

Avis du comité (article 64)



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

Adopté le 17 avril 2024

Translations proofread by EDPB Members.

This language version has not yet been proofread.

Synthèse

Les autorités de contrôle néerlandaises, norvégiennes et allemandes (Hambourg) ont demandé au comité européen de la protection des données (ci-après le «CEPD» ou le «comité») d'émettre un avis sur les circonstances et les conditions dans lesquelles les modèles «consentir ou payer» mis en place par les grandes plateformes en ligne dans le cadre de la publicité comportementale peuvent l'être d'une manière qui constitue un consentement valable, et en particulier un consentement donné librement, en tenant compte également de l'arrêt rendu par la Cour de justice de l'Union européenne (CJUE) dans l'affaire C-252/21. Le champ d'application du présent avis se limite en effet à la mise en place par les grandes plateformes en ligne (qui sont définies aux fins du présent avis) de modèles «consentir ou payer» dans lesquels les utilisateurs sont invités à consentir au traitement à des fins de publicité comportementale.

À cet égard, le CEPD souligne la nécessité de respecter toutes les exigences du RGPD, en particulier celles relatives à la validité du consentement, tout en appréciant les spécificités de chaque cas. Le principe de responsabilité revêt une importance particulière. Le CEPD rappelle que l'obtention du consentement ne dispense pas le responsable du traitement de respecter tous les principes énoncés à l'article 5 du RGPD, ainsi que les autres obligations du RGPD. Il est essentiel de respecter les principes de nécessité et de proportionnalité, de limitation des finalités, de minimisation des données et de loyauté.

Dans la plupart des cas, il ne sera pas possible pour les grandes plateformes en ligne de se conformer aux exigences en matière de consentement valable si les utilisateurs ne sont confrontés qu'à un choix binaire entre le consentement au traitement de données à caractère personnel à des fins de publicité comportementale et le versement d'une rémunération.

Le fait de proposer (uniquement) une option alternative payante au service qui inclue le traitement à des fins de publicité comportementale ne devrait pas constituer la voie à suivre par défaut pour les responsables du traitement. Lorsqu'elles élaborent l'option alternative à la version du service qui est fondée sur la publicité comportementale, les grandes plateformes en ligne devraient envisager de proposer aux personnes concernées une «option équivalente» qui ne requiert pas le versement d'une rémunération. Si les responsables du traitement choisissent de demander une rémunération pour l'accès à l'«option équivalente», ils devraient également envisager de proposer une troisième option, gratuite et sans publicité comportementale, qui contienne par exemple une forme de publicité impliquant le traitement d'un nombre réduit (ou nul) de données à caractère personnel. Il s'agit d'un facteur particulièrement important dans l'évaluation de certains critères déterminant la validité du consentement au titre du RGPD. Dans la plupart des cas, le fait qu'une autre option sans publicité comportementale soit proposée ou non, gratuitement, par le responsable du traitement aura une incidence considérable sur l'appréciation de la validité du consentement, notamment en ce qui concerne l'aspect du préjudice.

En ce qui concerne les exigences du RGPD relatives à la validité du consentement, il convient de noter tout d'abord que le consentement doit être «donné librement». Afin d'éviter un préjudice qui exclurait le consentement donné librement, toute rémunération imposée ne saurait être de nature à empêcher effectivement les personnes concernées de faire un libre choix. En outre, un préjudice peut survenir lorsque des personnes concernées non consentantes ne versent pas de rémunération et se voient donc exclues du service, en particulier lorsque le service joue un rôle prépondérant, ou qu'il est déterminant pour la participation à la vie sociale ou l'accès aux réseaux professionnels, d'autant plus s'il existe des effets de verrouillage ou de réseau. En conséquence, un préjudice est susceptible de se produire

lorsque des grandes plateformes en ligne utilisent un modèle «consentir ou payer» pour obtenir le consentement aux fins du traitement.

Les responsables du traitement doivent également évaluer, au cas par cas, s'il existe un déséquilibre de pouvoir entre la personne concernée et le responsable du traitement. Parmi les facteurs à évaluer figurent la position de la grande plateforme en ligne sur le marché, l'existence d'effets de verrouillage ou de réseau, la mesure dans laquelle la personne concernée est tributaire du service, et le principal public visé par le service.

L'élément de conditionnalité, à savoir le fait que le consentement soit nécessaire ou non pour accéder à des biens ou à des services, même si le traitement n'est pas indispensable pour l'exécution du contrat, est un autre critère permettant d'évaluer si le consentement est «donné librement». La CJUE a déclaré dans l'arrêt *Bundeskartellamt* que les utilisateurs qui refusent de consentir à des opérations particulières de traitement doivent se voir proposer, «le cas échéant contre une rémunération appropriée, une option alternative équivalente non accompagnée de telles opérations de traitement de données». Ce faisant, les responsables du traitement éviteront un problème de conditionnalité. En tout état de cause, il est toujours indispensable que les autres critères caractérisant un consentement «donné librement» soient également remplis.

On entend par «option alternative équivalente» une version alternative du service proposée par le même responsable du traitement qui n'implique pas de consentir au traitement de données à caractère personnel à des fins de publicité comportementale. L'avis fournit des éléments qui peuvent contribuer à garantir que l'option alternative est réellement équivalente. Si la version alternative n'est différente que dans la mesure nécessaire du fait que le responsable du traitement ne puisse pas traiter des données à caractère personnel à des fins de publicité comportementale, elle peut en principe être considérée comme équivalente.

En ce qui concerne l'imposition d'une rémunération pour accéder à la version «alternative équivalente» du service, le CEPD rappelle que les données à caractère personnel ne sauraient être considérées comme une marchandise négociable, et les responsables du traitement devraient garder à l'esprit la nécessité d'empêcher que le droit fondamental à la protection des données ne se transforme en une fonctionnalité dont les personnes concernées ne peuvent bénéficier que contre un paiement. Les responsables du traitement devraient évaluer, au cas par cas, si une rémunération est appropriée et quel montant est adéquat dans les circonstances données, en tenant compte des options alternatives possibles à la publicité comportementale qui impliquent le traitement de moins de données à caractère personnel et en prenant en considération la position des personnes concernées. Les responsables du traitement devraient s'assurer que la rémunération ne soit pas de nature à empêcher les personnes concernées de faire un véritable choix à la lumière des exigences relatives à la validité du consentement et des principes énoncés à l'article 5 du RGPD, en particulier la loyauté. Le principe de responsabilité est essentiel à cet égard. Les autorités de contrôle sont chargées de veiller à l'application du RGPD, ce qui peut également concerner les effets d'une quelconque forme de rémunération sur la liberté de choix des personnes concernées.

Une autre condition est la granularité: lorsqu'elle est face à un modèle «consentir ou payer», la personne concernée devrait être libre de choisir la finalité du traitement qu'elle accepte, plutôt que d'être confrontée à une demande de consentement unique regroupant plusieurs finalités.

Le consentement valable doit également être «spécifique», c'est-à-dire donné pour une ou plusieurs finalités précises, et constituer une manifestation de volonté univoque: dans les modèles «consentir ou payer», il est particulièrement important que les responsables du traitement conçoivent

attentivement la manière dont les personnes concernées sont invitées à donner leur consentement. Les utilisateurs ne devraient pas être confrontés à des modèles trompeurs par leur conception.

Pour que le consentement soit «éclairé», le processus d'information mis en place par les responsables du traitement devrait permettre aux personnes concernées d'avoir une compréhension complète et claire de la valeur, de la portée et des conséquences des différents choix qui s'offrent à elles, en tenant compte de la complexité des activités de traitement liées à la publicité comportementale.

Le CEPD apporte également des éclaircissements sur le retrait du consentement et conseille aux responsables du traitement d'évaluer soigneusement la fréquence à laquelle le consentement devrait être «actualisé».

Table des matières

1	Introduction.....	8
1.1	Exposé des faits	8
1.2	Recevabilité de la demande d’avis au titre de l’article 64, paragraphe 2, du RGPD.....	9
2	Définitions et champ d’application de l’avis	11
2.1	Définitions	11
2.1.1	Définition de la notion de modèle «consentir ou payer»	11
2.1.2	Définition de la notion de «publicité comportementale»	12
2.1.3	Définition de la notion de «grandes plateformes en ligne» aux fins du présent avis.....	13
2.2	Champ d’application de l’avis.....	15
3	Cadre juridique	15
3.1	Dispositions pertinentes du RGPD	15
3.2	Autres instruments juridiques.....	17
3.3	Résumé de l’arrêt <i>Bundeskartellamt</i>	18
3.4	Orientations existantes du CEPD.....	20
4	Évaluation du CEPD	20
4.1	Principes et observations générales.....	20
4.2	Exigences relatives à la validité du consentement.....	23
4.2.1	Consentement donné librement.....	23
4.2.2	Consentement éclairé	39
4.2.3	Consentement spécifique.....	43
4.2.4	Indication univoque des souhaits.....	43
4.3	Éléments supplémentaires.....	44
4.3.1	Retrait du consentement	44
4.3.2	Renouvellement du consentement.....	46
5	Conclusions.....	47

Le comité européen de la protection des données

vu l'article 63 et l'article 64, paragraphe 2, du 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 (ci-après le «RGPD»),

vu l'accord sur l'Espace économique européen, et notamment son annexe XI et son protocole 37, tels que modifiés par la décision du Comité mixte de l'EEE n° 154/2018 du 6 juillet 2018¹,

vu les articles 10 et 22 de son règlement intérieur,

considérant ce qui suit:

(1) Le rôle principal du comité européen de la protection des données (ci-après le «comité» ou le «CEPD») est de garantir l'application cohérente du RGPD dans l'ensemble de l'espace économique européen (ci-après l'«EEE»). L'article 64, paragraphe 2, du RGPD, dispose que toute autorité de contrôle (ci-après «AC»), le président du comité ou la Commission peuvent demander que toute question d'application générale ou produisant des effets dans plusieurs États membres de l'EEE soit examinée par le comité en vue d'obtenir un avis. L'objectif du présent avis est d'examiner une question d'application générale ou produisant des effets dans plusieurs États membres de l'EEE.

(2) L'avis du comité doit être adopté conformément à l'article 64, paragraphe 3, du RGPD, en liaison avec l'article 10, paragraphe 2, du règlement intérieur, dans un délai de huit semaines à compter de la date à laquelle le président du comité et les autorités de contrôle compétentes ont décidé que le dossier était complet. Sur décision du président, ce délai peut être prolongé de six semaines en fonction de la complexité de la question,

A ADOPTÉ L'AVIS SUIVANT

1 INTRODUCTION

1.1 Exposé des faits

1. Le 17 janvier 2024, l'autorité de contrôle néerlandaise (ci-après l'«AC NL»), agissant également au nom de l'autorité de contrôle norvégienne (ci-après l'«AC NO») et de l'autorité de contrôle allemande (Hambourg) (ci-après l'«AC Hambourg DE»), ci-après dénommées conjointement les «autorités de contrôle requérantes», a demandé au CEPD d'émettre un avis conformément à l'article 64, paragraphe 2, du RGPD, en ce qui concerne les modèles «consentir ou payer» (ci-après la «demande»).

¹ Dans le présent avis, on entend par «États membres» les États membres de l'EEE.

2. La présidente du comité et l'AC NL ont considéré que le dossier était complet le 25 janvier 2024. À la même date, le dossier a été diffusé par le secrétariat du CEPD.
3. La demande concerne, en résumé, les circonstances dans lesquelles des modèles «consentir ou payer»² peuvent être mis en place par de grandes plateformes en ligne qui attirent un grand nombre d'utilisateurs dans l'Espace économique européen (ci-après l'«EEE») lorsque les données sont traitées à des fins de publicité comportementale, d'une manière qui satisfait à l'exigence d'un consentement valable, et notamment libre³.
4. Les autorités de contrôle requérantes rappellent les «lignes directrices 5/2020 du CEPD sur le consentement au sens du règlement (UE) 2016/679», ci-après les «lignes directrices du CEPD sur le consentement», et soulignent qu'il est important d'évaluer si les personnes concernées qui sont confrontées à des modèles «consentir ou payer» sont «véritablement en mesure d'exercer un choix», en tenant compte du «risque de tromperie, d'intimidation, de coercition ou de conséquences négatives importantes» ou de l'existence de «tout élément de contrainte, de pression ou d'incapacité d'exercer un véritable choix»⁴.
5. Les autorités de contrôle requérantes indiquent en outre qu'il convient de répondre aux questions ci-dessus à la lumière de l'arrêt *Bundeskartellamt*⁵ de la Cour de justice.
6. Enfin, dans la motivation de leur demande, les autorités de contrôle requérantes soulignent que «plusieurs membres du CEPD ont déjà fourni des orientations concernant les modèles “consentir ou payer” au niveau national, par exemple en ce qui concerne les médias» et que, si ces orientations nationales sont «précieuses et constituent un bon point de départ», elles sont «généralement destinées à des responsables du traitement de plus petite taille»⁶. Ainsi, les autorités de contrôle requérantes soutiennent qu'il est nécessaire de répondre aux questions spécifiques soulevées par la mise en place de modèles «consentir ou payer» par les grandes plateformes en ligne, afin de garantir une interprétation et une application cohérentes du RGPD.

1.2 Recevabilité de la demande d'avis au titre de l'article 64, paragraphe 2, du RGPD

² Voir définition à la section 2.1.1 du présent avis.

³ Demande d'avis au titre de l'article 64, paragraphe 2, du RGPD (ci-après la «demande»), section I («Introduction»), p. 1.

⁴ Demande, section II («Contexte et motivation de la présente demande»), A. Cadre juridique concernant la notion fondamentale de consentement, p. 2. À cet égard, voir les lignes directrices 5/2020 du CEPD sur le consentement au sens du règlement (UE) 2016/679, adoptées le 4 mai 2020 (ci-après les «lignes directrices du CEPD sur le consentement»), point 24.

⁵ Demande, section II («Contexte et motivation de la présente demande»), B. La relation entre le consentement et les modèles «consentir ou payer», p. 3. Voir l'arrêt de la Cour de justice de l'Union européenne du 4 juillet 2023, *Meta Platforms Inc./Bundeskartellamt*, C-252/21, EU:C:2023:537 (ci-après l'«arrêt *Bundeskartellamt* de la CJUE»). Plus précisément, les autorités de contrôle requérantes rappellent les points 143, 144 et 148 à 150 dudit arrêt.

⁶ Demande, section II («Contexte et motivation de la présente demande»), C. Évolutions actuelles et nécessité de clarté, p. 4. Plus précisément, les autorités de contrôle requérantes joignent à la demande des orientations nationales fournissant des critères généraux pour les modèles «consentir ou payer» émises par les autorités de contrôle allemandes (Hambourg), autrichiennes et françaises.

7. L'article 64, paragraphe 2, du RGPD, dispose que toute autorité de contrôle, notamment, peut demander que toute question d'application générale ou produisant des effets dans plusieurs États membres soit examinée par le comité en vue d'obtenir un avis.
8. Les autorités de contrôle requérantes précisent dans la demande que «du point de vue de la protection des données, il n'existe actuellement aucune réponse cohérente à l'échelle européenne à la question susmentionnée⁷ concernant la validité du consentement lorsqu'il s'agit de modèles "consentir ou payer"⁸. Elles soulignent en outre que cette situation «est préoccupante étant donné que ce problème est [...] inextricablement lié à l'interprétation de la notion de consentement et, partant, à une question d'application générale concernant une notion clé du RGPD»⁹.
9. La demande porte sur l'interprétation cohérente de la notion de consentement, et plus particulièrement sur les circonstances dans lesquelles le consentement recueilli par les grandes plateformes en ligne traitant des données à caractère personnel à des fins de publicité comportementale et déployant des modèles «consentir ou payer» peut être considéré comme valable. En conséquence, le comité considère que la demande porte sur une «question d'application générale» au sens de l'article 64, paragraphe 2, du RGPD. En particulier, elle concerne des questions qui sont liées à la mise en œuvre pratique de dispositions clés du RGPD et pour lesquelles, à l'heure actuelle, il n'existe pas d'interprétation cohérente au niveau de l'UE. On peut donc soutenir qu'il existe un intérêt général à examiner cette question sous la forme d'un avis du CEPD afin de garantir l'application uniforme du RGPD. La mise en place de modèles «consentir ou payer» par les grandes plateformes en ligne soulève des questions spécifiques: ainsi que l'ont souligné les autorités de contrôle requérantes, «cette absence d'approche uniforme constitue une question particulièrement pressante lorsqu'il s'agit de grandes plateformes en ligne qui attirent des millions de personnes concernées en Europe. On peut affirmer que, plus particulièrement dans le cas de ces grandes plateformes en ligne, une approche uniforme est nécessaire pour toute question d'application générale liée à ce type de responsables du traitement, compte tenu du fait que ces plateformes sont actives dans tous les États membres de l'UE et de l'EEE et que tout modèle "consentir ou payer" mis en place par les responsables du traitement exploitant ce type de grandes plateformes en ligne touchera des millions de personnes concernées en Europe»¹⁰.
10. La demande comporte une motivation écrite sur le contexte et les raisons justifiant la soumission de la question au comité, y compris sur le cadre juridique applicable, sur la relation existant entre le consentement et les modèles «consentir ou payer», sur les évolutions actuelles de la jurisprudence de la CJUE, ainsi que sur le besoin de clarté et sur la nécessité d'une interprétation cohérente¹¹. Par conséquent, le comité considère que la demande est motivée conformément à l'article 10, paragraphe 3, du règlement intérieur du CEPD¹².

⁷ Voir point 3 du présent avis.

⁸ Demande, section II («Contexte et motivation de la présente demande»), C. Évolutions actuelles et nécessité de clarté, p. 4.

⁹ Demande, section II («Contexte et motivation de la présente demande»), C. Évolutions actuelles et nécessité de clarté, p. 4.

¹⁰ Demande, section II («Contexte et motivation de la présente demande»), C. Évolutions actuelles et nécessité de clarté, p. 5.

¹¹ Demande, section II («Contexte et motivation de la présente demande»), p. 1 à 5.

¹² L'article 10, paragraphe 3, du règlement intérieur du CEPD dispose ce qui suit: «[I]es demandes présentées sont motivées conformément à l'article 64, paragraphe 2, du RGPD».

11. Conformément à l'article 64, paragraphe 3, du RGPD, le CEPD émet un avis sur la question à condition qu'il n'ait pas déjà émis un avis sur la même question¹³. Comme expliqué plus en détail à la section 3.4 ci-dessous, le CEPD n'a pas émis d'avis sur la même question et n'a pas encore répondu aux questions découlant de la demande.
12. Pour ces motifs, le comité estime que la demande est recevable et qu'il y a lieu d'analyser les questions qui en découlent dans le présent avis (ci-après l'«avis») adopté conformément à l'article 64, paragraphe 2, du RGPD.
13. La section qui suit définit les notions de modèle «consentir ou payer», de «publicité comportementale» et de «grandes plateformes en ligne» aux fins du présent avis, et décrit le champ d'application dudit avis.

2 DÉFINITIONS ET CHAMP D'APPLICATION DE L'AVIS

2.1 Définitions

2.1.1 Définition de la notion de modèle «consentir ou payer»

14. Les modèles «consentir ou payer»¹⁴ 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. Le présent avis se concentrera sur les modèles dans lesquels le consentement peut être donné pour le traitement de données à caractère personnel à des fins de publicité comportementale.
15. Si elles optent pour la première option mentionnée ci-dessus, les personnes concernées n'ont accès au service que si elles consentent à être suivies et ciblées par le responsable du traitement au moyen de la publicité comportementale. Dans ce cas, le modèle commercial du responsable du traitement est généralement financé par la publicité en ligne fondée sur le comportement des utilisateurs.
16. Si elles optent pour la seconde option, les personnes concernées versent une rémunération (qui peut prendre la forme, par exemple, d'un abonnement hebdomadaire, mensuel ou annuel, ou encore un d'un paiement unique)¹⁵ et sont autorisées à accéder à une version du service qui n'inclut pas le traitement de leurs données à caractère personnel à des fins de publicité comportementale. Toutefois, il convient de noter que, bien que cette seconde option puisse impliquer que les personnes concernées ne soient pas du tout suivies, elle pourrait également impliquer que les personnes concernées fassent tout de même l'objet d'un suivi à des fins différentes, par exemple pour analyser l'utilisation d'un site web en vue d'améliorer ses fonctionnalités. En tout état de cause, le CEPD rappelle que ces finalités

¹³ Article 64, paragraphe 3, du RGPD, et article 10, paragraphe 4, du règlement intérieur du CEPD.

