offer Subscription for No Ads in Europe’, 30 octobre 2023 cité dans D’AMICO A. ET AL., “Meta’s Pay-or-okay model : an analysis under EU Data protection, Consumer and competition law”, *Technology and Regulation*, 8 avril 2024, disponible sur [rebo-renforce-working-paper-2024-Meta's Pay-or-Okay Model - An Analysis Under EU Data Protection, Consumer, and Competition Law.pdf \(uu.nl\)](#)
- META, “ Facebook and Instagram to offer subscription for no ads in Europe”-Updated, 12 novembre 2024, disponible sur [Facebook and Instagram to Offer Subscription for No Ads in Europe | Meta \(fb.com\)](#)
- MOREL V. ET AL., ‘Legitimate Interest is the New Consent-Large-Scale Measurement and Legal Compliance of IAB Europe TCF Paywalls’, *Chalmers University of Technology*, 13 octobre 2023 disponible sur <https://arxiv.org/pdf/2309.11625.pdf>
- MOREL V. ET AL., ‘Your consent is worth 75 euros a year – Measurement and lawfulness of cookie paywalls’ in *WPES’22*, Novembre 2023.
- MULLER-TRIBBENSEE T., « *Privacy promise vs. Tracking reality in Pay-Or-Tracking walls* » in *Privacy Technologies and Policy*, 12th Annual Privacy Forum, APF 2024, Karlstad, Sweden, September 4-5, 2024, Proceedings, dir. M. JENSEN ET AL., SPRINGER, 5 mars 2024, pp.168-188

- NATVIK G.J. & TANGERAS T.P., 'Paying with Personal Data', *Research Institute of Industrial Economics*, 6 décembre 2023
- NETTER E., Service en ligne 'gratuit' contre publicité ciblée : le modèle d'affaires aux pieds d'argile', Mélanges Storck, Dalloz, 2021, disponible sur [Service en ligne 'gratuit' contre publicité ciblée : le modèle d'affaires aux pieds d'argile](#)
- NETTESHEIM, M., 'EU Data Protection Law and Pay-or-Consent Business Models', 19 mars 2024), disponible sur <https://ssrn.com/abstract=4768419>
- NOYB, "Pay or Okay" – the beginning of the end? ", 11 April 2023 disponible sur ["Pay or Okay" - the beginning of the end?](#)
- NOYB, "Noyb files GDPR complaint against Meta over 'pay or okay'", *noyb.eu*, 28 novembre 2023, disponible sur [noyb files GDPR complaint against Meta over 'Pay or Okay'](#)
- NOYB, « « Pay or Okay » » bei derStandard.at?', *noyb.eu*, 10 décembre 2018, disponible sur ["Pay or Okay" bei derStandard.at ?](#)
- NOYB, « Pay or Okay presents 99.9% consent », 24 juillet 2025 *noyb.eu* disponible sur [Pay or Okay Report 2025 web.pdf](#)
- NOYB, Years of inactivity in « Pay or OK » cases : NOYB sues German DPA's, *noyb.eu*, 17 juin 2025 disponible sur [Years of inactivity in "Pay or OK" cases: noyb sues German DPAs](#)
- OLMSTEAD K. ET AL., "Digital Advertising and News", *Pew Research Center*, 12 Février 2012, disponible sur [Digital Advertising and News | Pew Research Center](#)
- O'REGAN E., « Données personnelles : l'Europe va assouplir sa réglementation dans « les semaines à venir » », *Politico*, 3 avril 2025, disponible sur [Données personnelles : l'Europe va assouplir sa réglementation dans "les semaines à venir" – POLITICO](#)
- PANTELIC O., JOVIC K. ET KRSTOVIC S., « Cookies Implementation Analysis and the Impact of Privacy Regarding GDPR and CCPA Regulations», *Sustainability*, 2022
- PAPAPOPOULOS P., SNYDER P., ATHANASAKIS D., ET LIVSHITS B., Keeping out the Masses: Understanding the Popularity and Implications of Internet Paywalls, 7 mai 2020 disponible sur [Keeping out the Masses: Understanding the Popularity and Implications of Internet Paywalls](#)
- PONTOIZEAU P-A., Alternative éthologique aux inconséquences de la théorie des biais cognitifs de Kahneman, *Cahiers de Psychologie Politique*, (34), 2019
- POULLET Y., "Consentement et RGPD : des zones d'ombre !" » in *Droit de la Consommation*, n° 122-123, 2019
- RABAGNY-LAGOA A., « Fiche 8. La licéité du traitement des données personnelles », in Fiches de Droit du traitement et de la protection des données personnelles, *Ellipses*, pp.61-67, 2022
- RABAGNY-LAGOA A., « Fiche 12. La finalité du traitement des données personnelles », in Fiches de Droit du traitement et de la protection des données personnelles, *Ellipses*, 2022
- ROLDAN PEREZ J. ET PAYEN A., « Instagram, Facebook, Whatsapp : voici combien de temps les Belges passent en moyenne sur les applications de Meta », RTL, 15 avril 2025 disponible sur [Instagram, Facebook, Whatsapp : voici combien de temps les Belges passent en moyenne sur les applications de Meta | RTL Info](#)

