

■ La personnalisation illicite ■

La perspective du droit européen de la consommation

ANNE-LISE SIBONY

Professeure à l'Université catholique de Louvain

DAMIAN CLIFFORD

Docteur en droit, KU Leuven

Au fil des années écoulées depuis les débuts d'internet puis du commerce en ligne, nous nous sommes habitués à être suivis : nos clics, les notes que nous attribuons à un restaurant, nos commentaires sur une vidéo sont observés. Mille et une autres traces électroniques plus subtiles indiquant nos identités, nos préférences et nos vulnérabilités sont analysées par des algorithmes qui déterminent les publicités, les offres et parfois les prix qui nous sont proposés. La plupart des citoyens ont pris conscience seulement récemment de l'existence d'une surveillance électronique généralisée et des stratégies d'influence qui sont à l'œuvre, notamment *via* les médias sociaux. De manière compréhensible, l'influence politique et la manipulation des opinions des citoyens sont au centre des inquiétudes. L'influence économique et la manipulation des choix des consommateurs ne suscitent pas autant d'attention. Toutefois, le sujet mérite aussi de sérieuses investigations.

Assurément, dans la sphère économique, il ne saurait être question de considérer toute influence comme problématique. Depuis que le commerce existe, les vendeurs ont déployé l'art de la persuasion. Les marchands de tapis auraient de longue date développé une expertise légendaire en la matière. En droit, la catégorie de *dolus bonus* atteste d'une tolérance ancienne et toujours actuelle à l'égard de pratiques considérées comme légitimes quand bien même elles seraient efficaces pour susciter des transactions qui n'auraient pas eu lieu sinon. Dans le contexte commercial, l'influence, aujourd'hui ciselée par des techniques marketing sophistiquées, est donc loin d'être interdite, mais elle est néanmoins régulée. Les principes qui sous-tendent cette régulation sont quelque peu épars. Ils sont notamment exprimés à travers le droit de la consommation, en particulier les règles relatives à l'information précon-

tractuelle et celles relatives aux pratiques commerciales déloyales¹. En outre, dans la sphère numérique, les règles relatives à la protection des données personnelles entrent en jeu dès que les données utilisées peuvent être mises en relation avec une personne identifiable, ce qui constitue le cas général, sinon universel². Si l'entrée en vigueur du Règlement général sur la protection des données personnelles (RGDP) en 2018 a focalisé, à juste titre, l'attention sur ce volet, la présente contribution propose un éclairage complémentaire, à travers le droit européen de la consommation. Moins présent dans les discussions sur les développements des algorithmes utilisant des données massives, il forme pourtant aussi une partie intégrante du matériau juridique que la réflexion sur la loyauté algorithmique doit intégrer.

À cet égard, il s'agit de déterminer si certains usages de données, qu'il s'agisse de leur recueil ou de leur traitement, peuvent être interdits au nom de la protection du consommateur. Compte tenu des contraintes de brièveté, nous ne nous attarderons pas dans la présente contribution sur les clauses abusives dans les politiques de confidentialité des sites marchands. L'analyse proposée est centrée sur ce qui nous paraît plus essentiel encore, à savoir si et à quelles conditions les pratiques de personnalisation pourraient, indépendamment de leur appréciation au regard du droit de la protection des données personnelles, constituer des pratiques commerciales déloyales au sens du droit de la consommation. Par pratiques de personnalisation, nous entendons non seulement le ciblage des publicités mais aussi la personnalisation des offres – en particulier la pratique consistant à personnaliser l'ordre dans lequel les résultats apparaissent en réponse à une requête sur un site marchand – et la personnalisation des prix, en fonction du profil du consommateur. Pour apprécier à quelles conditions les pratiques de personnalisation peuvent être considérées comme déloyales, il convient de resituer cette question dans la double perspective du droit européen de la consommation, qui cherche à protéger la loyauté des pratiques commerciales à l'égard des consommateurs, mais aussi le développement des transactions, ce qui suppose de soutenir la confiance des consommateurs dans le marché (I). En lien avec cette double perspective, apparaît une double faiblesse du droit actuel, tant en termes de légitimité que de praticabilité dans l'environnement numérique (II).

1. Respectivement directive UE n° 2011/83 relative aux droits des consommateurs, *JOUE* 22 nov. 2011, L 304/64, p. 64-88 et directive CE n° 2005/29, « Pratiques commerciales déloyales », *JOUE* 11 juin 2005, L 149/22, p. 22-39.