¹⁴ Voir également, à cet égard, les documents adoptés au niveau national, tels que i) autorité de contrôle autrichienne (DSB), *FAQ zum Thema Cookies und Datenschutz*, 20 décembre 2023, ii) autorité de contrôle française (CNIL), *Cookie walls: la CNIL publie des premiers critères d'évaluation*, 16 mai 2022, et iii) la Conférence des autorités indépendantes allemandes chargées de la protection des données (DSK), *Beschluss der Konferenz der unabhängigen Datenschutzaufsichtsbehörden des Bundes und der Länder*, 22 mars 2023.

¹⁵ En pareils cas, l'abonnement payant peut également varier en fonction des services auxquels l'utilisateur accède, par exemple un service de base pour le premier niveau d'abonnement, ou un niveau d'abonnement additionnel pour des services ou fonctionnalités supplémentaires/complémentaires.

doivent être légitimes et déterminées et que le traitement doit être fondé sur un motif licite en vertu du RGPD. En outre, des cookies ou des technologies de suivi pourraient être utilisés malgré tout, dans la version payante du service, à des fins autres que la publicité comportementale. Si une technologie utilisée implique le stockage d'informations, ou l'accès aux informations déjà stockées, sur l'équipement terminal, celle-ci est soumise au respect du RGPD et, le cas échéant, de l'article 5, paragraphe 3, de la directive «vie privée et communications électroniques».

17. Si, dans le cadre des modèles «consentir ou payer» examinés dans le présent avis, une personne concernée se voit généralement refuser l'accès au service dès lors qu'elle ne consent pas au traitement de ses données à caractère personnel à des fins de publicité comportementale et qu'elle ne verse pas de rémunération, le CEPD souligne qu'une autre solution, sans publicité comportementale et gratuite, peut être proposée aux personnes concernées, comme décrit plus en détail à la section 4.2.1.1 ci-dessous.

2.1.2 Définition de la notion de «publicité comportementale»

18. Le CEPD observe que les mécanismes permettant de proposer aux personnes concernées des publicités en ligne personnalisées se sont multipliés au fil du temps. Leur degré de sophistication s'est également accru. Les utilisateurs peuvent être ciblés par de la publicité personnalisée sur la base de différents critères et techniques, y compris sur la base d'informations au sujet de leur comportement en ligne et hors ligne.
19. La publicité comportementale, qui suppose l'établissement de profils détaillés des personnes concernées, est devenue une caractéristique essentielle de certains modèles commerciaux dans l'environnement en ligne actuel. Dans l'avis 2/2010 du groupe de travail «article 29» (G29) sur la publicité comportementale en ligne, la «publicité comportementale» est définie comme une «forme de publicité qui repose sur l'observation du comportement des individus au fil du temps»¹⁶. Le groupe de travail «article 29» a également souligné que la publicité comportementale «vise à étudier les caractéristiques de ce comportement à travers leurs actions (visites successives de sites, interactions, mots clés, production de contenu en ligne, etc.) pour établir un profil spécifique et proposer aux personnes concernées des publicités adaptées à leurs centres d'intérêt ainsi déduits»¹⁷.
20. Comme expliqué dans l'avis du G29 mentionné ci-dessus, la publicité comportementale repose sur des données collectées en observant l'activité des utilisateurs au fil du temps (par exemple, à partir des pages qu'ils visitent, du temps qu'ils passent sur une page affichant un produit donné, du nombre de reconnections à une page, des mentions «j'aime», ou de leur localisation). Dans ces cas, le suivi des utilisateurs s'effectue au moyen de cookies ou d'autres technologies de suivi similaires (par exemple, des modules sociaux ou des pixels). Les utilisateurs peuvent être suivis sur différents sites web par différents acteurs (par exemple, les plateformes ou des courtiers en données)¹⁸. Les données collectées, qui peuvent, dans certains cas, être agrégées avec des données fournies de manière active par l'utilisateur (par exemple, lorsqu'il crée un compte en ligne ou lorsqu'il se connecte sur un site web), ou avec des données hors ligne, permettent aux entreprises de déduire des informations sur les

¹⁶ Groupe de travail «article 29», avis 2/2010 sur la publicité comportementale en ligne, WP 171, adopté le 22 juin 2010 (ci-après l'«avis du G29 sur la publicité comportementale en ligne»), p. 5.

¹⁷ Avis du G29 sur la publicité comportementale en ligne, p. 5.

¹⁸ Lignes directrices 8/2020 du CEPD sur le ciblage des utilisateurs de médias sociaux, version 2.0, adoptées le 13 avril 2021 (ci-après les «lignes directrices du CEPD sur le ciblage»), point 3.

utilisateurs et de tirer des conclusions sur leurs préférences, leurs goûts et leurs intérêts¹⁹. Plusieurs activités de traitement ont lieu lorsque les responsables du traitement traitent des données à caractère personnel à des fins de publicité comportementale. Il s'agit notamment du suivi du comportement des personnes concernées, de la collecte de données à caractère personnel et de leur analyse aux fins de la création et de la constitution des profils des utilisateurs, du partage de données à caractère personnel avec des tiers dans le cadre de la création et de la constitution des profils des utilisateurs ou de la mise en relation des annonceurs avec les éditeurs, de la proposition aux personnes concernées de publicités personnalisées sur la base du profil ainsi dressé, ou encore de l'analyse de l'interaction des utilisateurs avec les publicités affichées sur la base de leur profil.

21. C'est pourquoi la publicité comportementale est considérée comme une forme de publicité particulièrement intrusive, dans la mesure où elle peut fournir aux responsables du traitement une vue très détaillée de la vie personnelle des utilisateurs. En outre, comme le CEPD l'a rappelé dans ses lignes directrices 8/2020 sur le ciblage des utilisateurs de médias sociaux, elle présente des risques importants pour les libertés et droits fondamentaux des personnes concernées, y compris la possibilité de discrimination et d'exclusion et la manipulation éventuelle des utilisateurs²⁰.

2.1.3 Définition de la notion de «grandes plateformes en ligne» aux fins du présent avis

22. Le présent avis porte essentiellement sur les modèles «consentir ou payer» mis en place par les «responsables du traitement des “grandes plateformes en ligne” qui attirent un grand nombre d'utilisateurs dans l'EEE»²¹. Il est important de déterminer le type de plateformes qui entrent dans le champ d'application du présent avis.
23. Le CEPD rappelle que la notion de «plateformes en ligne» n'est pas définie dans le RGPD. Il convient donc d'en préciser le sens. Aux fins du présent avis, la notion de «plateformes en ligne» peut couvrir, sans s'y limiter, les «plateformes en ligne» telles que définies à l'article 3, point i), du règlement sur les services numériques²².
24. Dans les paragraphes qui suivent, le CEPD souligne certains éléments à évaluer, au cas par cas, pour déterminer si un responsable du traitement doit être considéré comme une «grande plateforme en ligne» aux fins du présent avis. Compte tenu du fait que certains éléments peuvent être plus pertinents pour certains responsables du traitement que pour d'autres, cette liste d'éléments n'est ni une énumération exhaustive ni une énumération d'exigences cumulatives; elle vise plutôt à fournir une

¹⁹ Avis du G29 sur la publicité comportementale en ligne, p. 8 [«Il existe deux grandes méthodes de constitution de profils d'utilisateurs: i) les profils prédictifs sont établis par déduction en observant le comportement individuel et collectif des utilisateurs dans le temps, notamment en suivant les pages visitées et les publicités qu'ils ont vues ou sur lesquelles ils ont cliqué; ii) les profils explicites sont établis à partir des données à caractère personnel que les personnes concernées fournissent elles-mêmes à un service web, notamment par leur inscription. Ces deux méthodes peuvent être combinées. En outre, les profils prédictifs peuvent devenir explicites plus tard, lorsqu'une personne concernée s'identifie pour entrer sur un site web»].

²⁰ Lignes directrices du CEPD sur le ciblage, points 9 à 18.

²¹ Demande, section I («Introduction»), p. 3.

²² L'article 3, point i), du règlement sur les services numériques définit la «plateforme en ligne» comme «un service d'hébergement qui, à la demande d'un destinataire du service, stocke et diffuse au public des informations, à moins que cette activité ne soit une caractéristique mineure et purement accessoire d'un autre service ou une fonctionnalité mineure du service principal qui, pour des raisons objectives et techniques, ne peut être utilisée sans cet autre service, et pour autant que l'intégration de cette caractéristique ou de cette fonctionnalité à l'autre service ne soit pas un moyen de contourner l'applicabilité du présent règlement».

indication des aspects qui peuvent amener à considérer un responsable du traitement comme une «grande plateforme en ligne» aux fins du présent avis.

25. Tout d'abord, les grandes plateformes en ligne sont des plateformes qui attirent un grand nombre de personnes concernées en tant qu'utilisateurs.
26. La position de l'entreprise sur le marché constitue un autre élément pouvant être pertinent pour déterminer si le responsable du traitement peut être considéré comme une «grande plateforme en ligne».
27. Un élément supplémentaire à prendre en considération pour déterminer si un responsable du traitement peut être qualifié de «grande plateforme en ligne» est de savoir s'il effectue un traitement «à grande échelle». Le CEPD rappelle que le RGPD ne définit pas ce qui constitue un traitement à grande échelle, bien que le considérant 91 du RGPD fournisse quelques orientations. Toutefois, le groupe de travail «article 29» a donné des orientations (approuvées par le CEPD) sur la signification du traitement «à grande échelle» dans le contexte de l'article 37, paragraphe 1, points b) et c), du RGPD, et plus particulièrement sur les facteurs à prendre en considération pour déterminer si le traitement est effectué à grande échelle. Ces éléments sont également pertinents aux fins du présent avis. Ils comprennent, par exemple, le nombre de personnes concernées, le volume des données ou l'étendue géographique de l'activité de traitement²³.
28. La définition peut couvrir, entre autres, certains responsables du traitement des «très grandes plateformes en ligne», telles que définies dans le règlement sur les services numériques²⁴, ainsi que les «contrôleurs d'accès», tels que définis dans le règlement sur les marchés numériques²⁵.

²³ Voir, à cet égard, les lignes directrices du groupe de travail «article 29» concernant les délégués à la protection des données (DPD), WP 243 rev.01, telles que révisées et adoptées en dernier lieu le 5 avril 2017, approuvées par le CEPD le 25 mai 2018, p. 7 à 9, ainsi que les lignes directrices du groupe de travail «article 29» concernant l'analyse d'impact relative à la protection des données (AIPD) et la manière de déterminer si le traitement est «susceptible d'engendrer un risque élevé» aux fins du règlement (UE) 2016/679, WP 248 rev.01, telles que révisées et adoptées en dernier lieu le 4 octobre 2017, approuvées par le CEPD le 25 mai 2018, p. 10.

²⁴ En vertu de l'article 33, paragraphe 1, du règlement (UE) 2022/2065 du Parlement européen et du Conseil du 19 octobre 2022 relatif à un marché unique des services numériques et modifiant la directive 2000/31/CE (règlement sur les services numériques) (ci-après le «règlement sur les services numériques»), les très grandes plateformes en ligne sont des plateformes en ligne «qui ont un nombre mensuel moyen de destinataires actifs du service dans l'Union égal ou supérieur à 45 millions», et qui sont désignées par la Commission européenne «comme des très grandes plateformes en ligne» en vertu de l'article 33, paragraphe 4, dudit règlement. Conformément à l'article 3, point i), du règlement sur les services numériques, une plateforme en ligne est un service d'hébergement qui, à la demande d'un destinataire du service, stocke et diffuse au public des informations.

²⁵ En vertu de l'article 3, paragraphe 1, du 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) (ci-après le «règlement sur les marchés numériques»), les contrôleurs d'accès sont des entreprises qui répondent aux trois exigences cumulatives suivantes: i) elles ont un poids important sur le marché intérieur; ii) elles fournissent un service de plateforme essentiel qui constitue un point d'accès majeur permettant aux entreprises utilisatrices d'atteindre leurs utilisateurs finaux; et iii) elles jouissent d'une position solide et durable, dans leurs activités, ou jouiront, selon toute probabilité, d'une telle position dans un avenir proche. En vertu de l'article 2, point 2), les services de plateforme essentiels comprennent les services suivants: a) les services d'intermédiation en ligne; b) les moteurs de recherche en ligne; c) les services de réseaux sociaux en ligne; d) les services de plateformes de partage de vidéos; e) les services de communications interpersonnelles non fondés sur la numérotation; f) les systèmes d'exploitation; g) les navigateurs internet; h) les assistants virtuels; i) les services d'informatique en

2.2 Champ d'application de l'avis

29. Le comité partage l'avis des autorités de contrôle requérantes selon lequel, du point de vue de la protection des données, les modèles «consentir ou payer» soulèvent des questions fondamentales, en particulier en ce qui concerne l'interprétation et l'application de la notion de consentement, visée à l'article 8 de la charte des droits fondamentaux de l'Union européenne ainsi qu'aux articles 4, 5, 6 et 7 du RGPD.
30. S'il convient de rappeler que la notion de consentement figurant dans le RGPD s'applique à tout responsable du traitement cherchant à s'appuyer sur cette base juridique, le présent avis se concentre sur les questions spécifiques qui se posent en rapport avec la validité du consentement demandé par les grandes plateformes en ligne qui déploient des modèles «consentir ou payer», tels que mis en cause dans la demande. Il se peut que ces plateformes soient dans une situation unique en ce qui concerne certains critères de validité du consentement, par exemple l'existence d'un déséquilibre de pouvoir. Dans le présent avis, il convient de comprendre l'expression «responsable(s) du traitement» comme englobant les grandes plateformes en ligne telles que définies à la section 2.1.3 ci-dessus.
31. À la lumière de ce qui précède, le présent avis se rapporte et se limite à l'appréciation de la validité du consentement lorsque celui-ci est utilisé comme base juridique pour traiter des données à caractère personnel à des fins de publicité comportementale dans le cadre des modèles «consentir ou payer» déployés par les grandes plateformes en ligne. Les facteurs mis en évidence dans le présent avis s'appliqueront généralement aux grandes plateformes en ligne, mais pas exclusivement. Certaines des considérations exprimées dans le présent avis peuvent s'avérer utiles de manière plus générale pour l'application de la notion de consentement dans le cadre des modèles «consentir ou payer».
32. Le CEPD rappelle que, conformément à l'article 51, paragraphe 1, du RGPD, les autorités de contrôle sont «chargées de surveiller l'application du [RGPD], afin de protéger les libertés et droits fondamentaux des personnes physiques à l'égard du traitement et de faciliter le libre flux des données à caractère personnel au sein de l'Union»²⁶. En outre, conformément à l'article 51, paragraphe 2, du RGPD, «[c]haque autorité de contrôle contribue à l'application cohérente du [RGPD] dans l'ensemble de l'Union». Il relève donc de la compétence des autorités de contrôle d'apprécier la validité du consentement utilisé comme base juridique pour le traitement des données à caractère personnel, y compris lorsque ce consentement est recueilli par le biais de modèles «consentir ou payer» dans lesquels des données à caractère personnel sont traitées à des fins de publicité comportementale.
33. Conformément à ce qui précède, le présent avis fournit un cadre permettant aux responsables du traitement et aux autorités de contrôle d'apprécier la validité du consentement dans le cadre des modèles «consentir ou payer» en abordant successivement chacune des exigences constitutives du consentement au sens du RGPD. Il y a lieu de noter qu'une évaluation au cas par cas des critères demeure nécessaire.

3 CADRE JURIDIQUE

3.1 Dispositions pertinentes du RGPD

nuage; j) les services de publicité en ligne, y compris tout réseau publicitaire, échange publicitaire et autre service d'intermédiation publicitaire, fourni par une entreprise qui met à disposition n'importe lequel des services de plateforme essentiels énumérés aux points a) à i).

²⁶ Voir également l'article 57, paragraphe 1, du RGPD, qui énumère les missions des autorités de contrôle.

34. Aux fins du présent avis, le CEPD considère que les principales dispositions pertinentes du RGPD comprennent les articles 4, 5, 6 et 7, ainsi que les considérants 32, 42 et 43.
35. L'article 4, point 11), du RGPD, définit le consentement comme «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 traitement». Le consentement donné par la personne concernée est l'un des motifs licites autorisant le traitement des données à caractère personnel, ainsi que le précise l'article 6, paragraphe 1, point a), du RGPD²⁷.
36. En outre, il importe également de rappeler l'obligation pour les responsables du traitement de traiter les données à caractère personnel conformément à toutes les dispositions applicables du RGPD, et en particulier aux principes de protection des données énoncés à l'article 5 du RGPD²⁸ ainsi qu'aux principes de protection des données dès la conception et de protection des données par défaut énoncé à l'article 25 du RGPD²⁹.
37. L'article 7 ainsi que les considérants 32, 42 et 43 du RGPD, prévoient des obligations et des orientations supplémentaires sur la manière dont les responsables du traitement doivent se conformer aux principaux éléments des exigences en matière de consentement.
38. En particulier, l'article 7 du RGPD fixe les conditions déterminant la validité du consentement et dispose, premièrement, que «[d]ans les cas où le traitement repose sur le consentement, le responsable du traitement est en mesure de démontrer que la personne concernée a donné son consentement au traitement de données à caractère personnel la concernant». Cette condition est également liée au principe de responsabilité énoncé à l'article 5, paragraphe 2, du RGPD.
39. L'article 7, paragraphe 2, du RGPD, dispose que «[s]i le consentement de la personne concernée est donné dans le cadre d'une déclaration écrite qui concerne également d'autres questions, la demande de consentement est présentée sous une forme qui la distingue clairement de ces autres questions, sous une forme compréhensible et aisément accessible, et formulée en des termes clairs et simples» et que «[a]ucune partie de cette déclaration qui constitue une violation du [RGPD] n'est contraignante».
40. L'article 7, paragraphe 3, souligne le droit de la personne concernée de retirer son consentement à tout moment. À cet égard, le «retrait du consentement ne compromet pas la licéité du traitement fondé sur le consentement effectué avant ce retrait». La personne concernée en est informée avant

²⁷ Plus précisément, l'article 6, paragraphe 1, point a), du RGPD dispose que «[l]e traitement n'est licite que si, et dans la mesure où, au moins une des conditions suivantes est remplie: a) la personne concernée a consenti au traitement de ses données à caractère personnel pour une ou plusieurs finalités spécifiques».

²⁸ Voir également le point 58 des lignes directrices du CEPD sur le ciblage, aux termes duquel «[l]e CEPD rappelle que l'obtention d'un consentement n'annule pas ou ne diminue pas de quelque façon que ce soit l'obligation imposée au responsable du traitement de respecter les principes relatifs au traitement énoncés dans le RGPD, notamment en son article 5 concernant la loyauté, la nécessité, la proportionnalité ainsi que la qualité des données. Même si le traitement des données à caractère personnel est basé sur le consentement de la personne concernée, cela ne légitimerait pas un ciblage disproportionné ou injuste». Voir également les lignes directrices du CEPD sur le consentement, point 5.

²⁹ Voir les lignes directrices 4/2019 du CEPD relatives à l'article 25, «Protection des données dès la conception et protection des données par défaut», version 2.0, adoptées le 20 octobre 2020 (ci-après les «lignes directrices sur la protection des données dès la conception et sur la protection par défaut»).

de donner son consentement. Le RGPD précise également qu'il doit être «aussi simple de retirer que de donner son consentement».