- SANTOS C. ET AL., Are cookie banners indeed compliant with the law? Deciphering EU legal requirements on consent and technical means to verify compliance of cookie banners », *Technology and Regulation*, 2020, pp.91-135
- SANCHEZ FRIAS I., “La prohibición de presentar publicidad basada en perfiles utilizando categorías especiales de datos en la ley de servicios digitales. ¿A quién deja atrás? especial referencia al dilema pay-or-okay- The Digital Services Act’s ban on presenting advertising based on profiling using special categories of data. who is left behind? a particular emphasis on the pay-or-okay conundrum” I, *Actas de Derecho Industrial y Derecho de Autor (ADI)*, vol. 44, 29 mars 2024.
- SCHREMS M., “ PayOrOkay”, *NOYB.eu*, 9 avril 2024, disponible sur ['Pay or Okay' explained : Why more and more websites make you pay for your privacy \(noyb.eu\)](#)
- SOLOVE D., Murky Consent: An Approach to the fictions of consent in privacy law », *Boston University Law review*, 2023, pp. 593- 639.
- TALIP PINARBASI A., « Are Cookies Personal Data”, *Termly*, 2 Février 2024, disponible sur Are Cookies Personal Data? – Termly
- TANEVA J., « Do cognitive Biases and Dark Patterns affect the legality of consent under the GDPR? », *SECUREWARE 2022: The Sixteenth International Conference on Emerging Security Information, Systems and Technologies*, 2022
- TOBITT C., “CONSENT OR PAY’ : Why UK news are getting tough with readers over data”, *PressGazette*, 12 septembre 2024, disponible sur ['Consent or pay' : Why UK news sites are getting tough over data - Press Gazette](#)
- TORCHIO G., “Meta’s ‘Pay or Okay’ : Is this the final challenge for EU GDPR?”, *European Policy Centre*, 4 décembre 2023, disponible sur [META’S ‘PAY OR OKAY’ : IS THIS THE FINAL CHALLENGE FOR EU GDPR?](#)
- URBAN T. ET AL., “A Study on Subject Data Access in Online Advertising After the GDPR” in *Data Privacy Management, Cryptocurrencies and Blockchain technology*, Springer, pp 61-79, 20 Septembre 2019.
- VAN EECKE P. & SIKMUS A., « Article 64. Opinion of the Board » in *The EU General Data Protection Regulation: A Commentary* dir. C. Kuner, Oxford, 2020
- VAN DER VEEN J., « Why Current Pay-Or-Okay Models violate GDPR-by-design”, *De Roos*, 14 novembre 2024, disponible sur [De Roos](#)
- VAN DE WAERDT P.J., « Meta v. Bundeskartellamt :Something Old, Something New », *European Papers*, 8 janvier 2024 disponible sur [Meta v Bundeskartellamt : Something Old, Something New | European Papers](#)
- WALDMAN A.E., “Cognitive biases, dark patterns, and the ‘privacy paradox’ », *Current Opinion in Psychology*, vol. 31, pp. 105–109, 2020.
- WANG Z.,”The great restricting of digital news media”, *The Current*, 27 Février 2024, disponible sur [The great restructuring of digital news media | The Current](#)
- WILLENS M., “Just How is Journalism Supposed to Make Money, Anyway?”, *International Business Times*, 16 juin 2015, disponible sur [Just How Is Journalism Supposed To Make](#)

Vidéos et Podcasts

- THE GUARDIAN, “Website cookies explained | Guardian animation”, *Youtube*, 2015, video disponible sur <https://youtu.be/IPQhME1UYQU?si=W70Wyi6EtGs9bx dg>
- MULLER-TRIBBENSEE ET AL., “Paying for Privacy: Pay-or-tracking walls”, *Privacycon2024 Part 1*, 6 mars 2024

Annexe – Figures

Figure 1.

Abonnement Instagram & facebook



Figure 2.