2. Art. 4 Règl. EU n° 2016/679, Règlement général sur la protection des données personnelles (ci-après « RGPD »), *JOUE* 4 mai 2016, L 119/1, p. 1-88.

I. ENTRE CONFIANCE DANS LE MARCHÉ ET LOYAUTÉ ENVERS LES CONSOMMATEURS : LA DOUBLE PERSPECTIVE DU DROIT EUROPÉEN DE LA CONSOMMATION SUR LES PRATIQUES DE PERSONNALISATION

Le droit européen de la consommation s'est développé dans la perspective de construction du marché intérieur. Il est important de le rappeler, car cet objectif de premier ordre est à l'origine de certaines caractéristiques distinctives des règles européennes de protection des consommateurs. En particulier, l'objectif d'intégration du marché intérieur explique l'accent placé sur la confiance des consommateurs. Les initiatives européennes ont toujours cherché à promouvoir le commerce transfrontalier, non seulement en supprimant les obstacles réglementaires, mais aussi en assurant les conditions de la confiance telle qu'elle est pensée par le législateur européen. Il s'agit d'une conception très particulière et assez étroite, centrée sur la volonté de rassurer les consommateurs sur le fait que, en cas d'incident à l'occasion d'une transaction transfrontalière, ils seront aussi bien protégés qu'à l'occasion d'une transaction domestique. Cette attention à la confiance dans le marché est ancienne et sous-tend toute l'entreprise d'harmonisation en droit privé³. Elle se retrouve aussi au cœur du programme législatif européen concernant l'économie numérique, tant il est vrai que toute l'activité réglementaire engagée au cours des dernières années accorde une attention particulière à renforcer la confiance des consommateurs dans le commerce électronique transfrontalier⁴.

Or, la personnalisation des offres, et en particulier celle des prix, soulève de vives craintes précisément au regard de la confiance que les consommateurs sont susceptibles d'accorder ou non aux acteurs de l'économie numérique et aux marchés en général. Lorsque, par exemple, Uber avait testé la personnalisation du prix des courses en fonction de la charge de batterie du téléphone de ses clients (proposant un prix plus élevé lorsque la batterie est presque déchargée), l'indignation ne s'est pas fait attendre⁵. De telles pratiques sapent

3. Pour un énoncé classique de l'idée selon laquelle ce serait l'ignorance des droits étrangers qui dissuaderait les consommateurs, v. par ex. le cons. 5 de la directive n° 93/13 sur les clauses abusives, *JOUE* 21 avr. 1993, L 95/29, p. 64-88 ou le livre vert de la Commission relatif aux actions envisageables en vue de la création d'un droit européen des contrats pour les consommateurs et les entreprises, COM(2010)348 final, p. 2.

4. Cons. 5 de la directive n° 2019/770 relative à certains aspects concernant les contrats de fourniture de contenus numériques et services numériques, *JOUE* 22 mai 2019, L 136, p. 1-27 ; Cons. 4 de la directive UE n° 2019/771 relative à certains aspects concernant les contrats de vente de biens, *JOUE* 22 mai 2019, L 136, p. 28-50.

5. V. entre autres : « Uber : Users Are More Likely To Pay Surge Pricing If Their Phone Battery Is Low », *Forbes*, 25 mai 2016, <https://www.forbes.com/sites/amitchowdhry/2016/05/25/uber-low-battery/#217b39e774b3> [<https://perma.cc/C3HX-M676>]

la confiance des consommateurs, qui se sentent floués. Ainsi, s'agissant de la régulation des pratiques de personnalisation, c'est la précieuse confiance des consommateurs dans le commerce numérique, autant que la loyauté des transactions, que les législateurs (européens et autres⁶) cherchent à préserver.

Au sein du droit européen de la consommation tel qu'il existe, les règles applicables aux pratiques de personnalisation n'échappent pas à cette tension entre l'objectif de promouvoir le commerce et celui de protéger les consommateurs. La directive sur les pratiques commerciales déloyales⁷ se situe clairement du côté de la protection des consommateurs et permet d'envisager l'hypothèse d'une personnalisation abusive (A) tandis que la directive sur les droits des consommateurs⁸, contrairement à ce que son intitulé suggère, adopte en ce qui concerne la personnalisation des offres, une approche très favorable aux professionnels, approche récemment confortée par la directive dite « modernisation⁹ » (B).