41. L'article 7, paragraphe 4, du RGPD, dispose que «[a]u moment de déterminer si le consentement est donné librement, il y a lieu de tenir le plus grand compte de la question de savoir, entre autres, si l'exécution d'un contrat, y compris la fourniture d'un service, est subordonnée au consentement au traitement de données à caractère personnel qui n'est pas nécessaire à l'exécution dudit contrat».

3.2 Autres instruments juridiques

42. Le CEPD est conscient du fait que certains aspects des modèles «consentir ou payer» pourraient également relever d'autres instruments juridiques de l'UE qu'il est utile de rappeler, bien qu'ils échappent au champ d'application du présent avis.
43. Le CEPD rappelle que la notion de «consentement» au sens du RGPD est également pertinente aux fins de l'application de la directive «vie privée et communications électroniques»³⁰ et des législations nationales d'exécution³¹. L'article 2, point f), de la directive «vie privée et communications électroniques» dispose en outre que le consentement d'un utilisateur ou d'un abonné correspond au consentement de la personne concernée figurant dans le RGPD. Bien que le présent avis se concentre sur l'interprétation du consentement en tant que base juridique du traitement des données à caractère personnel au titre de l'article 6, paragraphe 1, point a), du RGPD, les considérations qu'il expose concernant la notion de consentement sont donc également pertinentes aux fins de la directive «vie privée et communications électroniques» en tant que *lex-specialis*³².
44. Le CEPD observe que certains aspects de la question soulevée par la demande sont également pertinents pour le droit des consommateurs et le droit de la concurrence et qu'ils peuvent également être traités dans le cadre d'instruments juridiques tels que, entre autres, la directive 2005/29/CE relative aux pratiques commerciales déloyales³³. Même si le présent avis ne porte pas sur ces autres domaines du droit ou ces autres instruments juridiques, il peut se référer aux notions ou règles qui y

³⁰ 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»), modifiée par la directive 2006/24/CE et la directive 2009/136/CE.

³¹ Voir le considérant 173 du RGPD, qui clarifie la relation *lex specialis-lex generalis* entre la directive 2002/58/CE et le RGPD.

³² Par exemple, l'article 5, paragraphe 3, de la directive «vie privée et communications électroniques» en vertu duquel le consentement préalable est nécessaire pour le stockage d'informations, ou l'obtention de l'accès à des informations déjà stockées, dans l'équipement terminal, sauf exception. Voir l'avis 5/2019 du CEPD relatif aux interactions entre la directive «vie privée et communications électroniques» et le RGPD, en particulier en ce qui concerne la compétence, les missions et les pouvoirs des autorités de protection des données, adopté le 12 mars 2019, point 40.

³³ Directive 2005/29/CE du Parlement européen et du Conseil du 11 mai 2005 relative aux pratiques commerciales déloyales des entreprises vis-à-vis des consommateurs dans le marché intérieur et modifiant la directive 84/450/CEE du Conseil et les directives 97/7/CE, 98/27/CE et 2002/65/CE du Parlement européen et du Conseil et le règlement (CE) n° 2006/2004 du Parlement européen et du Conseil («directive sur les pratiques commerciales déloyales»). Parmi les autres instruments juridiques pertinents du point de vue du droit des consommateurs figurent, par exemple, la directive 2011/83/UE du Parlement européen et du Conseil du 25 octobre 2011 relative aux droits des consommateurs et la directive 93/13/CEE du Conseil du 5 avril 1993 concernant les clauses abusives dans les contrats conclus avec les consommateurs.

figurent pour élaborer des critères d'analyse pertinents et favoriser une application cohérente du droit de l'Union.

45. Le CEPD est conscient que la directive (UE) 2019/770 relative à certains aspects concernant les contrats de fourniture de contenus numériques et de services numériques (ci-après la «directive sur les contrats numériques»)³⁴ peut également être pertinente.
46. Le CEPD note en outre que certaines dispositions du règlement sur les marchés numériques³⁵, telles que l'article 5, paragraphe 2, établissent des règles spécifiques pour le traitement des données à caractère personnel effectué par les «contrôleurs d'accès»³⁶, et que l'article 5, paragraphe 2, dudit règlement fait référence à la notion de consentement au sens du RGPD.
47. En outre, le CEPD observe que le règlement sur les services numériques établit des obligations spécifiques pour les fournisseurs de plateformes en ligne, ainsi que pour les fournisseurs de très grandes plateformes en ligne³⁷. Le présent avis renvoie aux dispositions pertinentes du règlement sur les marchés numériques et du règlement sur les services numériques dans la mesure où cela est nécessaire pour favoriser une application cohérente du droit de l'Union³⁸.
48. Compte tenu du fait que le droit de la concurrence et le droit en matière de protection des consommateurs sont pertinents pour certains aspects des modèles «consentir ou payer», le CEPD a sollicité la contribution des régulateurs nationaux et de l'Union dans ces domaines du droit en ce qui concerne cette question.

3.3 Résumé de l'arrêt *Bundeskartellamt*

49. La CJUE a répondu à plusieurs questions dans son arrêt du 4 juillet 2023, lequel découle d'une demande de décision préjudicielle. La première des questions posées à la Cour demandait si, dans le cadre de l'enquête sur un éventuel abus de position dominante au regard du droit de la concurrence, une autorité de la concurrence pouvait examiner si l'entreprise en cause avait adopté un comportement non conforme au RGPD³⁹. Dans sa réponse, la Cour a souligné le devoir de coopération loyale liant les autorités de la concurrence et les autorités de contrôle de la protection des données⁴⁰.

³⁴ Directive (UE) 2019/770 du Parlement européen et du Conseil du 20 mai 2019 relative à certains aspects concernant les contrats de fourniture de contenus numériques et de services numériques (la «directive sur les contrats numériques»).

³⁵ Règlement (UE) 2022/1925 (règlement sur les marchés numériques).

³⁶ Les considérants 36 et 37 du règlement sur les marchés numériques sont également pertinents à cet égard.

³⁷ En particulier, l'article 33, paragraphe 1, du règlement sur les services numériques dispose que «[l]a présente section [section 5 dudit règlement] s'applique aux plateformes en ligne [...] qui ont un nombre mensuel moyen de destinataires actifs du service dans l'Union égal ou supérieur à 45 millions, et qui sont désigné[e]s comme des très grandes plateformes en ligne [...] en vertu du paragraphe 4».

³⁸ La jurisprudence constante de la CJUE prévoit que, lorsque deux actes juridiques de l'Union de même valeur hiérarchique n'établissent pas la primauté de l'un sur l'autre, ils doivent être appliqués de manière compatible, de façon à permettre une application cohérente de ces actes. Voir, par exemple, l'arrêt du Tribunal du 3 mai 2018, *Malte/Commission*, T-653/16, ECLI:EU:T:2018:241, point 137.

³⁹ Arrêt *Bundeskartellamt* de la CJUE, points 36 à 63.

⁴⁰ Arrêt *Bundeskartellamt* de la CJUE, point 53.

D'autres questions portaient sur l'interprétation de l'article 9 du RGPD⁴¹ et de l'article 6, paragraphe 1, du RGPD [points b), d), e) et f)]⁴².

50. Ainsi que l'ont rappelé les autorités de contrôle requérantes, la dernière question abordée dans l'arrêt *Bundeskartellamt* visait à déterminer si «le consentement donné par l'utilisateur d'un réseau social en ligne à l'opérateur d'un tel réseau peut être considéré comme satisfaisant aux conditions de validité prévues à l'article 4, point 11, [du RGPD], en particulier à celle selon laquelle ce consentement doit être donné librement, lorsque cet opérateur occupe une position dominante sur le marché des réseaux sociaux en ligne»⁴³.
51. La CJUE a tout d'abord rappelé la définition du consentement figurant à l'article 4, point 11), du RGPD, ainsi que l'article 7, paragraphe 4, et les considérants 42 et 43 du RGPD⁴⁴. Ainsi qu'il a été relevé dans la demande, la CJUE a précisé que l'existence d'une position dominante d'un fournisseur de réseaux sociaux en ligne «ne fait pas obstacle en tant que telle à ce que les utilisateurs d'un tel réseau puissent valablement consentir, au sens de l'article 4, point 11, [du RGPD], au traitement de leurs données à caractère personnel, effectué par cet opérateur»⁴⁵.
52. Toutefois, la CJUE a précisé qu'une position dominante constitue «un élément important pour déterminer si le consentement a effectivement été donné valablement et, notamment, librement, ce qu'il incombe audit opérateur de prouver»⁴⁶. En effet, cette circonstance «est susceptible d'affecter la liberté de choix de cet utilisateur qui pourrait ne pas être en mesure de refuser ou de retirer son consentement sans subir un préjudice»⁴⁷ et «est susceptible de créer un déséquilibre manifeste [...] entre la personne concernée et le responsable du traitement»⁴⁸.
53. En outre, bien que ce ne soit pas au cœur de l'appréciation de la Cour, la CJUE a indiqué que, lorsqu'il apparaît que certaines opérations de traitement ne sont pas nécessaires à l'exécution d'un contrat⁴⁹, «[l]es utilisateurs doivent disposer de la liberté de refuser individuellement, dans le cadre du processus contractuel, de donner leur consentement à [ces opérations] 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 une rémunération appropriée, une option alternative équivalente non accompagnée de telles opérations de traitement de données»⁵⁰.

⁴¹ Une question relative à l'interprétation de l'article 9, paragraphe 1, du RGPD, est abordée par la Cour aux points 64 à 85 de son arrêt *Bundeskartellamt*.

⁴² Voir, plus précisément, les points 86 à 139 de l'arrêt *Bundeskartellamt* de la CJUE. Les points 86 et 97 à 126 de l'arrêt *Bundeskartellamt* de la CJUE concernent l'article 6, paragraphe 1, points b) et f), du RGPD. Les points 127 à 139 de l'arrêt *Bundeskartellamt* de la CJUE concernent l'article 6, paragraphe 1, points d) et e), du RGPD.

⁴³ Demande, section II («Contexte et motivation de la présente demande»), B. La relation entre le consentement et les modèles «consentir ou payer», p. 3, renvoyant au point 140 de l'arrêt *Bundeskartellamt* de la CJUE.

⁴⁴ Arrêt *Bundeskartellamt* de la CJUE, points 142 à 145.

⁴⁵ Voir l'arrêt *Bundeskartellamt* de la CJUE, point 154.

⁴⁶ Voir l'arrêt *Bundeskartellamt* de la CJUE, point 154.

⁴⁷ Arrêt *Bundeskartellamt* de la CJUE, point 148, renvoyant au considérant 42 du RGPD.

⁴⁸ Arrêt *Bundeskartellamt* de la CJUE, point 149, renvoyant au considérant 43 et à l'article 7, paragraphe 4, du RGPD.

⁴⁹ À cet égard, la Cour renvoie également, au point 149, aux points 102 à 104 plus haut.

⁵⁰ Demande, section II («Contexte et motivation de la présente demande»), B. La relation entre le consentement et les modèles «consentir ou payer», p. 3, renvoyant à l'arrêt *Bundeskartellamt* de la CJUE, point 150.

54. La CJUE a également souligné que le consentement «est présumé ne pas avoir été donné librement si un consentement distinct ne peut pas être donné à différentes opérations de traitement des données à caractère personnel, bien que cela soit approprié dans le cas d'espèce», en renvoyant au considérant 43 du RGPD. Elle a en outre pointé l'«ampleur du traitement des données» et l'«impact important de celui-ci sur les utilisateurs de ce réseau», ainsi que les attentes raisonnables des utilisateurs, comme des facteurs particulièrement importants en l'espèce. Cela étant, la CJUE a renvoyé les affaires devant la juridiction de renvoi, en indiquant qu'elle devait vérifier si les utilisateurs avaient la possibilité de donner leur consentement distinct pour le traitement des données relatives à leur comportement au sein du réseau social et des données collectées «hors plateforme»⁵¹.

3.4 Orientations existantes du CEPD

55. Diverses lignes directrices adoptées par le CEPD sont pertinentes aux fins du présent avis⁵². À cet égard, les lignes directrices 5/2020 du CEPD sur le consentement⁵³ sont particulièrement pertinentes. Elles portent sur les conditions déterminant la liberté de consentement des personnes concernées, ainsi que sur les autres éléments caractérisant un consentement valable. Toutefois, les lignes directrices 5/2020 ne répondent pas pleinement à la question soumise au CEPD par les autorités de contrôle requérantes, étant donné qu'elles n'expliquent pas comment les orientations générales du CEPD sur le consentement devraient être appliquées dans le contexte des modèles «consentir ou payer» mis en place par les grandes plateformes en ligne qui attirent un grand nombre d'utilisateurs dans l'EEE et traitent leurs données à caractère personnel à des fins de publicité comportementale en se fondant sur le consentement⁵⁴. Par conséquent, il convient que le CEPD réponde à la question soulevée dans la demande en émettant un avis au titre de l'article 64, paragraphe 2, du RGPD.
56. Étant donné que le présent avis vise à fournir un cadre au regard duquel les modèles «consentir ou payer» mis en place par les grandes plateformes en ligne peuvent être évalués, chacune des exigences cumulatives qui constituent le consentement au titre du RGPD sera examinée successivement.

4 ÉVALUATION DU CEPD

4.1 Principes et observations générales

57. L'article 5 du RGPD énonce les principes applicables au traitement des données à caractère personnel. À cet égard, le CEPD a déjà précisé que l'obtention du consentement ne dispense pas le responsable du traitement de respecter l'ensemble des principes énoncés à l'article 5 du RGPD⁵⁵ (ainsi que les autres obligations prévues par le RGPD). **Même si le traitement est fondé sur le consentement, il ne**

⁵¹ Arrêt *Bundeskartellamt* de la CJUE, point 151.

⁵² Il s'agit notamment des lignes directrices du CEPD sur le consentement, ainsi que des lignes directrices du CEPD sur le ciblage.

⁵³ Lignes directrices du CEPD sur le consentement.

⁵⁴ Dans les lignes directrices du CEPD sur le consentement, le comité a précisé sa position sur les «cookie walls», dans le cadre desquels les personnes concernées ont le choix entre consentir au stockage d'informations sur leur équipement terminal ou renoncer au service. Il s'agit d'un exemple de situation dans laquelle le consentement donné par les personnes concernées ne peut être considéré comme «donné librement».

⁵⁵ Lignes directrices du CEPD sur le consentement, point 5 («En outre, l'obtention d'un consentement n'annule pas ou ne diminue pas de quelque façon que ce soit l'obligation imposée au responsable du traitement de respecter les principes relatifs au traitement énoncés dans le RGPD»).

justifie pas la collecte de données à caractère personnel au-delà de ce qui est nécessaire à la finalité spécifique ou d'une manière qui soit déloyale à l'égard des personnes concernées⁵⁶.

58. Le traitement devrait respecter les principes de **nécessité et de proportionnalité**⁵⁷. Le respect des principes de **limitation de la finalité et de minimisation des données**⁵⁸ revêt une importance cruciale. Conformément au principe de limitation de la finalité, les données à caractère personnel doivent être collectées pour des finalités déterminées, explicites et légitimes⁵⁹. Il incombe aux responsables du traitement de définir clairement les finalités du traitement, y compris en ce qui concerne le traitement effectué à des fins de publicité comportementale⁶⁰. En outre, les responsables du traitement doivent veiller au respect du principe de minimisation des données⁶¹, selon lequel les données à caractère personnel doivent être adéquates, pertinentes et limitées à ce qui est nécessaire au regard des finalités pour lesquelles elles sont traitées, et qui donne expression au principe de proportionnalité⁶². À cet égard, les responsables du traitement devraient tout d'abord déterminer s'il est même nécessaire de traiter des données à caractère personnel au regard des finalités qui sont les leurs et **vérifier si les finalités pertinentes peuvent être atteintes par des moyens moins intrusifs, ou en traitant moins de données à caractère personnel**, ou en disposant de données à caractère personnel moins détaillées ou moins agrégées⁶³. La section 4.2.1.1 ci-dessous est pertinente à cet égard.
59. Le CEPD note que la publicité comportementale peut impliquer de collecter et de compiler autant de données à caractère personnel que possible sur les individus et leurs activités, en suivant potentiellement toute leur vie, en ligne et hors ligne⁶⁴. Le CEPD estime que l'ampleur et le caractère intrusif du traitement doivent être pris en considération lors de l'évaluation du respect du principe de minimisation des données. Le suivi excessif, qui comprend la combinaison de différentes sources de données sur différents sites web, est donc plus difficile à concilier avec le principe de minimisation des données que, par exemple, un système de publicité personnalisée dans lequel les utilisateurs eux-mêmes déterminent de manière active et consciente leurs propres préférences.
60. Les activités de traitement devraient toujours respecter le principe de **loyauté**⁶⁵. Parmi les éléments clés du principe de loyauté figurent, entre autres, la nécessité que le traitement corresponde aux attentes raisonnables des personnes concernées, l'obligation pour le responsable du traitement de ne

⁵⁶ Lignes directrices du CEPD sur le consentement, point 5 («Ainsi, même si le traitement de données à caractère personnel a reçu le consentement de la personne concernée, cela ne justifie pas la collecte de données excessives au regard d'une finalité spécifique de traitement, ce qui serait foncièrement abusif»).

⁵⁷ Lignes directrices du CEPD sur le consentement, point 5 («En outre, l'obtention d'un consentement n'annule pas ou ne diminue pas de quelque façon que ce soit l'obligation imposée au responsable du traitement de respecter les principes relatifs au traitement énoncés dans le RGPD, notamment en son article 5 concernant la loyauté, la nécessité, la proportionnalité ainsi que la qualité des données»).

⁵⁸ Article 5, paragraphe 1, points b) et c), du RGPD.

⁵⁹ Lignes directrices du CEPD sur la protection des données dès la conception et sur la protection des données par défaut, section 3.4.

⁶⁰ Lignes directrices du CEPD sur la protection des données dès la conception et sur la protection des données par défaut, point 72 (renvoyant aux éléments de «prédétermination» et de «spécificité» des finalités dans le cadre du principe de limitation de la finalité).

⁶¹ Lignes directrices du CEPD sur la protection des données dès la conception et sur la protection des données par défaut, sections 3.4 et 3.5.

⁶² Arrêt de la Cour du 22 juin 2021, Latvijas Republikas Saeima, C-439/19, EU:C:2021:504, point 98.

⁶³ Lignes directrices du CEPD sur la protection des données dès la conception et sur la protection des données par défaut, points 51 et 74.

⁶⁴ Voir section 2.1.2 ci-dessus.

⁶⁵ Article 5, paragraphe 1, point a), du RGPD.

pas discriminer injustement les personnes concernées ou d'exploiter leurs besoins ou vulnérabilités, la nécessité d'éviter ou de prendre en compte les déséquilibres de pouvoir, ainsi que la nécessité d'éviter tout langage ou toute conception trompeurs ou manipulateurs⁶⁶. À cet égard, le CEPD rappelle la nécessité d'éviter les modèles de conception trompeurs⁶⁷. En outre, le responsable du traitement devrait tenir compte de l'incidence au sens large du traitement sur les droits et la dignité des personnes, et accorder le plus haut degré d'autonomie possible aux personnes concernées⁶⁸. Il est essentiel que les responsables du traitement tiennent compte de ces éléments, en particulier lorsque le traitement qu'ils effectuent est particulièrement intrusif. Le CEPD note également que la loyauté peut servir de pierre angulaire ou de point de référence facilement compréhensible pour les responsables du traitement lors de l'évaluation d'un modèle «consentir ou payer». À cet égard, il importe que les responsables du traitement soient en mesure de démontrer pourquoi ils considèrent que certains choix sont conformes au principe de loyauté décrit au point précédent. Cela est particulièrement important si le responsable du traitement réduit l'éventail des choix offerts à la personne concernée (par exemple, en ne proposant pas d'option alternative gratuite sans publicité comportementale, comme décrit à la section 4.2.1.1 ci-dessous) ou risque d'influencer indûment le choix de la personne concernée (par exemple, en imposant une rémunération qui soit de nature à empêcher effectivement les personnes concernées de faire un choix libre).

61. Les responsables du traitement sont également censés respecter le principe de **transparence**. En application de ce principe, ceux-ci devraient permettre aux personnes concernées de comprendre facilement en quoi leur choix aura une influence sur le traitement de leurs données à caractère personnel⁶⁹. En ce qui concerne le consentement, celui-ci est décrit plus en détail à la section 4.2.2.
62. Conformément à l'article 25, paragraphe 1, du RGPD, le responsable du traitement est tenu de respecter le principe de **protection des données dès la conception**. Cela signifie qu'il doit mettre en œuvre des mesures techniques et organisationnelles appropriées, qui sont destinées à mettre en œuvre les principes relatifs à la protection des données et à assortir le traitement des garanties nécessaires pour répondre aux exigences et protéger les droits et libertés des personnes concernées⁷⁰.
63. En outre, conformément à l'article 25, paragraphe 2, du RGPD, le responsable du traitement est tenu de respecter le principe de **protection des données par défaut**. Cela signifie qu'il devrait choisir et répondre de la mise en œuvre des paramètres et des options de traitement par défaut, de manière que seul le traitement qui est strictement nécessaire pour atteindre la finalité licite prévue soit effectué par défaut. Cela signifie que, par défaut, le responsable du traitement ne doit ni collecter plus

⁶⁶ Lignes directrices du CEPD sur la protection des données dès la conception et sur la protection des données par défaut, point 70.

⁶⁷ Lignes directrices 3/2022 du CEPD sur les modèles de conception trompeurs dans les interfaces des plateformes de médias sociaux: comment les reconnaître et les éviter, version 2.0, adoptées le 14 février 2023 (ci-après les «lignes directrices du CEPD sur les modèles de conception trompeurs»).

⁶⁸ Lignes directrices du CEPD sur la protection des données dès la conception et sur la protection des données par défaut, point 70.

⁶⁹ Considérant 39 du RGPD; lignes directrices du G29 sur la transparence, point 4; lignes directrices du CEPD sur la protection des données dès la conception et sur la protection des données par défaut, point 66.

⁷⁰ Lignes directrices du CEPD sur la protection des données dès la conception et sur la protection des données par défaut, point 7.

de données que nécessaire, ni traiter les données collectées plus qu'il n'est nécessaire pour atteindre ses finalités, ni conserver les données plus longtemps que nécessaire⁷¹.

64. Les enfants bénéficient d'une protection spécifique, notamment en ce qui concerne le profilage et le marketing⁷². En particulier, les **enfants** ne devraient pas faire face à de la publicité comportementale⁷³ et, par extension, ne devraient pas être confrontés à des modèles «consentir ou payer» visant à obtenir le consentement pour un tel traitement.
65. Le principe de **responsabilité** énoncé à l'article 5, paragraphe 2, du RGPD, selon lequel le responsable du traitement est responsable et doit être en mesure de démontrer qu'il respecte les autres principes de l'article 5 du RGPD, revêt, à cet égard, une importance particulière⁷⁴. En ce qui concerne le consentement, l'article 7, paragraphe 1, dispose explicitement que le responsable du traitement doit être en mesure de démontrer que les personnes concernées ont consenti au traitement lorsqu'il s'appuie sur le consentement comme base juridique. Ainsi que la CJUE l'a souligné dans l'arrêt *Bundeskartellamt*⁷⁵, le responsable du traitement doit être en mesure de démontrer que le consentement de la personne concernée a été donné librement compte tenu des circonstances du traitement et que toutes les autres conditions d'un consentement valable étaient remplies.

4.2 Exigences relatives à la validité du consentement

66. Afin de répondre à la question de savoir dans quelles circonstances et conditions les modèles «consentir ou payer» ayant trait à la publicité comportementale peuvent être mis en place par les grandes plateformes en ligne d'une manière qui constitue un consentement valable et, en particulier, librement donné, le présent avis abordera successivement chacune des exigences cumulatives qui caractérisent le consentement au titre du RGPD.

4.2.1 Consentement donné librement

67. Le critère du «consentement donné librement» est essentiel à la compréhension du consentement en tant que base juridique du traitement des données à caractère personnel. Le caractère distinct du consentement en tant que fondement juridique du traitement réside dans le fait que c'est la décision de la personne concernée («manifestation de volonté [...] univoque par laquelle la personne concernée accepte»), et surtout sa liberté de choix lors de la prise de cette décision, qui détermine la légalité du traitement.
68. Les responsables du traitement doivent veiller à ce que les personnes concernées jouissent d'une réelle liberté de choix lorsqu'elles sont invitées à consentir au traitement de leurs données à caractère personnel, et ils ne peuvent limiter l'autonomie des personnes concernées en rendant le refus plus difficile que le consentement⁷⁶. Ce principe est également corroboré par l'un des principaux objectifs du RGPD, qui est de permettre aux personnes concernées d'exercer le contrôle sur leurs données à

⁷¹ Lignes directrices du CEPD sur la protection des données dès la conception et sur la protection des données par défaut, point 42.

⁷² Considérant 38 du RGPD.

⁷³ Voir également l'article 28, paragraphe 2, du règlement sur les services numériques.

⁷⁴ Voir, à cet égard, l'arrêt de la Cour du 24 février 2022, SIA «SS»/Valsts ieņēmumu dienests, C-175/20, ECLI:EU:C:2022:124, point 77.

⁷⁵ Arrêt *Bundeskartellamt* de la CJUE, point 152.

⁷⁶ Il en va de même pour le retrait du consentement, voir article 7, paragraphe 3, du RGPD.

caractère personnel⁷⁷. Pour que le consentement soit donné librement, les personnes concernées doivent pouvoir déterminer elles-mêmes si le traitement peut avoir lieu, sans influence inappropriée du responsable du traitement ou d'autres personnes⁷⁸, et elles doivent recevoir des informations appropriées sur le traitement⁷⁹.

69. Le CEPD a précédemment déclaré que le terme «libre» implique un choix et un contrôle réels pour les personnes concernées et qu'en vertu du RGPD, «si la personne concernée n'est pas véritablement en mesure d'exercer un choix, se sent contrainte de consentir ou subira des conséquences négatives importantes si elle ne donne pas son consentement, le consentement n'est pas valable»⁸⁰. Comme souligné à plusieurs reprises par le CEPD, 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 si la personne concernée 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 présent⁸¹.
70. Le RGPD prévoit plusieurs critères qui devraient être utilisés pour déterminer si le contexte et les circonstances dans lesquels le traitement des données a lieu confèrent aux personnes concernées une autonomie suffisante pour que leur consentement soit considéré comme «donné librement». Comme l'a expliqué le CEPD dans ses lignes directrices sur le consentement, les principaux critères à prendre en considération pour apprécier la validité du consentement visent à déterminer si la personne concernée subit un préjudice en refusant ou en retirant le consentement; s'il existe un déséquilibre de pouvoir entre la personne concernée et le responsable du traitement; si le consentement est requis pour accéder à des biens ou à des services, même si le traitement n'est pas nécessaire à l'exécution du contrat (conditionnalité); et si la personne concernée est en mesure de consentir à différentes opérations de traitement (granularité)⁸². La CJUE a également déclaré dans l'arrêt *Bundeskartellamt* qu'il s'agit des principales considérations permettant d'apprécier la validité du consentement d'une personne concernée⁸³.
71. Il convient d'examiner si les critères sont remplis au cas par cas au regard de la situation spécifique du traitement. Les responsables du traitement devraient être en mesure de démontrer que le consentement a été donné librement. À cet égard, si les critères sont interdépendants, chacun d'eux doit être respecté au moment où une personne concernée consent au traitement. Par exemple, si un responsable du traitement prend des mesures pour éviter toute conditionnalité, mais que l'absence de consentement entraîne un préjudice pour la personne concernée, le consentement ne sera pas donné librement.

⁷⁷ Voir considérants 7, 42 et 43 du RGPD. Le principe de transparence et les droits des personnes concernées énoncés au chapitre III du RGPD sont d'autres exemples de règles visant à renforcer le contrôle que les personnes concernées exercent sur leurs données à caractère personnel.

⁷⁸ Voir à cet égard les lignes directrices du CEPD sur les modèles de conception trompeurs, étant donné que, comme indiqué au point 3, les «modèles de conception trompeurs» peuvent entraver la capacité des personnes concernées à donner un consentement libre et éclairé.

⁷⁹ À cet égard, les considérations formulées dans la section 4.2.2 concernant le consentement éclairé sont pertinentes et devraient être prises en considération.

⁸⁰ Lignes directrices du CEPD sur le consentement, point 13.

⁸¹ Lignes directrices du CEPD sur le consentement, point 24.

⁸² Lignes directrices du CEPD sur le consentement, points 13 à 54.

⁸³ Arrêt *Bundeskartellamt* de la CJUE, points 143 à 146.

4.2.1.1 Offre d'une option alternative gratuite sans publicité comportementale

72. Comme décrit dans la section précédente, les personnes concernées devraient jouir d'une véritable et réelle liberté de choix lorsqu'elles sont invitées à consentir au traitement de leurs données à caractère personnel. Dans ce cadre, la liberté de choix dont jouit la personne concernée dépend également des possibilités offertes aux utilisateurs.
73. **Le fait d'offrir une (unique) option alternative au service qui soit payante et qui inclue le traitement à des fins de publicité comportementale ne devrait pas constituer la voie à suivre par défaut pour les responsables du traitement.** Au contraire, lorsqu'ils conçoivent l'option alternative à la version du service avec publicité comportementale, **les responsables du traitement devraient envisager de proposer aux personnes concernées une «option alternative équivalente» qui n'implique pas le versement d'une rémunération**, telle que l'option alternative gratuite sans publicité comportementale décrite ci-dessous dans la présente section.
74. **Si les responsables du traitement décident de fournir aux personnes concernées une «option alternative équivalente» qui implique le versement d'une rémunération**, le CEPD souligne qu'une attention particulière devrait être accordée aux éléments contenus dans le présent avis, tels que ceux figurant aux sections 4.2.1.4.1 et 4.2.1.4.2. En pareils cas, afin de garantir un véritable choix et d'éviter d'offrir aux utilisateurs un choix binaire entre le versement d'une rémunération et le consentement au traitement à des fins de publicité comportementale, **les responsables du traitement devraient également envisager de proposer une autre solution gratuite** (une «option alternative gratuite sans publicité comportementale»).
75. Cette autre solution ne doit pas comprendre de traitement à des fins de publicité comportementale et peut, **par exemple**, être une version du service **assortie d'une autre forme de publicité impliquant le traitement d'un nombre réduit (ou nul) de données à caractère personnel**, par exemple de la publicité contextuelle ou générale ou de la publicité fondée sur des thèmes que la personne concernée a sélectionnés dans une liste de sujets d'intérêt. Cela est également lié au principe de minimisation des données, tel que rappelé à la section 4.1: les responsables du traitement devraient veiller à ce que seules les données à caractère personnel nécessaires au placement de cette publicité soient traitées. En tout état de cause, ils devraient garder à l'esprit l'obligation de se conformer à l'article 6 du RGPD et, le cas échéant, à l'article 5, paragraphe 3, de la directive «vie privée et communications électroniques».
76. Bien qu'il n'existe aucune obligation pour les grandes plateformes en ligne de toujours proposer des services gratuits, la mise à la disposition des personnes concernées de cette autre option supplémentaire **renforce leur liberté de choix**. Il est ainsi **plus facile pour les responsables du traitement de démontrer que le consentement est donné librement**.
77. De l'avis du CEPD, le fait qu'une option alternative gratuite sans publicité comportementale soit proposée ou non constitue un **facteur particulièrement important à prendre en considération lorsqu'il s'agit d'évaluer si les personnes concernées peuvent exercer un choix réel** et, partant, si le consentement est valable. Comme indiqué dans sa réponse à l'initiative de la Commission en faveur d'un engagement en matière de cookies, le CEPD considère notamment qu'au moment d'évaluer la validité du consentement et de déterminer si la personne concernée est en mesure d'exercer un véritable choix⁸⁴, il est pertinent de savoir si un utilisateur se voit proposer, outre un service reposant

⁸⁴ Réponse du CEPD à l'initiative de la Commission en faveur d'un engagement volontaire des entreprises visant à simplifier la gestion par les consommateurs des cookies et des choix publicitaires personnalisés, adoptée le

sur une technologie de suivi et un service payant, un autre type de service, tel qu'un service assorti d'une forme de publicité moins intrusive.

78. L'option alternative gratuite sans publicité comportementale proposée en tant qu'option supplémentaire jouerait **un rôle important dans la suppression, la réduction ou l'atténuation du préjudice** qui pourrait résulter, pour les utilisateurs non consentants, de l'obligation de verser une rémunération pour accéder au service, ou de l'impossibilité d'y accéder.
79. En outre, comme l'a observé précédemment le CEPD, s'il existe un déséquilibre manifeste de pouvoir, le consentement ne peut être utilisé que dans des «situations exceptionnelles» et lorsque le responsable du traitement, conformément au principe de responsabilité, peut prouver qu'il n'y a «absolument aucune conséquence négative» pour la personne concernée si elle ne donne pas son consentement, notamment dans les cas où les personnes concernées se voient proposer une autre solution sans incidence négative⁸⁵. Dans le cadre du présent avis, une telle solution pourrait être l'offre de l'option alternative gratuite sans publicité comportementale.
80. La question de savoir si les responsables du traitement proposent une option alternative gratuite sans publicité comportementale peut également être pertinente pour apprécier d'autres aspects constituant un consentement librement donné, tels que l'existence d'une situation de conditionnalité, comme expliqué à la section 4.2.1.4 du présent avis.
81. Lorsque différentes options sont présentées aux personnes concernées, les responsables du traitement devraient également veiller à ce que ces dernières comprennent parfaitement ce que chaque option suppose en matière de traitement des données et les conséquences de chacune de ces options. À cet égard, les considérations formulées à la section 4.2.2 relative au consentement éclairé sont pertinentes et devraient être prises en considération. La **clarté des différentes options disponibles** devrait également être prise en considération lors de la conception de l'interface, étant donné qu'il y a lieu d'éviter toute forme de conception trompeuse ou manipulatrice conformément au principe de loyauté⁸⁶.
82. En outre, le CEPD rappelle que les responsables du traitement qui sont des contrôleurs d'accès en vertu du règlement sur les marchés numériques et/ou de très grandes plateformes en ligne en vertu du règlement sur les services numériques devraient tenir compte des exigences respectives de ces actes législatifs lorsqu'ils conçoivent d'autres options pour l'utilisateur⁸⁷.

13 décembre 2023, p. 5 de l'annexe: «Lors de l'évaluation de la validité du consentement, le CEPD considère notamment qu'il est pertinent de savoir si, outre un service utilisant une technologie de suivi et un service payant, un autre type de service est proposé, par exemple un service comportant une forme de publicité moins intrusive pour la vie privée, telle que la publicité contextuelle, et si la personne concernée est en mesure d'exercer un choix réel.»

⁸⁵ Lignes directrices du CEPD sur le consentement, point 22 et exemple 5.

⁸⁶ Voir les lignes directrices du CEPD sur la protection des données dès la conception et sur la protection des données par défaut, point 70. Voir également les lignes directrices du CEPD sur les modèles de conception trompeurs.

⁸⁷ Voir l'article 5, paragraphe 2, du règlement sur les marchés numériques. Voir également le considérant 36 dudit règlement: «[a]fin d'éviter que la contestabilité des services de plateforme essentiels ne soit injustement compromise par les contrôleurs d'accès, ceux-ci devraient permettre aux utilisateurs finaux de choisir librement d'adhérer à de telles pratiques de traitement de données et de connexion en proposant une autre possibilité moins personnalisée, mais équivalente, et sans subordonner l'utilisation du service de plateforme essentiel ou certaines de ses fonctionnalités au consentement de l'utilisateur final.» Le considérant 37 du règlement sur les marchés numériques ajoute ce qui suit: «[l]'autre possibilité moins personnalisée ne devrait pas être différente

4.2.1.2 Préjudice

83. Conformément au considérant 42 du RGPD, pour que le consentement soit considéré comme donné librement, la personne concernée doit avoir un véritable choix et pouvoir refuser ou retirer son consentement sans subir de préjudice, c'est-à-dire sans subir d'atteintes ou dommages⁸⁸. C'est au responsable du traitement de démontrer qu'il est possible de refuser ou de retirer le consentement sans subir de préjudice⁸⁹.
84. Si une personne concernée refuse de donner son consentement au traitement des données à des fins de publicité comportementale et qu'il n'existe pas d'autre solution gratuite lui permettant d'accéder au même service, la personne concernée subirait un préjudice financier, puisqu'elle devrait verser une rémunération pour pouvoir utiliser le service. Tel serait notamment le cas lorsqu'il existe des effets de verrouillage et que l'utilisateur a été en mesure d'utiliser le service sans frais pendant une période prolongée.
85. Afin d'éviter tout préjudice au sens du considérant 42 du RGPD et de veiller à ce que les personnes concernées aient la possibilité de faire un véritable choix, la manière dont le service est proposé⁹⁰ ainsi que la rémunération (éventuelle) ne devraient pas être de nature à empêcher effectivement les personnes concernées de faire un libre choix, par exemple en incitant la personne concernée à donner son consentement. Par conséquent, la rémunération en question ne devrait pas être anormalement élevée, ce qui est abordé plus en détail à la section 4.2.1.4.2.
86. Si la personne concernée refuse ou retire son consentement et ne verse pas la rémunération demandée, elle ne serait pas en mesure d'utiliser le service, ce qui pourrait entraîner un préjudice pour la personne concernée. En pareils cas, divers éléments peuvent causer un préjudice aux personnes concernées.
87. Les personnes concernées peuvent subir un préjudice s'il leur est impossible d'utiliser un service qui fait partie de leur vie quotidienne et joue un rôle essentiel. Tel pourrait être le cas, par exemple, d'une plateforme habituellement et systématiquement utilisée pour diffuser des informations qui peuvent ne pas être facilement accessibles à partir d'autres sources, ou d'une plateforme dont l'utilisation est indispensable pour avoir accès à certains services importants pour la vie quotidienne de la personne. Il peut s'agir d'informations ou d'échanges dont les utilisateurs sont tributaires dans leur vie quotidienne, de sorte qu'il est plus difficile pour ces utilisateurs de ne pas utiliser la plateforme. Ces types de situations peuvent aussi bien inclure la diffusion d'informations importantes en cas d'urgence publique que la communication aux parents d'informations sur les activités sociales de leurs enfants. En outre, la plateforme peut constituer un forum essentiel de débat public sur les questions politiques, sociales, culturelles et économiques.

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.» Voir également l'article 38 du règlement sur les services numériques, selon lequel «[...] les fournisseurs de très grandes plateformes en ligne et de très grands moteurs de recherche en ligne qui utilisent des systèmes de recommandation proposent au moins une option pour chacun de leurs systèmes de recommandation qui ne repose pas sur du profilage, tel qu'il est défini à l'article 4, point 4), du règlement (UE) 2016/679».

⁸⁸ Lignes directrices du CEPD sur le consentement, points 46 à 48. Voir également le point 24.

⁸⁹ Lignes directrices du CEPD sur le consentement, point 46.

⁹⁰ Si le consentement peut souvent être obtenu par une seule action, le refus de consentement pourrait éventuellement obliger la personne concernée à passer par un processus de paiement plus long et plus lourd, éventuellement lié à d'autres activités de traitement de données.