A. LA POSSIBILITÉ DE RÉGULER LA PERSONNALISATION ABUSIVE : LA DIRECTIVE SUR LES PRATIQUES COMMERCIALES DÉLOYALES

Les règles de la directive sur les pratiques commerciales déloyales ne sont nullement spécifiques à l'utilisation des données massives à des fins marketing, mais s'appliquent néanmoins aussi dans ce contexte. L'interdiction des pratiques commerciales déloyales est l'une des plus générales qui soient. Aux termes de l'article 5 de la directive, une pratique commerciale est déloyale si

- a) elle est contraire aux exigences de la diligence professionnelle et
- b) elle altère ou est susceptible d'altérer de manière substantielle le comportement économique, par rapport au produit, du consommateur moyen qu'elle touche ou auquel elle s'adresse, ou du membre moyen du groupe lorsqu'une pratique commerciale est ciblée vers un groupe particulier de consommateurs.

Initialement rédigée pour s'appliquer en conjonction avec des codes de conduite qui auraient précisé les exigences de la diligence professionnelle dans différents secteurs, cette disposition est demeurée telle quelle, alors même que ces codes n'ont pas été adoptés. Toutefois, cet article très général ne trouve à s'appliquer que si aucune disposition plus spécifique ne couvre la pratique examinée. À cet égard, la directive comporte deux séries de dispositions

6. V. à cet égard OCDE, *Personalised Pricing in the Digital Era*, DAF/COMP(2018)13, p. 23-26.

7. Dir. CE n° 2005/29, « Pratiques commerciales déloyales », préc.

8. Dir. UE n° 2011/83, « Droits des consommateurs », préc.

9. À l'heure où cet ouvrage part à l'impression, la directive « modernisation » a été adoptée par le Parlement et par le Conseil mais n'a pas encore été publiée au JOUE. Son texte définitif est disponible à l'adresse <https://data.consilium.europa.eu/doc/document/PE-83-2019-INIT/fr/pdf>

plus spécifiques, auxquelles il convient de donner priorité dans l'analyse : d'une part, la liste des pratiques réputées déloyales en toutes circonstances (« liste noire » figurant à l'annexe 1) et, d'autre part, les dispositions « semi-générales » interdisant les pratiques trompeuses (Art. 6 et 7) et agressives (Art. 8 et 9). Les pratiques de personnalisation peuvent-elles tomber sous le coup de l'une ou l'autre de ces dispositions ? C'est ce qu'il s'agit ici d'analyser.

1. Les pratiques de personnalisation peuvent-elles tomber sous le coup de la « liste noire » ?

Dans la liste noire initiale, aucune disposition n'interdit le ciblage abusif à partir de données massives¹⁰. Cela n'a rien d'étonnant si l'on se souvient que la directive date de 2005 : à l'époque, le commerce électronique était encore relativement peu développé en Europe. La pratique la plus proche du ciblage abusif que l'on peut trouver dans cette liste est celle des sollicitations répétées abusives. Il est interdit aux professionnels de « se livrer à des sollicitations répétées et non souhaitées par téléphone, télécopieur, courrier électronique ou tout autre outil de communication à distance¹¹ [...] ». Les dispositions de l'annexe sont certes d'interprétation stricte, mais on pourrait se demander si la pratique consistant à afficher une publicité dans le navigateur internet d'un consommateur de manière répétée et personnalisée pourrait être assimilée à « une sollicitation répétée et non souhaitée par un autre outil de communication à distance ». Quoi qu'il en soit, cette interdiction de la liste noire apparaît un peu en décalage par rapport à la pratique du ciblage, en ce sens qu'elle est fondée sur deux éléments et deux seulement : la répétition et l'absence de consentement. Le ciblage de certains consommateurs et les données sur la base desquelles il a été opéré ne font pas partie des éléments de la qualification. Il n'en reste pas moins que, si l'on va au-delà de la lettre du texte, son esprit paraît en cohérence avec l'idée selon laquelle, lorsqu'un consommateur n'a pas consenti à être sollicité – mais peut-être aussi à être ciblé ? –, il a droit à la tranquillité¹². Naturellement, cette hypothèse soulève la question de ce qui doit être considéré comme un consentement réel à l'utilisation du ciblage.

2. Quelles exigences de consentement ?

À cet égard, le RGPD pose une exigence de consentement¹³, mais renvoie lui-même au droit de la consommation pour interpréter cette exigence, plus

10. Concernant la mise à jour de cette liste par la directive « Modernisation », v. I. B. ci-après.

11. Annexe I, n° 26.

12. La Commission elle-même suggère ce rapprochement dans ses Orientations concernant la mise en œuvre/l'application de la directive CE n° 2005/29 relative aux pratiques commerciales déloyales, SWD(2016) 163 final, p. 172.