88. Dans le même ordre d'idées, l'utilisation de certains services de médias sociaux pourrait jouer un rôle déterminant dans la participation des personnes concernées à la vie sociale. Compte tenu de la rapidité des innovations technologiques et de la présence en ligne de la plupart des personnes, il convient de ne pas sous-estimer le rôle que jouent les médias sociaux dans la vie quotidienne et les interactions des personnes concernées. Pour nombre d'entre elles, ces plateformes constituent un moyen important de rester en contact avec des personnes avec lesquelles elles n'interagissent pas physiquement dans leurs habitudes quotidiennes, telles que leurs amis et/ou leur famille. Étant donné que les médias sociaux constituent une solution de substitution aux interactions en personne particulièrement précieuse et pratique, le fait de ne pas y avoir accès peut entraîner des conséquences importantes pour le bien-être émotionnel et psychologique de certains utilisateurs. Dans les cas mentionnés ci-dessus, les personnes concernées pourraient être exclues des interactions sociales qui ont lieu sur la plateforme et se sentir isolées sur le plan social, en particulier lorsqu'il n'existe pas d'autre service offrant une expérience similaire qui soit également utilisé par les contacts sociaux de la personne concernée. Il en va de même pour la participation aux forums de discussion en ligne. Les personnes concernées pourraient être empêchées de participer à ces forums, même si ceux-ci constituent désormais une part importante des débats en ligne.
89. Les personnes concernées peuvent également subir un préjudice si, faute de consentement ou de versement d'une rémunération, elles se voient refuser l'accès à des plateformes professionnelles ou axées sur l'emploi. Plus précisément, leurs possibilités de trouver un emploi ou de constituer et/ou d'entretenir des réseaux professionnels peuvent être affectées négativement, elles peuvent se sentir désavantagées par rapport aux utilisateurs qui ont accès au service ou avoir le sentiment de ne pas pouvoir suivre des évolutions importantes dans leurs domaines d'activité respectifs.
90. En outre, la probabilité, voire l'ampleur, d'un préjudice peuvent être plus élevées dans le cas d'une grande plateforme en ligne où **des effets de verrouillage ou de réseau** peuvent se produire. Les conséquences préjudiciables d'un refus d'accès à un service **peuvent être d'autant plus importantes pour les utilisateurs de plateformes en ligne qui n'ont pas mis en place dès le départ des modèles «consentir ou payer», mais qui ont décidé de les introduire par la suite.**
91. En raison des **effets de réseau**, il peut être plus difficile pour les personnes concernées de décider de ne pas accéder au service sans pour autant subir de conséquences négatives. Cela est particulièrement pertinent dans le cas de plateformes qui utilisent les contenus créés par les utilisateurs ou les interactions entre utilisateurs, comme les plateformes de partage de vidéos/d'images ou les plateformes de communication telles que les sites de médias sociaux, les plateformes de rencontres, les forums de discussion ou les plateformes de réservation comptant un grand nombre d'utilisateurs. Si une plateforme dispose d'une large base d'utilisateurs, les utilisateurs nouveaux et existants peuvent considérer qu'il est nécessaire d'interagir sur ce service particulier pour rejoindre une communauté numérique où se trouvent leurs amis, leur famille ou leurs collègues, ou pour participer à des discussions ou conversations politiques. D'autres peuvent avoir le sentiment de devoir utiliser un service dans un contexte professionnel ou de devoir, en tant que parents, utiliser un site particulier pour recevoir des informations sur leurs enfants, tels que les groupes de parents créés pour planifier des activités sociales pour les enfants. Il peut être irréaliste de ne pas interagir sur la plateforme ou de choisir un autre service, car il est difficile pour une personne, par exemple, de convaincre les membres de sa sphère sociale, professionnelle ou politique de changer de service pour passer à un service qui ne suit pas ses utilisateurs.
92. Tout **effet de verrouillage** peut également causer un préjudice aux personnes concernées. Il se peut que des personnes ayant utilisé la plateforme pendant un certain temps aient déjà établi leur présence

en ligne sur la plateforme et investi dans celle-ci, par exemple en ce qui concerne les connexions et les interactions avec d'autres utilisateurs, la création de contenus, l'acquisition d'abonnés et de mentions «j'aime», etc. Cet effet est encore amplifié lorsqu'un utilisateur a passé beaucoup de temps sur la plateforme, par exemple lorsque les services de la plateforme ont déjà été proposés pendant une période plus longue. Lorsque ces utilisateurs sont invités à verser une rémunération ou à consentir au traitement de leurs données à caractère personnel à des fins de publicité comportementale afin de continuer à utiliser le service, mais qu'ils refusent de le faire et perdent l'accès audit service, ils risquent de ne pas pouvoir transférer leurs interactions, leurs abonnés et leurs connexions vers une nouvelle plateforme et/ou de perdre des contenus et des informations qu'ils ont compilés ou générés lorsqu'ils utilisaient le service. Cela pourrait englober un large éventail de contenus, tels que des communications personnelles, des listes de contacts, l'historique des recherches, les préférences sauvegardées, les images, les tableaux de bord, différents types de bases de données personnalisées, etc. Si l'utilisateur est un créateur de contenu sur un site de partage de médias, il peut subir une perte très importante et potentiellement irréparable, comme une perte financière éventuelle, la perte d'un portefeuille qu'il aurait pu constituer au fil des ans sur une plateforme ou encore la perte d'abonnés.

93. Dans ce contexte, il est essentiel de rappeler l'importance des droits de la personne concernée et le fait que ces droits devraient toujours être respectés par le responsable du traitement. Même dans le cas où une personne concernée n'aurait plus accès au service, elle pourrait toujours faire valoir ses droits en tant que personne concernée en vertu du RGPD, par exemple le droit d'accès à ses données à caractère personnel et le droit à la portabilité des données. Il incombe au responsable du traitement, d'une part, d'en informer les personnes concernées lorsqu'il leur donne le choix de donner ou non leur consentement et, d'autre part, de veiller à ce que la capacité d'exercer ces droits soit maintenue.
94. Si l'une des conséquences négatives (non exhaustives) décrites aux points ci-dessus est bien présente, le fait d'offrir comme seul choix un service payant ou un service comportant de la publicité comportementale fondée sur le consentement de la personne concernée entraverait la possibilité pour les personnes concernées de faire un véritable choix et de refuser le consentement sans subir de préjudice.
95. À la lumière de ce qui précède, un préjudice est susceptible de se produire lorsque des grandes plateformes en ligne utilisent un modèle «consentir ou payer» pour obtenir le consentement aux fins du traitement. Comme indiqué à la section 4.2.1.1 ci-dessus, le fait qu'un responsable du traitement propose ou non l'option alternative gratuite sans publicité comportementale en tant qu'option supplémentaire jouerait un rôle important dans la suppression, la réduction ou l'atténuation du préjudice qui pourrait résulter, pour les utilisateurs non consentants, de l'obligation de verser une rémunération pour accéder au service, ou de l'impossibilité d'y accéder.

4.2.1.3 Déséquilibre de pouvoir

96. Dans la première partie du considérant 43 du RGPD, il est indiqué que la dynamique du pouvoir entre la personne concernée et le responsable du traitement est pertinente pour déterminer si le consentement de la personne concernée a été donné librement:

«[p]our 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, en particulier lorsque le responsable du traitement est une autorité publique et qu'il est

improbable que le consentement ait été donné librement au vu de toutes les circonstances de cette situation particulière. [...]»

97. Étant donné que l'expression «donné librement» signifie que la personne concernée doit pouvoir exercer son autonomie, il est nécessaire de prendre en considération la position du responsable du traitement et le pouvoir dont il dispose par rapport aux personnes concernées. S'il existe un déséquilibre manifeste entre le responsable du traitement et la personne concernée dans une situation donnée, la personne concernée peut se sentir contrainte de prendre une décision qu'elle n'aurait pas prise autrement, ce qui porte atteinte à sa liberté de choix. Comme indiqué précédemment, le considérant 43 du RGPD indique clairement que le consentement ne peut, en règle générale, être utilisé comme base juridique dans une situation de déséquilibre manifeste.
98. Comme précédemment indiqué par le CEPD, lorsqu'il existe un déséquilibre manifeste, le consentement ne peut être utilisé que dans des «situations exceptionnelles» et lorsque le responsable du traitement, conformément au principe de responsabilité, peut prouver qu'il n'y a «absolument aucune conséquence négative» pour la personne concernée si elle ne donne pas son consentement, notamment lorsque les personnes concernées se voient proposer une autre solution sans incidence négative⁹¹. Dans le cadre du présent avis, une telle solution pourrait être l'offre de l'option alternative gratuite sans publicité comportementale (voir la section 4.2.1.1).
99. Tous les responsables du traitement qui utilisent le consentement comme base juridique doivent évaluer s'ils se trouvent dans une situation de déséquilibre manifeste de pouvoir. Lorsque le responsable du traitement est une «grande plateforme en ligne» telle que définie aux fins du présent avis, certains éléments peuvent être pris en considération pour vérifier s'il existe un déséquilibre manifeste de pouvoir. Plusieurs de ces éléments non exhaustifs et non cumulatifs sont énumérés ci-dessous. Certains d'entre eux seront plus pertinents pour certains responsables du traitement, et moins pour d'autres. Une évaluation au cas par cas de ces éléments devrait toujours être nécessaire.
100. Un premier élément qui peut être pertinent est la **position de l'entreprise sur le marché**. À cet égard, il convient de rappeler qu'un déséquilibre manifeste pourrait être plus évident lorsqu'il existe une relation formelle entre le responsable du traitement et la personne concernée, par exemple lorsque le responsable du traitement est une autorité publique ou un employeur⁹². Toutefois, comme le CEPD l'a déjà souligné, les déséquilibres de pouvoir ne se limitent pas aux pouvoirs publics et aux employeurs et peuvent également avoir lieu dans d'autres situations⁹³. Les éléments réels et spécifiques de chaque cas devraient toujours être appréciés.
101. Le RGPD ne fournit aucune orientation explicite sur la manière dont la position d'un responsable du traitement sur le marché contribue à déterminer s'il existe un déséquilibre manifeste. La CJUE a déclaré dans l'arrêt *Bundeskartellamt* que l'existence d'une position dominante «est susceptible de créer un déséquilibre manifeste»⁹⁴. La Cour a également indiqué que cela constitue «un élément important» de l'appréciation⁹⁵.
102. Le terme «position dominante» est bien établi dans le droit de la concurrence de l'Union. Les responsables du traitement de grandes plateformes en ligne peuvent juger utiles les considérations

⁹¹ Lignes directrices du CEPD sur le consentement, point 22 et exemple 5.

⁹² Voir également les lignes directrices du CEPD sur le consentement, section 3.1.1.

⁹³ Lignes directrices du CEPD sur le consentement, point 24.

⁹⁴ Arrêt *Bundeskartellamt* de la CJUE, point 149.

⁹⁵ Arrêt *Bundeskartellamt* de la CJUE, point 154.

utilisées pour déterminer la position dominante d'une entreprise lorsqu'il s'agit de déterminer s'il existe un déséquilibre de pouvoir manifeste. Ces considérations comprennent la définition du marché en cause (tel que le marché de produits et le marché géographique), la détermination de la part de marché, ainsi que les barrières à l'entrée ou à l'expansion⁹⁶.

103. En outre, dans l'affaire *Bundeskartellamt*, l'avocat général a indiqué dans ses conclusions qu'un responsable du traitement n'a pas besoin de détenir une «position dominante» au sens de l'article 102 TFUE pour que sa situation de puissance de marché soit pertinente sous l'angle de l'application du RGPD⁹⁷. Le CEPD partage le point de vue de l'avocat général sur ce point.
104. Il convient toutefois de rappeler que la CJUE a déclaré que la validité du consentement d'une personne concernée doit être déterminée à la lumière de l'article 4, point 11), de l'article 7 ainsi que des considérants du RGPD. En outre, les règles relatives au consentement valable ont pour objet de garantir l'autonomie et la liberté de choix des personnes concernées. De l'avis du CEPD, les responsables du traitement devraient évaluer au cas par cas si la liberté de choix des personnes concernées est limitée. La question de savoir si un responsable du traitement détient ou non une «position dominante», bien que pertinente pour apprécier la présence d'un déséquilibre de pouvoir, ne permet pas en tant que telle de déterminer la validité du consentement.
105. À la lumière de ce qui précède, il peut être conclu qu'en fonction des circonstances du cas concret, il pourrait exister des situations dans lesquelles les autorités de contrôle pourraient conclure à l'existence d'un déséquilibre manifeste au sens du RGPD, sans qu'une position dominante soit établie. La question cruciale est de savoir si la position du responsable du traitement sur le marché, en tant que telle ou en combinaison avec d'autres facteurs, conduit les personnes concernées à penser qu'il n'existe pas d'autres options de services réalistes à leur disposition, tels que des plateformes de partage vidéo, des portails de soumission de candidatures professionnelles ou des plateformes d'achat et de vente de certains biens et services.
106. Plus généralement, comme rappelé à la section 4.1 ci-dessus, conformément au principe de loyauté, l'équilibre de pouvoir devrait être un élément essentiel à prendre en considération en ce qui concerne la relation entre le responsable du traitement et la personne concernée: les déséquilibres de pouvoir devraient être évités ou, lorsque cela n'est pas possible, ils devraient être reconnus et pris en compte dans le cadre de contre-mesures appropriées⁹⁸. L'objectif est de veiller à ce que la personne concernée puisse bénéficier d'une véritable liberté de choix lorsqu'elle consent au traitement de ses données à caractère personnel.
107. Pour déterminer s'il existe un déséquilibre manifeste, les considérations exposées à la section 4.2.1.2 ci-dessus sont également pertinentes. En effet, lorsqu'il est question de grandes plateformes en ligne qui mettent en place des modèles «consentir ou payer», les critères de «déséquilibre de pouvoir» et de «préjudice» appliqués pour déterminer si le consentement est donné librement sont étroitement liés.

⁹⁶ Une méthode générale permettant de définir le marché en cause figure dans la communication C/2024/1645 de la Commission. Voir également la communication de la Commission européenne intitulée «Orientations sur les priorités retenues par la Commission pour l'application de l'article 82 du traité CE aux pratiques d'éviction abusives des entreprises dominantes» (2009/C 45/02), JO C 45 du 24.2.2009, p. 7-20, telle que modifiée en 2023 (C/2023/1923, JO C 116 du 31.3.2023, p. 1-5).

⁹⁷ Conclusions de l'avocat général Rantos, présentées le 20 septembre 2022, C-252/21, ECLI:EU:C:2022:704, point 75.

⁹⁸ Lignes directrices du CEPD sur la protection des données dès la conception et sur la protection des données par défaut, point 70.

108. En particulier, l'existence d'effets de réseau ou de verrouillage, tels que décrits ci-dessus, peut rendre plus difficile ou irréaliste pour l'utilisateur le choix d'un autre service. Lorsque la plateforme dispose d'une base d'utilisateurs beaucoup plus importante par rapport à n'importe quelle autre option envisageable, ou lorsque l'utilisateur a investi de manière significative dans la plateforme, ce dernier peut se sentir contraint d'utiliser cette plateforme; en pareils cas, il peut être irréaliste pour l'utilisateur de choisir un autre service et il peut être difficile pour lui de convaincre sa sphère sociale, professionnelle ou politique de passer d'un service à un autre. En outre, et comme expliqué ci-dessus, les effets de verrouillage peuvent avoir pour conséquence que des contenus populaires ou pertinents s'articulent autour d'une plateforme donnée, ce qui peut également avoir un effet sur l'équilibre de pouvoir à l'égard de nouveaux utilisateurs souhaitant accéder à ce contenu.
109. Il convient d'être particulièrement prudent lorsqu'il s'agit de services comptant une large base d'utilisateurs et proposés sans frais à l'ensemble des utilisateurs. Ces services peuvent avoir attiré un grand nombre d'utilisateurs qui n'ont pas le souhait ou la capacité de verser une rémunération et qui ont bénéficié du service en espérant qu'il n'aurait pas d'incidence financière sur eux. Au fil du temps, les utilisateurs peuvent avoir accru leur dépendance à l'égard du service en raison, notamment, des effets de réseau et des effets de verrouillage. Si, pour l'utilisation d'un tel service, il est par la suite demandé aux utilisateurs de choisir entre le traitement de leurs données à caractère personnel et le versement d'une rémunération, cela pourrait être considéré comme un exemple d'instrumentalisation d'un déséquilibre manifeste au détriment des utilisateurs, étant donné que ces derniers ne seront probablement pas en mesure d'exercer leur liberté de choix dans cette situation.
110. Un autre élément important permettant d'évaluer la présence d'un déséquilibre est la mesure dans laquelle la personne concernée **est tributaire du service** fourni. Le sentiment qu'a la personne concernée de disposer d'une véritable liberté de choix est limité si le service est considéré comme essentiel, par exemple lorsqu'il s'agit de rechercher un emploi, d'accéder à des informations cruciales pour la vie quotidienne des personnes concernées, ou de prendre part au débat public⁹⁹.
111. En outre, le **public cible ou prédominant** de la plateforme est un élément à prendre en considération. Par exemple, si la plateforme s'adresse principalement aux enfants, par la conception ou la commercialisation du service, ou si elle est utilisée principalement par des enfants ou d'autres personnes vulnérables, cela peut également entraîner un déséquilibre manifeste entre le responsable du traitement et les personnes concernées¹⁰⁰.
112. Il s'agit ci-dessus d'exemples d'éléments qui, lorsqu'ils sont présents, pourraient créer une situation de déséquilibre de pouvoir dans la relation entre la personne concernée et le responsable du traitement.
113. Un responsable du traitement peut toutefois faire valoir que les personnes concernées ne sont pas contraintes de donner leur consentement ou de payer. Elles peuvent choisir de ne pas utiliser le service du tout ou d'utiliser un autre service qui ne traite pas les données à caractère personnel de la même

⁹⁹ En pareilles situations, la personne concernée peut se sentir contrainte d'accepter le suivi. Le CEPD a précédemment déclaré que le consentement ne peut être valable que s'il n'existe aucun élément de contrainte ou de pression (voir les lignes directrices du CEPD sur le consentement, point 24).

¹⁰⁰ À cet égard, le CEPD rappelle qu'en vertu du règlement sur les services numériques, les opérateurs de plateformes en ligne ne devraient pas présenter sur leur interface de publicité qui repose sur du profilage, tel qu'il est défini à l'article 4, point 4), du RGPD, en utilisant des données à caractère personnel concernant le destinataire du service dès lors qu'ils ont connaissance avec une certitude raisonnable que le destinataire du service est un mineur (voir article 28, paragraphe 2, du règlement sur les services numériques).

manière que le responsable du traitement. Premièrement, les éléments décrits ci-dessus peuvent générer une situation dans laquelle, dans la pratique, il n'est pas réellement possible pour les utilisateurs de refuser d'utiliser le service. Deuxièmement, comme indiqué à la section 4.2.1.4.1 ci-dessous, le CEPD a déclaré dans ses lignes directrices sur le consentement que le consentement ne peut être considéré comme donné librement au seul motif qu'il existe un autre service similaire fourni par un autre responsable du traitement qui n'implique pas de consentement au traitement de données à caractère personnel à des fins complémentaires¹⁰¹.

4.2.1.4 Conditionnalité

114. Conformément à l'article 7, paragraphe 4, du RGPD, au moment de déterminer si le consentement est donné librement, il y a lieu de tenir le plus grand compte de la question de savoir si les personnes concernées sont invitées à consentir à des activités de traitement qui ne sont pas objectivement nécessaires à l'exécution du contrat¹⁰² pour avoir accès au service¹⁰³.
115. Le CEPD a déclaré dans ses lignes directrices sur le consentement qu'un responsable du traitement pourrait avancer qu'il offre un véritable choix aux personnes concernées si celles-ci peuvent choisir entre une version du service qui inclut le consentement à l'utilisation de données à caractère personnel à des fins complémentaires et une version équivalente du service proposée par le même responsable du traitement n'impliquant pas de consentir au traitement de données à des fins complémentaires et que, s'il est possible que le service soit fourni sans consentement aux autres utilisations des données en question, le service n'est pas conditionné¹⁰⁴.
116. Récemment, la CJUE a déclaré dans l'arrêt *Bundeskartellamt* que, lorsque les opérations de traitement de données ne sont pas strictement nécessaires à l'exécution du contrat, les utilisateurs doivent être libres de refuser de consentir à de telles opérations de traitement sans pour autant être tenus de renoncer intégralement à l'utilisation du service¹⁰⁵. À cet égard, l'arrêt de la CJUE mentionne l'obligation de proposer «une option alternative équivalente non accompagnée de telles opérations de traitement de données» («le cas échéant contre une rémunération appropriée»)¹⁰⁶.
117. Cette déclaration de la CJUE indique que les modèles «consentir ou payer» ne sont pas interdits en principe. Dans le même temps, la Cour n'a pas fourni davantage de précisions sur la signification des expressions «option alternative équivalente» et «le cas échéant contre une rémunération appropriée». Le CEPD souhaite donc préciser que son interprétation de cette partie de l'arrêt est que les personnes concernées qui choisissent de ne pas donner leur consentement doivent se voir proposer

¹⁰¹ Lignes directrices du CEPD sur le consentement, point 38.

¹⁰² Lignes directrices 2/2019 du CEPD sur le traitement des données à caractère personnel au titre de l'article 6, paragraphe 1, point b), du RGPD dans le cadre de la fourniture de services en ligne aux personnes concernées, version 2.0, adoptées le 8 octobre 2019 (ci-après les «lignes directrices du CEPD sur l'article 6, paragraphe 1, point b), du RGPD», points 30 à 33.

¹⁰³ Voir également à cet égard le considérant 43 du RGPD et les lignes directrices du CEPD sur le consentement, points 25 à 41.

¹⁰⁴ Lignes directrices du CEPD sur le consentement, point 37.

¹⁰⁵ Arrêt *Bundeskartellamt* de la CJUE, point 150. Au point 102, dans la section consacrée à la question de l'applicabilité de l'article 6, paragraphe 1, point b), en tant que base légale du traitement, la CJUE déclare également que la personnalisation des contenus est «utile pour l'utilisateur», mais «n'apparaît pas nécessaire pour offrir à cet utilisateur les services du réseau social en ligne», de sorte que ces services «peuvent, le cas échéant, lui être fournis sous la forme d'une option alternative équivalente n'impliquant pas une telle personnalisation, de sorte que cette dernière n'est pas objectivement indispensable à une finalité faisant partie intégrante des mêmes services».

¹⁰⁶ Arrêt *Bundeskartellamt* de la CJUE, point 150.

une «option alternative équivalente»: cela permet d'éviter que les personnes concernées ne soient confrontées à une situation de conditionnalité entraînant un consentement non valable. À cet égard, il convient de se référer au point 73.

118. Toutefois, cette déclaration de la CJUE porte principalement sur l'aspect de la conditionnalité. Les responsables du traitement devraient veiller à ce que soient réunies toutes les conditions permettant de déterminer que le consentement est donné librement et, d'une manière générale, qu'il est valable. Par conséquent, il sera toujours nécessaire de procéder à une évaluation au cas par cas pour déterminer la validité du consentement.

4.2.1.4.1 *Mise à disposition d'une «option alternative équivalente»*

119. Le CEPD souhaite fournir des critères qui peuvent aider à déterminer si une version alternative du service doit être considérée comme équivalente à la version du service fourni moyennant le consentement au traitement de données à caractère personnel à des fins de publicité comportementale (ci-après la «**version avec publicité comportementale**»). Le CEPD a souligné, à cet égard, que «les deux services doivent [...] être réellement équivalents»¹⁰⁷.
120. Le CEPD a déclaré que le consentement ne peut pas être considéré comme donné librement si un responsable du traitement avance qu'il existe un choix entre son service (comprenant le consentement à l'utilisation de données à caractère personnel à des fins complémentaires) et un service équivalent proposé par un autre responsable du traitement, étant donné que la liberté de choix dépendrait de ce que d'autres acteurs du marché font et du point de savoir si la personne concernée trouve les services de l'autre responsable du traitement réellement équivalents¹⁰⁸. Dans ce cadre, le présent avis fait donc référence à une **version alternative du service en cause proposée par le même responsable du traitement** qui n'implique pas de consentir au traitement de données à caractère personnel à des fins de publicité comportementale (désignée dans la présente section comme étant la «**version alternative**»).
121. Si la version alternative diffère de la version avec publicité comportementale uniquement dans la mesure nécessaire du fait que le responsable du traitement ne puisse pas traiter des données à caractère personnel à des fins de publicité comportementale, elle peut en principe être considérée comme équivalente.
122. Dans d'autres cas, l'appréciation peut dépendre, en prenant comme point de départ la version avec publicité comportementale, de la question de savoir si la version alternative présente essentiellement les mêmes éléments et fonctions. Bien qu'il y ait équivalence si la version alternative comporte en principe les mêmes caractéristiques et fonctions (équivalence fonctionnelle), la version alternative et la version avec publicité comportementale ne doivent pas nécessairement être absolument identiques.
123. Si, par rapport à la version avec publicité comportementale, la version alternative n'est pas de qualité moindre ou différente et qu'aucune fonction n'est supprimée (à moins que des changements ne soient une conséquence directe du fait que le responsable du traitement ne puisse pas traiter des données à caractère personnel aux fins pour lesquelles il a demandé le consentement)¹⁰⁹, la version alternative

¹⁰⁷ Lignes directrices du CEPD sur le consentement, point 37.

¹⁰⁸ Lignes directrices du CEPD sur le consentement, point 38.

¹⁰⁹ Voir également les considérants 36 et 37 du règlement sur les marchés numériques: ledit règlement fournit des orientations sur les conditions d'équivalence d'un service, en indiquant que l'«autre possibilité moins

peut probablement être considérée comme réellement équivalente à la version avec publicité comportementale.

124. Plus la version alternative diffère de la version avec publicité comportementale, moins il est probable que la version alternative soit considérée comme réellement équivalente, bien que cela reste une appréciation au cas par cas.
125. L'équivalence – c'est-à-dire le fait d'«avoir la même valeur» – va dans les deux sens. D'une part, comme indiqué ci-dessus, si la version alternative était de moindre qualité ou était moins riche en fonctionnalités que la version avec publicité comportementale, les utilisateurs ne se verraient pas offrir un choix réel.
126. D'autre part, la possibilité d'inclure des fonctionnalités supplémentaires dans la version alternative devrait être évaluée avec prudence: en effet, une véritable équivalence entre les versions du service, telle que décrite ci-dessus, doit être maintenue et les utilisateurs doivent pouvoir faire un véritable choix.
127. Il est important de noter que la CJUE fait référence à la mise à disposition d'une alternative équivalente «**non accompagnée de telles opérations de traitement de données**»¹¹⁰, c'est-à-dire sans les opérations de traitement de données qui ne sont pas nécessaires à la fourniture du service et qui reposent sur le consentement. Par conséquent, étant donné que le traitement à des fins de publicité comportementale n'est pas nécessaire à la fourniture du service et repose sur le consentement, ce traitement ne doit pas être inclus dans la version alternative. Le CEPD souhaite rappeler que cela ne se limite pas à proposer aux personnes concernées des publicités personnalisées en fonction de leur profil, comme indiqué dans la définition de la publicité comportementale à la section 2.1.2. Au contraire, cela concerne également les différentes activités de traitement que les responsables du traitement effectuent à des fins de publicité comportementale, en commençant par le suivi initial des utilisateurs réalisé pour cette finalité. Par conséquent, la version alternative ne devrait pas non plus, en principe, inclure les opérations de traitement qui seraient effectuées en tant que condition préalable au traitement à des fins de publicité comportementale¹¹¹.
128. Toutefois, le CEPD souligne que, si les responsables du traitement effectuent, dans le cadre de la version alternative, un suivi à des fins autres que la publicité comportementale, par exemple à des fins de sécurité, ces opérations de traitement ne doivent pas nécessairement être omises, pour autant qu'elles respectent pleinement les exigences fixées par le RGPD, y compris l'obligation de se fonder sur une base légale appropriée en vertu de l'article 6 du RGPD et de l'article 5, paragraphe 3, de la directive «vie privée et communications électroniques».
129. En outre, comme souligné à la section 4.2.2 consacrée au «consentement éclairé», le respect des principes de transparence et de loyauté¹¹² et des obligations de transparence revêt également une importance cruciale pour garantir à l'utilisateur un véritable choix. Par conséquent, l'utilisateur doit être en mesure de comparer pleinement toutes les autres options proposées par le responsable du

personnalisée ne devrait pas être différente ou de qualité moindre par rapport au service offert aux utilisateurs finaux qui donnent leur consentement». Bien que le règlement sur les marchés numériques soit neutre quant à la nature de ce que pourrait constituer une possibilité «moins personnalisée», les principes qui y sont énoncés sont utiles dans le contexte donné. Voir également la section 4.2.1.2 («Préjudice»).

¹¹⁰ Arrêt *Bundeskartellamt* de la CJUE, point 150.

¹¹¹ Ces étapes peuvent comprendre l'observation du comportement de l'utilisateur ainsi que la collecte des données à caractère personnel nécessaires à la publicité comportementale.

¹¹² Voir l'article 5, paragraphe 1, point a), du RGPD.

traitement. L'utilisateur doit comprendre les conséquences liées au consentement relatif au traitement à des fins de publicité comportementale, qui débouche sur la version avec publicité comportementale et celles liées au choix de la version alternative. Il devrait également être en mesure de comprendre les conséquences de son choix en ce qui concerne les opérations de traitement qui seront effectuées dans chaque cas et le contenu détaillé des autres options proposées.

4.2.1.4.2 «Le cas échéant contre une rémunération appropriée»

130. Le CEPD tient tout d'abord et surtout à rappeler que les **données à caractère personnel ne sauraient être considérées comme une marchandise négociable**¹¹³. Le droit à la protection des données est consacré, entre autres, à l'article 8 de la charte des droits fondamentaux et est un droit qui s'applique à tous, indépendamment du versement d'un paiement ou de la situation financière.
131. Alors que la version anglaise de l'arrêt de la Cour indique qu'une rémunération appropriée peut être imposée aux utilisateurs non consentants «if necessary» (si nécessaire), les autres versions linguistiques utilisent une terminologie différente pour cet élément de l'appréciation. Par exemple, la version française utilise l'expression «le cas échéant», tandis que la version allemande utilise le terme «gegebenfall». Le CEPD estime **que certaines circonstances devraient être réunies pour imposer une rémunération**, compte tenu non seulement de la position des personnes concernées mais aussi de l'existence d'options alternatives possibles à la publicité comportementale qui impliquent le traitement de données à caractère personnel moins nombreuses. Cela est suggéré par **les termes «nécessaire» (en anglais) et «approprié»**, lesquels ne devraient toutefois pas être interprétés comme exigeant que l'imposition d'une rémunération soit «nécessaire» au sens de l'article 52, paragraphe 1, de la Charte et du droit de l'Union en matière de protection des données. Cette formulation devrait être comprise d'une manière compatible avec les différentes versions linguistiques de l'arrêt.
132. En d'autres termes, **les responsables du traitement devraient évaluer, au cas par cas, à la fois si une rémunération est réellement appropriée et quel en devrait être le montant dans les circonstances données, en tenant compte des conditions de validité du consentement au titre du RGPD ainsi que de la nécessité d'empêcher que le droit fondamental à la protection des données se transforme en une fonctionnalité dont les personnes concernées ne peuvent bénéficier que moyennant paiement, ou en une fonctionnalité privilégiée réservée aux riches ou aux nantis.**
133. Bien que l'arrêt *Bundeskartellamt* ne précise pas les éléments sur lesquels devrait se fonder l'évaluation du caractère approprié, le CEPD rappelle que la détermination des éléments constitutifs du consentement valable est une évaluation relevant du droit relatif à la protection des données. Cela signifie que **l'évaluation du consentement valable devrait reposer sur les principes de protection des données et les objectifs que le RGPD vise à atteindre.**
134. Lorsque les responsables du traitement proposent un service payant en lieu et place d'un service comportant une publicité comportementale fondée sur le traitement de données à caractère personnel pour lesquelles le consentement est nécessaire, ils devraient, entre autres, **veiller à ce que la rémunération n'empêche pas les personnes concernées de refuser leur consentement et ne leur donne pas le sentiment que le consentement est obligatoire.** Les responsables du traitement devraient analyser la situation et se demander **s'ils offrent un choix véritable aux personnes concernées et s'ils n'incitent pas ces dernières à donner leur consentement.** L'imposition d'une rémunération devrait respecter **l'autonomie** des personnes concernées, lesquelles devraient être

¹¹³ Lignes directrices du CEPD sur l'article 6, paragraphe 1, point b), du RGPD, point 54; directive (UE) 2019/770, considérant 24.

véritablement libres de choisir de donner ou de refuser leur consentement. Les responsables du traitement devraient examiner si la rémunération réclamée pour leur version payante du service permet aux personnes concernées de donner valablement leur consentement au traitement de leurs données à caractère personnel pour une version du service comportant de la publicité comportementale.

135. Lorsqu'ils cherchent à déterminer si la rémunération est susceptible d'entraver la capacité de la personne concernée à donner son consentement, les responsables du traitement devraient accorder une attention particulière aux principes de protection des données énoncés à l'article 5 du RGPD. Le **loyauté** devrait constituer un principe directeur¹¹⁴ lorsqu'il s'agit de déterminer ce qui constitue une rémunération appropriée dans le cas d'espèce. Le fait de proposer aux personnes concernées des options supplémentaires, comme examiné à la section 4.2.1.1, permet de justifier plus facilement, en la présentant comme loyale, la rémunération imposée aux utilisateurs non consentants pour l'accès au service compte tenu de la plus grande liberté de choix offerte aux utilisateurs.
136. Le **principe de responsabilité** énoncé à l'article 5, paragraphe 2, du RGPD, est essentiel à cet égard. Les entreprises sont libres de fixer leurs propres prix et de choisir la manière dont leurs modèles de revenus sont structurés, mais ce droit devrait être mis en balance avec le droit fondamental des particuliers à la protection de leurs données à caractère personnel. Le principe de responsabilité implique que les responsables du traitement ont la responsabilité de garantir et de prouver que le consentement est donné librement s'ils imposent une rémunération pour l'accès à la version du service qui n'est pas assortie de publicité comportementale. Les responsables du traitement devraient documenter leurs choix et leur évaluation de la question de savoir si une rémunération donnée est appropriée dans le cas d'espèce afin de démontrer que l'imposition de la rémunération ne compromet pas effectivement la possibilité de donner un consentement libre dans la situation en question.
137. Comme rappelé au point 32 ci-dessus, **les autorités de contrôle sont chargées de veiller à l'application du RGPD, y compris les exigences relatives au consentement valable**. Cela peut également englober les effets d'une quelconque forme de rémunération sur la liberté de choix des personnes concernées. Bien qu'il appartienne aux responsables du traitement de fixer le montant de la rémunération proprement dite, si les autorités de contrôle constatent que le consentement n'est pas donné librement ou que le principe de responsabilité n'a pas été respecté, elles peuvent intervenir et imposer des mesures correctives. À cet égard, elles sont compétentes pour examiner ou apprécier l'évaluation du caractère approprié effectuée par les responsables du traitement. Il revient aux autorités de contrôle de déterminer dans quelle mesure il convient d'enquêter sur cette question¹¹⁵.
138. Le CEPD souligne qu'il est de la responsabilité des autorités de contrôle de s'assurer de l'application du RGPD. L'évaluation de la validité et du caractère libre du consentement n'est pas une mission pouvant être externalisée. Toutefois, il existe de nombreuses situations dans lesquelles les autorités de contrôle peuvent avoir intérêt à consulter des autorités compétentes dans d'autres domaines du droit, notamment les autorités chargées de la protection des consommateurs et de la concurrence, conformément au principe de coopération loyale consacré à l'article 4, paragraphe 3, TUE, ainsi que l'a récemment souligné la CJUE¹¹⁶. Le cas échéant, les autorités de contrôle peuvent choisir de

¹¹⁴ À cet égard, voir les lignes directrices du CEPD relatives à l'article 25, «Protection des données dès la conception et protection des données par défaut», version 2.0, point 70.

¹¹⁵ Voir l'article 57, paragraphe 1, point f), du RGPD, lequel est également pertinent pour les enquêtes d'office.

¹¹⁶ Arrêt *Bundeskartellamt* de la CJUE, point 53: «[e]n vertu de ce principe, conformément à une jurisprudence constante, dans les domaines relevant du droit de l'Union, les États membres, y compris leurs autorités

consulter ces autorités dans l'exercice de leurs missions. La consultation de ces autorités peut être juridiquement obligatoire lorsque les autorités de contrôle appliquent ou interprètent des domaines du droit de l'Union qui sont soumis au contrôle d'autres autorités.

4.2.1.5 Granularité

139. Une autre condition relative au consentement libre est la granularité. La granularité est un élément clé pour déterminer si les finalités sont suffisamment distinctes. Lorsqu'elle est confrontée à un modèle «consentir ou payer», la personne concernée devrait être libre de choisir la ou les différentes finalités qu'elle accepte, plutôt que de devoir consentir à un ensemble de finalités de traitement. Une référence à la granularité dans le RGPD figure au considérant 43 dudit règlement, dans lequel il est précisé que le consentement est présumé ne pas avoir été donné librement si la demande de consentement ne permet pas aux personnes concernées de donner un consentement distinct pour différentes finalités de traitement¹¹⁷. La granularité est étroitement liée à l'exigence selon laquelle le consentement doit être spécifique, comme expliqué plus en détail à la section 4.2.3¹¹⁸. Comme précédemment indiqué par le CEPD, «afin de se conformer aux conditions d'obtention d'un consentement valable lorsque le traitement des données est effectué pour différentes finalités, il convient de détailler le consentement, c.-à-d. de différencier ses différentes finalités et d'obtenir un consentement pour chacune d'entre elles»¹¹⁹.
140. Dans le cas de la publicité comportementale proposée par les grandes plateformes en ligne, il convient d'accorder une attention particulière à la granularité du consentement, étant donné que la dynamique complexe en jeu pose d'importants défis. Dans ce cadre, il convient de relever que les plateformes en ligne qui diffusent de la publicité comportementale utilisent des infrastructures techniquement avancées, qui font souvent partie d'un écosystème numérique dans lequel de multiples points de données provenant de différentes sources sont très probablement combinés, analysés et susceptibles de faire l'objet d'une mise aux enchères en temps réel. Compte tenu de ces diverses dynamiques, les responsables du traitement ne peuvent pas demander aux personnes concernées un consentement général pour un certain nombre de finalités différentes, par exemple la personnalisation du contenu, la personnalisation des publicités, le développement de services, l'amélioration des services, ou la mesure de l'audience. Dans le même ordre d'idées, le CEPD rappelle que les personnes concernées devraient être libres de choisir la finalité qu'elles acceptent, plutôt que d'être confrontées à une seule demande de consentement regroupant plusieurs finalités. À cet égard, il convient de mettre l'accent sur la distinction entre les finalités liées à la fonctionnalité du service et celles liées à la publicité comportementale, ainsi que sur les opérations de traitement qui découlent de chaque finalité¹²⁰. Les

administratives, doivent se respecter et s'assister mutuellement dans l'accomplissement des missions découlant des traités, prendre toute mesure propre à assurer l'exécution des obligations résultant notamment des actes des institutions de l'Union ainsi que s'abstenir de toute mesure susceptible de mettre en péril la réalisation des objectifs de l'Union.»

¹¹⁷ Le considérant 32 du RGPD énonce que «[l]e consentement donné devrait valoir pour toutes les activités de traitement ayant la ou les mêmes finalités. Lorsque le traitement a plusieurs finalités, le consentement devrait être donné pour l'ensemble d'entre elles».

¹¹⁸ Voir les lignes directrices du CEPD sur le consentement, points 42 et 55.

¹¹⁹ Lignes directrices du CEPD sur le consentement, point 44.

¹²⁰ Cette finalité peut également concerner des opérations de traitement technique intrinsèquement liées à la finalité publicitaire, telles que le plafonnement de la fréquence ou la mesure de l'efficacité des campagnes publicitaires. Voir la réponse du CEPD à l'initiative de la Commission en faveur d'un engagement volontaire des entreprises visant à simplifier la gestion par les consommateurs des cookies et des choix publicitaires personnalisés, p. 7 de l'annexe.

considérations formulées à cet égard aux sections 4.2.2 et 4.2.3 consacrées au consentement éclairé et spécifique sont également pertinentes en l'espèce.

4.2.2 Consentement éclairé

141. Le considérant 42 du RGPD fait explicitement référence au consentement éclairé: «pour que le consentement soit éclairé, la personne concernée devrait connaître au moins l'identité du responsable du traitement et les finalités du traitement auquel sont destinées les données à caractère personnel».
142. Il est essentiel de fournir des informations aux personnes concernées **avant d'obtenir leur consentement** afin de leur permettre de prendre des décisions en connaissance de cause et de comprendre ce qu'elles acceptent. Si le responsable du traitement ne fournit pas d'informations accessibles, le contrôle de l'utilisateur devient illusoire et le consentement ne sera pas valable.
143. Par conséquent, il est nécessaire d'informer la personne concernée de certains éléments qui sont indispensables pour faire un véritable choix. En fonction du contexte, davantage d'informations peuvent être nécessaires pour permettre à la personne concernée de **réellement comprendre les opérations de traitement** en cause¹²¹.
144. Étant donné que la condition relative au consentement éclairé est également liée aux principes fondamentaux tels que la transparence, la loyauté et la responsabilité, il convient de tenir compte de ces principes lors de l'évaluation des modèles «consentir ou payer» (voir section 4.1 ci-dessus). En outre, étant donné que les conditions relatives au consentement éclairé et spécifique portent sur le niveau et la qualité des informations à fournir à la personne concernée, les sections 4.2.2 et 4.2.3 du présent avis doivent être comprises comme complémentaires.

4.2.2.1 Exigences de contenu pour que le consentement soit éclairé

145. Dans le cadre des modèles «consentir ou payer», les grandes plateformes en ligne devraient déterminer quelles informations il convient de fournir aux personnes concernées quant au traitement de leurs données à caractère personnel à des fins de publicité comportementale. D'une manière générale, il incombe aux responsables du traitement, en vertu du principe de responsabilité, d'élaborer et de documenter un processus d'information permettant aux personnes concernées d'avoir une compréhension complète et claire de la valeur, de la portée et des conséquences des différents choix qui s'offrent à elles.
146. En utilisant les termes «au moins», le considérant 42 du RGPD ne fournit pas de liste exhaustive d'informations à transmettre à la personne concernée pour garantir un consentement éclairé. L'identité du responsable du traitement et la description des finalités des activités de traitement constituent des exigences minimales. Ces exigences sont adaptées au cas par cas, en fonction des activités de traitement prévues par le responsable du traitement¹²².

¹²¹ Le CEPD observe note que la CJUE a rendu un arrêt dans lequel il est précisé que l'information «doit permettre à ladite personne [concernée] de déterminer facilement les conséquences du consentement» et «garantir que ce consentement soit donné en pleine connaissance de cause». Arrêt de la Cour de justice de l'Union européenne du 11 novembre 2020, Orange Romania/Autoritatea Națională de Supraveghere a Prelucrării Datelor cu Caracter Personal (ANSPDCP), C-61/19, ECLI:EU:C:2020:901, point 40.

¹²² En ce qui concerne les exigences minimales de contenu pour que le consentement soit «éclairé», voir la section 3.3.1 des lignes directrices du CEPD sur le consentement.

147. L'expression «la personne concernée devrait connaître» impose aux responsables du traitement la responsabilité de veiller à ce que les utilisateurs comprennent quel traitement de données sera effectué par le responsable du traitement lorsqu'ils commencent à utiliser le service. Cela inclut l'obligation d'informer les utilisateurs des activités de traitement qui se déroulent en arrière-plan et dont ils peuvent ne pas avoir connaissance. Si les informations appropriées ne sont pas fournies, il peut en découler une asymétrie de l'information et les personnes concernées peuvent ne pas être en mesure de prévoir la manière dont leurs données à caractère personnel seront traitées¹²³. Les grandes plateformes en ligne devraient veiller à ce que les personnes concernées aient une compréhension claire des activités de traitement et de tout changement les concernant, par exemple lorsqu'une telle plateforme passe à un modèle «consentir ou payer».
148. Dans le cadre de la publicité comportementale, il est important de fournir des informations suffisamment détaillées pour que les personnes concernées puissent comprendre à quels aspects du service elles consentent, tout en conservant la possibilité de ne pas consentir à d'autres. Pour que le consentement soit valable, il est indispensable de fournir des informations détaillées permettant aux personnes concernées d'établir une distinction entre les différentes finalités du traitement. À cet égard, les grandes plateformes en ligne ne devraient pas exiger des personnes concernées qu'elles consentent à des activités de traitement dont la finalité n'est pas définie de manière appropriée ou univoque. Par exemple, la personne concernée devrait savoir clairement à quelles fins ses données sont collectées, quelles données sont collectées pour chaque finalité et pour quel motif¹²⁴. Les grandes plateformes en ligne ne devraient pas définir la finalité de l'activité de traitement en des termes trop larges de sorte que la personne concernée puisse comprendre les conséquences de son choix (par exemple, les «finalités commerciales» ou la «personnalisation»). Les considérations exposées dans la section 4.2.3 relative aux exigences de consentement spécifique sont également pertinentes à cet égard.
149. Les grandes plateformes en ligne devraient décrire de manière loyale et exhaustive la finalité pour laquelle le consentement est recueilli. Par exemple, les grandes plateformes en ligne peuvent ne pas limiter la description de la finalité du traitement aux avantages qu'il apporte aux personnes concernées (par exemple, une expérience plus personnalisée) si ce traitement entraîne également d'autres conséquences pour ces personnes (telles que le profilage ou un suivi intrusif, par exemple).
150. Dans le cadre des modèles «consentir ou payer», les choix présentés aux personnes concernées doivent être cohérents avec les informations qui leur sont fournies. La personne concernée doit savoir clairement à quoi servirait la rémunération qu'elle verserait et comment cela affecterait le traitement des données en question. Si des informations sont fournies sur les modèles commerciaux que le responsable du traitement applique dans chacune des options, ces informations ne devraient pas se substituer aux informations sur le traitement des données à caractère personnel.
151. En outre, la publicité comportementale est nécessairement liée au profilage des activités en ligne de la personne concernée et implique souvent l'utilisation de données à caractère personnel obtenues de

¹²³ À cet égard, le CEPD note que l'article 7, paragraphes 1 et 2, de la directive sur les pratiques commerciales déloyales (directive 2005/29/CE du Parlement européen et du Conseil relative aux pratiques commerciales déloyales des entreprises vis-à-vis des consommateurs dans le marché intérieur, JO C 526 du 29 décembre 2001, p. 1-129) prévoit l'obligation pour les entreprises de fournir toutes les informations dont le consommateur moyen a besoin pour prendre une décision en connaissance de cause.

¹²⁴ Voir la section «Exigences minimales de contenu pour que le consentement soit "éclairé"» des lignes directrices du CEPD sur le consentement, points 64 et 65.

manière indirecte auprès de la personne concernée. Le processus de profilage consiste souvent en des interactions et des échanges de données opaques entre le responsable du traitement et des tiers. Cette opacité peut, par exemple, s'observer lors de l'utilisation croisée de données au sein et en dehors de la plateforme. Les grandes plateformes en ligne peuvent traiter à des fins de profilage les données à caractère personnel collectées tant sur leur plateforme qu'en dehors de celle-ci. Il incombe aux responsables du traitement de veiller à ce que les personnes concernées comprennent les techniques intervenant dans le processus de profilage¹²⁵. Dans ce cadre, le considérant 60 du RGPD indique que la communication d'informations sur le profilage fait partie des obligations de transparence incombant au responsable du traitement en vertu de l'article 5, paragraphe 1, point a), du RGPD.

152. Les responsables du traitement devraient fournir des informations appropriées sur chaque version du service qu'ils proposent, y compris lorsqu'une ou plusieurs de ces versions ne nécessite(nt) pas de consentement à des fins de publicité comportementale. Cela vaut également pour l'option alternative gratuite sans publicité comportementale (voir section 4.2.1.1). Le responsable du traitement devrait être transparent en ce qui concerne la base juridique sur lequel repose, dans chacune des options, le traitement des données à caractère personnel des personnes concernées.
153. Les grandes plateformes en ligne devraient tenir compte en particulier des points suivants lorsqu'elles fournissent des informations aux personnes concernées:
 - le cas échéant, les destinataires ou catégories de destinataires des données à caractère personnel;
 - le cas échéant, le fait que le responsable du traitement a l'intention de transférer des données à caractère personnel vers un pays tiers et la durée pendant laquelle les données à caractère personnel seront conservées;
 - la collecte et le traitement des données conservées par le responsable du traitement, indépendamment du choix de la personne concernée de consentir ou non à la publicité comportementale;
 - le droit de la personne concernée de retirer son consentement à tout moment et les conséquences de ce retrait; et
 - la combinaison ou l'utilisation croisée de données, c'est-à-dire si et dans quelle mesure les données sont fusionnées avec des données collectées par d'autres services (du même responsable du traitement) ou avec des données collectées par d'autres responsables du traitement.

4.2.2.2 *Comment fournir les informations*

4.2.2.2.1 *Moment et présentation de la communication*

154. Les grandes plateformes en ligne devraient fournir des informations complètes avant le début du traitement des données à des fins de publicité comportementale. Elles peuvent, par exemple, présenter un résumé succinct des différences entre chaque option proposée dans le modèle

¹²⁵ Groupe de travail «article 29», WP251 rev.1, 3 octobre 2017, Lignes directrices relatives à la prise de décision individuelle automatisée et au profilage aux fins du règlement (UE) 2016/679, telles que révisées et adoptées en dernier lieu le 6 février 2018, approuvées par le CEPD le 25 mai 2018 (ci-après les «lignes directrices du G29 sur la prise de décision individuelle automatisée»), p. 10.

«consentir ou payer», puis donner les informations complètes et détaillées, option par option, au moyen de boutons distincts et séparés pour chaque option.

155. Les recommandations contenues dans les lignes directrices du CEPD sur les modèles de conception trompeurs dans les interfaces de plateformes de médias sociaux sont pertinentes pour définir la manière dont les informations devraient être communiquées aux personnes concernées¹²⁶. En outre, les personnes concernées devraient disposer de suffisamment de temps pour assimiler les informations qu'elles reçoivent¹²⁷.

4.2.2.2.2 Exigences de transparence

156. Les lignes directrices sur la transparence au sens du RGPD devraient être prises en considération par les grandes plateformes en ligne qui mettent en place un modèle «consentir ou payer»¹²⁸.
157. En ce qui concerne les termes utilisés pour fournir les informations, les éléments d'une information «concise» et formulée en des «termes clairs et simples» imposent au responsable du traitement d'adapter ces termes aux personnes concernées¹²⁹. Cela signifie que les informations doivent être fournies de manière claire et intelligible pour le public cible.
158. Afin de se conformer à ces exigences de transparence, il convient pour le responsable du traitement d'évaluer le type de public auquel il s'adresse. Après avoir identifié leur public, les responsables du traitement devraient déterminer quelle est l'approche appropriée en ce qui concerne la langue et la communication. Ils devraient ainsi veiller à ce que leur public comprenne le service et la manière dont l'utilisation de ce service se répercute leurs données à caractère personnel.
159. La formulation utilisée doit permettre de définir clairement les conséquences que le choix de la personne concernée aura sur le traitement de ses données à caractère personnel¹³⁰. Par exemple, le responsable du traitement doit non seulement expliquer à la personne concernée que son choix déterminera la présence ou l'absence de publicité, mais aussi que son choix déterminera si, et dans quelle mesure, le responsable du traitement traitera ses données à caractère personnel à des fins de publicité comportementale.
160. Les responsables du traitement peuvent utiliser différents canaux d'information en fonction du type de plateforme en ligne fournie. Par exemple, des informations peuvent être fournies aux personnes concernées au moyen de vidéos expliquant les différences entre les solutions possibles, ou de pages interactives illustrant à l'aide d'exemples à quoi ressemblerait le service en fonction des différentes options. Les responsables du traitement peuvent envisager de réaliser des tests «utilisateurs» pour déterminer le canal d'information le plus approprié.

¹²⁶ Lignes directrices du CEPD sur les modèles de conception trompeurs.

¹²⁷ À cet égard, voir également les lignes directrices du CEPD sur les modèles de conception trompeurs, points 43 à 48.

¹²⁸ Groupe de travail «article 29», WP260 rev.01, Lignes directrices sur la transparence au sens du règlement (UE) 2016/679, adoptées le 29 novembre 2017, telles que révisées et adoptées en dernier lieu le 11 avril 2018, approuvées par le CEPD le 25 mai 2018 (ci-après les «lignes directrices du G29 sur la transparence»).

¹²⁹ Lignes directrices du G29 sur la transparence, point 13, qui précise qu'«[u]ne traduction dans une ou plusieurs langues devrait être fournie lorsque le responsable du traitement cible des personnes concernées parlant ces langues».

¹³⁰ Lignes directrices du CEPD sur le consentement, point 70.

4.2.3 Consentement spécifique

161. L'article 6, paragraphe 1, point a), du RGPD, dispose que le consentement doit être donné pour «une ou plusieurs finalités spécifiques». L'exigence selon laquelle le consentement doit être «spécifique» est étroitement liée aux exigences imposant que le consentement soit également «éclairé» et «granulaire». Pour que le consentement soit spécifique, les grandes plateformes en ligne devraient définir une finalité spécifique, explicite et légitime pour les activités de traitement pour lesquelles le consentement est recueilli, et fournir aux personnes concernées des informations suffisantes sur ces activités de traitement¹³¹. Il convient d'éviter un élargissement ou un estompement progressifs des finalités (ce que l'on appelle le «détournement d'usage»), car cela compromettrait et contredirait le principe de limitation de la finalité¹³².
162. Compte tenu du système complexe d'activités de traitement des données qui sous-tend la publicité comportementale, les grandes plateformes en ligne devraient définir et délimiter précisément les finalités des activités de traitement qu'elles effectuent. Les finalités de la publicité comportementale doivent être présentées par le responsable du traitement afin de permettre à l'utilisateur de comprendre quelles activités de traitement sont réalisées pour chaque finalité et de décider s'il y a lieu de donner son consentement¹³³.
163. Les grandes plateformes en ligne devraient évaluer et documenter au cas par cas si la publicité comportementale implique pour elles de traiter des données à caractère personnel pour des finalités différentes et d'exiger des consentements distincts pour ces finalités¹³⁴. À l'inverse, les processus techniques qui peuvent être inextricablement liés à une seule finalité peuvent ne pas nécessiter de consentements distincts¹³⁵. Les considérations formulées à la section 4.2.1.5 (sur la granularité) et à la section 4.2.2 (sur le consentement éclairé) doivent également être prises en considération.

4.2.4 Indication univoque des souhaits

164. Pour que le consentement soit valable au sens de l'article 4, point 11), du RGPD, il doit notamment constituer une «manifestation de volonté "[...] univoque" de la personne concernée, prenant la forme d'une déclaration ou d'"un acte positif clair" marquant son acceptation du traitement des données à

¹³¹ Voir également le considérant 28, qui indique que les finalités «doivent être déterminées lors de la collecte des données». Lignes directrices du CEPD sur le consentement, point 56.

¹³² Lignes directrices du CEPD sur le consentement, point 56.

¹³³ Voir l'avis 3/2013 du G29 sur la limitation de la finalité (WP203), p. 16: «Pour ces raisons, les finalités vagues ou générales, telles que des fins d'"amélioration de l'expérience utilisateur", des "fins commerciales", des "fins de sécurité informatique" ou des fins de "recherches futures", ne satisferont généralement pas – si pas davantage détaillées – au critère d'être "spécifiques".»

¹³⁴ Voir, par exemple, l'arrêt *Bundeskartellamt* de la CJUE, point 151: «il est approprié [...] qu'un consentement distinct puisse être donné pour le traitement de ces dernières données, d'une part, et des données off Facebook, d'autre part.»

¹³⁵ Réponse du CEPD à l'initiative de la Commission en faveur d'un engagement volontaire des entreprises visant à simplifier la gestion par les consommateurs des cookies et des choix publicitaires personnalisés, p. 7 (où il est précisé: «Si un utilisateur consent au stockage d'informations sur son équipement terminal ou à l'accès aux informations qui y sont déjà stockées à des fins publicitaires bien décrites, cette finalité peut concerner des opérations techniques de traitement intrinsèquement liées à la finalité publicitaire, telles que l'utilisation de cookies pour le plafonnement de la fréquence ou la mesure de l'efficacité des campagnes publicitaires. Ces opérations techniques de traitement peuvent entraîner le stockage d'informations sur l'équipement terminal ou l'accès aux informations qui y sont déjà stockées»).

caractère personnel la concernant»¹³⁶. Cela signifie qu'il doit être évident que la personne concernée a consenti au traitement spécifique des données¹³⁷.

165. Les responsables du traitement devraient concevoir avec attention la manière dont les personnes concernées sont invitées à donner leur consentement, en particulier lorsqu'ils ont l'intention de recueillir leur consentement à des fins autres que la publicité comportementale (par exemple, l'amélioration du service ou la personnalisation du contenu). On ne peut généralement pas considérer que les personnes concernées consentent de manière univoque à toutes les finalités par un acte unique là où il serait approprié que les personnes concernées puissent exprimer des préférences plus détaillées.
166. Dans le cadre des modèles «consentir ou payer», les utilisateurs sont invités à consentir à certaines activités de traitement afin d'accéder au service sans devoir verser une rémunération. Lorsqu'un utilisateur consent aux activités de traitement qui permettent d'accéder gratuitement au service, il convient de garder à l'esprit que l'utilisateur ne consent qu'à ces activités de traitement, compte tenu des exigences relatives au consentement «spécifique». Pour que le consentement puisse être considéré comme clairement donné pour d'autres finalités, ces dernières devraient être sélectionnées de manière active par l'utilisateur.
167. Un autre aspect important pour que la manifestation de volonté soit univoque est le fait que l'utilisateur ne doit pas être exposé à des modèles de conception trompeurs et que les différentes options doivent être présentées d'une manière équivalente. À cet égard, le CEPD renvoie également à ses lignes directrices sur les modèles de conception trompeurs dans les interfaces de plateformes de médias sociaux¹³⁸.
168. Avec les modèles «consentir ou payer», il est par exemple important de garder à l'esprit que les utilisateurs peuvent être induits en erreur en donnant leur consentement si les responsables du traitement fournissent des informations ambiguës. Tel est le cas lorsque le consentement est recueilli en utilisant des formulations telles que «poursuivre simplement» ou «poursuivre sans paiement»¹³⁹. En pareils cas, le non-paiement est présenté d'une manière telle qu'il ne ressort pas clairement que le choix de l'option gratuite implique de donner son consentement¹⁴⁰. Afin de garantir une manifestation de volonté univoque, les questions posées devraient donc être formulées de manière précise et transparente, et le consentement au traitement des données à caractère personnel ne devrait pas être présenté comme une simple possibilité d'éviter le paiement.

4.3 Éléments supplémentaires

4.3.1 Retrait du consentement

169. L'article 7, paragraphe 3, du RGPD, dispose que la personne concernée a le droit de retirer son consentement à tout moment. En outre, conformément audit article, il «est aussi simple de retirer que de donner son consentement»¹⁴¹. En vertu du RGPD, l'obligation de garantir un retrait facile est un

¹³⁶ Arrêt de la Cour du 11 novembre 2020, *Orange Romania*, C-61/19, ECLI:EU:C:2020:901, point 36.

¹³⁷ Lignes directrices du CEPD sur le consentement, point 75.

¹³⁸ Lignes directrices du CEPD sur les modèles de conception trompeurs.

¹³⁹ Lignes directrices du CEPD sur le consentement, point 84.

¹⁴⁰ Voir les lignes directrices du CEPD sur les modèles de conception trompeurs, annexe I, point 4.6.2.

¹⁴¹ Il n'est pas toujours nécessaire que la personne concernée donne et retire son consentement moyennant la même action. Cependant, si le consentement est obtenu par voie électronique uniquement par un clic de souris,

aspect nécessaire à un consentement valable¹⁴². Il n'existe pas de solution spécifique pour la mise en œuvre de ces exigences. Il est donc généralement nécessaire de vérifier au cas par cas si une option de retrait facilement accessible est prévue et conforme aux exigences légales¹⁴³. Cela dépend également de la question de savoir si la possibilité de retirer le consentement est clairement et distinctement reconnaissable et si elle n'est pas présentée dans le cadre d'une conception trompeuse ou manipulatrice¹⁴⁴.

170. Le responsable du traitement est tenu d'informer la personne concernée de son droit de retrait avant qu'elle ne donne effectivement son consentement¹⁴⁵. Il doit en outre informer les personnes concernées de la façon dont elles peuvent exercer ce droit¹⁴⁶.
171. Les personnes concernées devraient pouvoir retirer leur consentement sans subir de préjudice¹⁴⁷. Il est important de noter que, si une personne concernée subit un préjudice lorsqu'elle retire son consentement, il peut être conclu que le consentement n'a jamais été obtenu de façon valable et il incombe au responsable du traitement de supprimer toutes les données à caractère personnel relatives à l'utilisateur qui ont été collectées sur la base de ce consentement non valable¹⁴⁸.
172. Dans le cadre des modèles «consentir ou payer» à examiner ici, il convient tout d'abord de distinguer, d'une part, l'exercice du droit de retrait en tant que tel et, d'autre part, la volonté de l'utilisateur de continuer à utiliser le service après le retrait du consentement. Il importe de fournir des informations transparentes et clairement reconnaissables sur la manière dont le droit de retrait peut être exercé, afin d'éviter de donner l'impression que le retrait entraînerait automatiquement la souscription d'un abonnement payant. En pareils cas, l'exercice du droit de retrait aura pour conséquence que l'utilisateur sera à nouveau confronté à un choix: donner son consentement au traitement à des fins de publicité comportementale ou souscrire un abonnement payant (ou opter pour l'option alternative gratuite sans publicité comportementale si celle-ci est proposée). Il convient de répondre à cette nouvelle situation de la même manière qu'à la question générale visant à déterminer s'il est possible d'opérer un libre choix dans le cas de modèles «consentir ou payer». En ce qui concerne le critère appliqué pour constater l'existence d'un préjudice éventuel, il convient donc de se référer aux explications figurant à la section 4.2.1.2 («Préjudice»). S'il est estimé, dans une situation donnée, qu'un libre choix peut être fait, il devrait également en être de même pour le retrait étant donné que, dans le cas contraire, cela entraînerait toujours l'invalidité du consentement.
173. Quoi qu'il en soit, il devrait être clair que la décision d'un utilisateur de s'abonner à la version payante du service alors qu'il avait au départ consenti au traitement à des fins de publicité comportementale

une frappe ou en balayant l'écran, les personnes concernées doivent, en pratique, pouvoir retirer ce consentement tout aussi facilement. Lignes directrices du CEPD sur le consentement, points 113 et 114.

¹⁴² Lignes directrices du CEPD sur le consentement, point 116.

¹⁴³ Voir le rapport sur les travaux entrepris par la task-force «bannières cookies» du CEPD, point 35.

¹⁴⁴ Voir également le considérant 37 du règlement sur les marchés numériques: «Enfin, il devrait être aussi simple de retirer son consentement que de le donner. Les contrôleurs d'accès ne devraient pas concevoir, organiser ou exploiter leurs interfaces en ligne de façon à tromper ou à manipuler les utilisateurs finaux ou, de toute autre manière, à altérer ou à limiter substantiellement la capacité des utilisateurs finaux de donner librement leur consentement.»

¹⁴⁵ Article 7, paragraphe 3, du RGPD.

¹⁴⁶ Lignes directrices du CEPD sur le consentement, point 116.

¹⁴⁷ Considérant 42 du RGPD; lignes directrices du CEPD sur le consentement, points 46 et 114.

¹⁴⁸ Lignes directrices du CEPD sur le consentement, point 49.

constitue un retrait de son consentement. En revanche, la résiliation de l'abonnement payant n'équivaut pas à l'octroi du consentement.

174. Afin d'évaluer si le droit de retrait satisfait aux exigences du RGPD, les conséquences de l'exercice de ce droit devraient également être prises en considération. Les lignes directrices du CEPD sur le consentement expliquent qu'en règle générale, si le consentement est retiré, toutes les opérations de traitement des données fondées sur le consentement ayant eu lieu avant le retrait du consentement et conformes au RGPD restent licites, mais le responsable du traitement doit cesser les activités de traitement en question¹⁴⁹. Si aucune autre base juridique ne justifie le traitement des données, y compris la période de conservation, celles-ci devraient être supprimées par le responsable du traitement¹⁵⁰.
175. Le retrait du consentement au traitement des données à des fins de publicité comportementale devrait donc entraîner la cessation de toutes les activités de traitement autorisées par le consentement de la personne concernée. Cela a une incidence non seulement sur le stockage des données sur l'équipement terminal à des fins de publicité comportementale et/ou sur l'accès aux données qui y sont déjà stockées, mais aussi sur le traitement ultérieur des données collectées à ces fins (par exemple, lorsque ces données sont ensuite partagées avec des tiers). Cela est particulièrement important dès lors que le responsable du traitement utilise un vaste réseau publicitaire pour cibler des personnes et les suivre sur plusieurs sites web.
176. Les conclusions de la CJUE dans l'arrêt *Proximus*¹⁵¹ s'appliquent également dans le contexte de la publicité comportementale, en particulier dans le cadre de l'utilisation de méthodes de commercialisation en ligne telles que les enchères en temps réel. Il serait également contraire au principe consistant à rendre le retrait aussi simple que le consentement que l'utilisateur lui-même doive exercer son droit de retrait à l'égard de chaque responsable du traitement concerné, alors que le consentement peut être donné à tous en un seul clic. En outre, en particulier lors de la création et du développement de profils d'utilisateur utilisés à des fins de publicité comportementale, les profils devraient être supprimés après le retrait du consentement et ne devraient pas faire l'objet d'un traitement, y compris pour une autre finalité fondée sur une base juridique différente, sauf lorsque des données à caractère personnel sont traitées dès le départ pour une autre finalité fondée sur une base juridique valable.

4.3.2 Renouvellement du consentement

177. Le RGPD ne fixe pas de délai spécifique quant à la fréquence de renouvellement du consentement ni quant à la durée pendant laquelle le consentement peut être considéré comme exprimant la volonté

¹⁴⁹ Lignes directrices du CEPD sur le consentement, point 117.

¹⁵⁰ Lignes directrices du CEPD sur le consentement, point 117.

¹⁵¹ Arrêt de la Cour du 27 octobre 2022, *Proximus (Annuaire électroniques publics)*, C-129/21, ECLI:EU:C:2022:833. Dans l'arrêt *Proximus*, la CJUE a déclaré que, lorsque différents responsables du traitement se fondent sur le consentement unique de la personne concernée, il suffit, afin que cette personne retire un tel consentement, qu'elle s'adresse à l'un quelconque des responsables du traitement (point 84). La CJUE déclare en outre: «[...] afin de garantir l'effectivité du droit de retirer son consentement [...] et d'assurer que le consentement de la personne concernée soit strictement lié à la finalité pour laquelle il a été donné, le responsable du traitement, auprès duquel la personne concernée a retiré son consentement au traitement de ses données à caractère personnel, est effectivement tenu d'informer de ce retrait toute personne qui lui a transmis ces données ainsi que la personne à qui il a, à son tour, transmis lesdites données. Les responsables du traitement ainsi informés ont ensuite, à leur tour, l'obligation de transmettre ces informations aux autres responsables du traitement auxquels ils ont communiqué de telles données» (point 85).

de la personne concernée. Les responsables du traitement devraient procéder à cette évaluation au cas par cas.

Dans ses lignes directrices, le CEPD a fourni des critères susceptibles de guider les responsables du traitement lorsqu'il s'agit de déterminer la durée pendant laquelle le consentement devrait être considéré comme valable. Ces critères comprennent le contexte, la portée du consentement initial et les attentes de la personne concernée¹⁵². Les dispositions figurant dans d'autres actes législatifs de l'Union pourraient devoir être prises en considération dans le cadre de cette évaluation, en fonction des circonstances de l'espèce, telles que celles figurant à l'article 5, paragraphe 2, du règlement sur les marchés numériques.

178. Dans le cadre de la publicité comportementale, compte tenu du caractère intrusif du traitement, une période de validité du consentement limitée à un an, par exemple, semble appropriée¹⁵³.

5 CONCLUSIONS

179. Dans le cadre des modèles «consentir ou payer» utilisés par les grandes plateformes en ligne, le CEPD souligne la nécessité pour les responsables du traitement de se conformer à toutes les exigences du RGPD, en particulier les exigences relatives au consentement valable, telles que décrites dans le présent avis, tout en appréciant les spécificités de chaque cas.

Il y a lieu de conclure que, dans la plupart des cas, il ne sera pas possible pour les grandes plateformes en ligne de se conformer aux exigences en matière de consentement valable si les utilisateurs ne sont confrontés qu'à un choix binaire entre le consentement au traitement de données à caractère personnel à des fins de publicité comportementale et le versement d'une rémunération.

180. Le CEPD rappelle que les données à caractère personnel ne peuvent pas être considérées comme une marchandise négociable et que les grandes plateformes en ligne devraient garder à l'esprit la nécessité d'empêcher que le droit fondamental à la protection des données ne se transforme en une fonctionnalité dont les personnes concernées ne peuvent bénéficier que contre un paiement. Par conséquent, le fait d'offrir une (unique) option alternative au service qui soit payante et qui inclue le traitement à des fins de publicité comportementale ne devrait pas constituer la voie à suivre par défaut pour les responsables du traitement. Au contraire, lorsqu'elles conçoivent l'option alternative à la version du service avec publicité comportementale, les grandes plateformes en ligne devraient envisager de fournir aux personnes concernées une «option alternative équivalente» qui n'implique pas le versement d'une rémunération (par exemple, en incluant une autre forme de publicité qui n'est pas une publicité comportementale).
181. S'ils décident de fournir aux personnes concernées une «option alternative équivalente» qui implique le versement d'une rémunération, afin de garantir un choix réel et d'éviter de présenter aux utilisateurs un choix binaire entre le versement d'une rémunération et le consentement au traitement à des fins de publicité comportementale, les responsables du traitement devraient également envisager de proposer une autre solution, gratuite et sans publicité comportementale, assortie par exemple d'une forme de publicité impliquant le traitement d'un nombre réduit (ou nul) de données à

¹⁵² Lignes directrices du CEPD sur le consentement, point 110.

¹⁵³ Voir également l'avis du G29 sur la publicité comportementale en ligne, p. 20.

caractère personnel. Il s'agit d'un facteur particulièrement important dans l'évaluation de certains critères déterminant la validité du consentement au titre du RGPD.

Dans la plupart des cas, le fait qu'une autre option sans publicité comportementale soit proposée ou non, gratuitement, par le responsable du traitement aura une incidence considérable sur l'appréciation de la validité du consentement, notamment en ce qui concerne l'aspect du préjudice. Les grandes plateformes en ligne devraient donc accorder une attention particulière à l'offre d'une option alternative gratuite sans publicité comportementale.

182. Sur la base de la demande d'avis introduite par les autorités de contrôle néerlandaises, norvégiennes et allemandes (Hambourg) et de l'analyse ci-dessus, le CEPD conclut que **le consentement recueilli par les grandes plateformes en ligne** (telles que définies aux fins du présent avis) **dans le cadre de modèles «consentir ou payer» ayant trait à la publicité comportementale ne peut être considéré comme valable que dans la mesure où ces plateformes peuvent démontrer, conformément au principe de responsabilité, que toutes les conditions d'un consentement valable sont remplies**, à savoir que:

- le consentement est **donné librement**. À cet égard, les grandes plateformes en ligne devraient examiner les éléments suivants, notamment:
 - si la personne concernée subit un **préjudice** du fait de l'absence de consentement ou du retrait du consentement. À cet égard, les grandes plateformes en ligne utilisant des modèles «consentir ou payer» devraient veiller à ce que toute rémunération ne soit pas de nature à empêcher effectivement les personnes concernées de faire un libre choix, par exemple en les incitant à donner leur consentement. En outre, un préjudice peut survenir lorsque des personnes concernées non consentantes ne versent pas de rémunération et se voient donc exclues du service si elles ne donnent pas leur consentement, en particulier lorsque le service joue un rôle prépondérant, ou qu'il est déterminant pour la participation à la vie sociale ou l'accès aux réseaux professionnels, d'autant plus s'il existe des effets de verrouillage ou de réseau. En conséquence, un préjudice est susceptible de se produire lorsque les grandes plateformes en ligne utilisent un modèle «consentir ou payer» pour obtenir le consentement aux fins du traitement;
 - s'il existe un **déséquilibre de pouvoir** entre la personne concernée et elles. À cet égard, certains éléments non exhaustifs et non cumulatifs peuvent aider les grandes plateformes en ligne à procéder à cette évaluation au cas par cas, parmi lesquels la position de l'entreprise sur le marché, l'existence d'effets de verrouillage ou d'effets de réseau, la mesure dans laquelle la personne concernée est tributaire du service, et le public cible ou prédominant du service. S'il existe un déséquilibre manifeste, le consentement ne peut être utilisé que dans des «situations exceptionnelles» et lorsque le responsable du traitement, conformément au principe de responsabilité, peut prouver qu'il n'y a «absolument aucune conséquence négative» pour la personne concernée si elle ne donne pas son consentement, notamment lorsque les personnes concernées se voient proposer une autre solution sans incidence négative;
 - si le consentement est requis pour accéder à des biens ou à des services, même si le traitement fondé sur le consentement n'est pas nécessaire à l'exécution du contrat applicable à l'offre de ces biens ou services. Le CEPD observe que la CJUE a déclaré dans l'arrêt *Bundeskartellamt* que les utilisateurs qui refusent de consentir à des opérations particulières de traitement doivent se voir proposer, «le cas échéant contre une rémunération appropriée, une option alternative équivalente non accompagnée de telles

opérations de traitement de données». Ce faisant, les responsables du traitement éviteront un problème de conditionnalité. En tout état de cause, il est toujours indispensable que les autres critères caractérisant un consentement «donné librement» soient également remplis. Le CEPD considère que la nécessité pour les personnes concernées de se voir proposer une «**option alternative équivalente**» telle que mentionnée par la CJUE correspond à une version alternative du service en cause proposée par le même responsable du traitement qui n'implique pas de consentir au traitement de données à caractère personnel à des fins de publicité comportementale. Le CEPD fournit des éléments qui peuvent contribuer à garantir que l'option alternative est réellement équivalente. Si la version alternative n'est différente que dans la mesure nécessaire du fait que le responsable du traitement ne puisse pas traiter des données à caractère personnel à des fins de publicité comportementale, elle peut en principe être considérée comme équivalente. En outre, dans l'«option alternative équivalente», les opérations de traitement qui ne sont pas nécessaires à la fourniture du service et qui reposent sur le consentement doivent être exclues. Étant donné que les opérations de traitement effectuées à des fins de publicité comportementale ne sont pas nécessaires à la fourniture du service et reposent sur le consentement, ces opérations doivent être exclues de l'option alternative équivalente, à moins que ces opérations de traitement ne poursuivent également une autre finalité licite;

- si une **rémunération** imposée est de nature à empêcher les personnes concernées de faire un véritable choix ou à les inciter à donner leur consentement. Concernant l'imposition d'une rémunération pour accéder à la version «alternative équivalente» du service, les responsables du traitement devraient évaluer, au cas par cas, à la fois si une rémunération est tout bonnement appropriée et quel montant est adéquat dans le cas d'espèce, en gardant à l'esprit la nécessité d'éviter que le droit fondamental à la protection des données ne se transforme en une fonctionnalité privilégiée réservée aux riches. Cette évaluation devrait être effectuée à la lumière des conditions de validité du consentement et des principes énoncés à l'article 5 du RGPD, en particulier le principe de loyauté, et en tenant compte non seulement des options alternatives possibles à la publicité comportementale impliquant le traitement d'un nombre réduit (ou nul) de données à caractère personnel, mais aussi de la position des personnes concernées.

Les autorités de contrôle sont chargées de veiller à l'application du RGPD, ce qui peut également concerner les effets d'une quelconque forme de rémunération sur la liberté de choix des personnes concernées. Dans de nombreuses situations, les autorités de contrôle peuvent avoir intérêt à consulter des autorités compétentes dans d'autres domaines du droit, notamment les autorités chargées de la protection des consommateurs et de la concurrence;

- si les personnes concernées sont libres de choisir la finalité du traitement qu'elles acceptent, plutôt que d'être confrontées à une demande de consentement unique regroupant plusieurs finalités (**granularité**);
- le consentement est **éclairé**. Il incombe aux responsables du traitement, en vertu du principe de responsabilité, d'élaborer et de documenter un processus d'information permettant aux personnes concernées d'avoir une compréhension complète et claire de la valeur, de la portée et des conséquences des différents choix qui s'offrent à elles. En d'autres termes, avant qu'elles ne fassent un choix, les personnes concernées devraient recevoir des informations claires sur les

activités de traitement liées à chacune des options qui leur sont proposées. Les grandes plateformes en ligne devraient tenir compte de la complexité des activités de traitement des données requises pour fournir de la publicité comportementale et veiller à ce que les informations soient fournies de manière claire et intelligible pour le public cible;

- le consentement est une **manifestation de volonté univoque**. Les grandes plateformes en ligne devraient concevoir avec attention la manière dont les personnes concernées sont invitées à donner leur consentement, afin de veiller à ne pas leur proposer des modèles de conception trompeurs. Lorsqu'un utilisateur consent aux activités de traitement qui permettent d'accéder gratuitement au service, il convient de garder à l'esprit que l'utilisateur ne consent qu'à ces activités de traitement, compte tenu des exigences relatives au consentement «spécifique». Pour que le consentement puisse être considéré comme clairement donné pour d'autres finalités, ces dernières devraient être sélectionnées de manière active par l'utilisateur;
- le consentement est **spécifique**. En d'autres termes, les grandes plateformes en ligne devraient définir et délimiter précisément les finalités des activités de traitement pour lesquelles le consentement est requis. Par exemple, le consentement obtenu à des fins de publicité comportementale ne devrait pas être combiné à d'autres fins. Les grandes plateformes en ligne devraient évaluer et documenter au cas par cas si la publicité comportementale implique pour elles de traiter des données à caractère personnel pour des finalités différentes et d'exiger des consentements distincts pour ces finalités.

183. Le CEPD rappelle que **l'obtention du consentement ne dispense pas les grandes plateformes en ligne de respecter les autres règles et principes prévus par le RGPD**, y compris les principes énoncés à l'article 5 du RGPD. Les principes suivants revêtent une importance particulière pour les grandes plateformes en ligne qui mettent en place des modèles «consentir ou payer», et pas seulement au moment d'évaluer la validité du consentement:

- **la limitation de la finalité et la minimisation des données** – Il incombe aux grandes plateformes en ligne de définir clairement la finalité de leurs activités de traitement et de veiller à ce que seules les données à caractère personnel nécessaires pour atteindre cette finalité soient traitées;
- **la loyauté** – Afin de veiller à ce que leurs activités de traitement soient exercées de façon loyale, les grandes plateformes en ligne devraient tenir compte de l'incidence de leurs activités de traitement sur les droits et la dignité des personnes et accorder le plus haut degré d'autonomie possible aux personnes concernées;
- **la protection des données dès la conception** – Les grandes plateformes en ligne sont tenues de mettre en œuvre des mesures techniques et organisationnelles appropriées et d'intégrer dans leurs activités de traitement les garanties nécessaires afin de satisfaire aux exigences du RGPD et de protéger les droits et libertés des personnes concernées;
- **la protection des données par défaut** – Il incombe aux grandes plateformes en ligne de mettre en œuvre des paramètres et des options de traitement par défaut de manière que seul le traitement qui est strictement nécessaire pour atteindre la finalité licite prévue soit effectué par défaut;
- **la responsabilité** – Les grandes plateformes en ligne sont responsables et doivent être en mesure de démontrer le respect du RGPD, y compris des principes énumérés ci-dessus.

Pour le comité européen de la protection des données

La présidente

(Anu Talus)