13. C'est le premier fondement possible pour que le traitement des données soit licite. RGPD, art. 6 a. Pour une analyse précise de cette exigence dans le contexte des pratiques de personnalisation, v. R. Steppe, « Online Price Discrimination and Personal Data : A

précisément à la directive sur les clauses abusives¹⁴. Ce renvoi concerne les déclarations de consentement pré-formulées, qui constituent l'hypothèse la plus fréquente. Le droit de la consommation et le droit de la protection des données personnelles se trouvent donc liés dans une sorte de boucle juridique dont les contours sont encore incertains¹⁵. Fondamentalement, cette incertitude est liée au doute qui transparaît à travers les textes applicables à propos de la légitimité de la marchandisation des données. D'un côté, le droit du marché intérieur, de manière pragmatique, admet que les données sont devenues une sorte de monnaie d'échange pour des services en ligne, tandis que, de l'autre, le droit de la protection des données tient un discours axé sur les droits fondamentaux qui semble exclure – ou peu s'en faut – la marchandisation telle qu'elle se pratique dans la sphère économique. Les débats qui ont entouré l'adoption de la directive sur les contenus numériques sont emblématiques à cet égard¹⁶. En vue d'étendre la protection du droit de la consommation aux contrats de services « gratuits » (comme par exemple le contrat qui lie une utilisatrice à Facebook), le projet initial mettait sur le même plan le contrat de contenus numériques « en échange duquel un prix doit être acquitté » et celui pour lequel « une contrepartie non pécuniaire, sous la forme de données personnelles ou de toutes autres données, doit être apportée de façon active par le consommateur¹⁷ ». Dans son avis sur ce projet, le contrôleur européen des données fit valoir que « les données à caractère personnel ne peuvent pas être comparées à un prix ou à de l'argent. En effet, les informations personnelles se rapportent à un droit fondamental et elles ne peuvent pas être considérées comme une marchandise¹⁸ ». En conséquence, il recommandait d'éviter de qualifier les données de contrepartie. Dans la même veine, concernant le consentement actif, le groupe de travail « article 29 », interprétant les conditions du consentement au sens de

General Data Protection Regulation Perspective », *Computer Law & Security Review* 2017, vol. 33, p. 768-785.

14. RGPD, cons. 42. Pour une analyse précise des implications de ce renvoi, v. D. Clifford, I. Graef et P. Valke, « Pre-formulated Declarations of Data Subject Consent – Citizen-Consumer Empowerment and the Alignment of Data, Consumer and Competition Law Protections », *German Law Journal* 2019, vol. 20, n° 5, p. 679-721.

15. C'est la raison pour laquelle certains auteurs appellent au développement d'un droit intégré : N. Helberger, F. Zuiderveen Borgesius et A. Reyna, « The Perfect Match ? A Closer Look at The Relationship Between EU Consumer Law and Data Protection Law », *Common Market Law Review* 2017, p. 1452-1453 ; N. Zingales, « Between a Rock and Two Hard Places : WhatsApp at the Crossroad of Competition, Data Protection and Consumer Law », *Computer Law & Security Review* 2017, n° 33, p. 553 ; D. Clifford, I. Graef et P. Valke, préc. note 14.

16. Dir. UE n° 2019/770 relative à certains aspects concernant les contrats de fourniture de contenus numériques et de services numériques, *JOUE* 22 mai 2019, L 136/1.

17. Proposition de directive concernant certains aspects des contrats de fourniture de contenu numérique COM/2015/0634 final, art. 3, § 1^{er}.

18. Contrôleur européen de la protection des données, avis 4/2017 sur la proposition de directive concernant certains aspects des contrats de fourniture de contenu numérique, https://edps.europa.eu/sites/edp/files/publication/17-03-14_opinion_digital_content_fr.pdf [<https://perma.cc/33SX-Z7UG>].

l'article 7 du RGPD, soulignait la nécessité de détailler le consentement pour chaque finalité en vue de laquelle des données sont traitées¹⁹. Cela n'a pas empêché la directive d'être adoptée et de reconnaître explicitement qu'une prestation de services échangée contre des données donne lieu à un contrat de consommation. La proposition de directive a certes fait l'objet d'une modification en vue de tenir compte de l'avis du contrôleur général des données, mais celle-ci reste purement terminologique : au lieu d'indiquer clairement que les données sont une « contrepartie », le texte final évite de le dire²⁰. À notre avis, ce silence ne change rien à la règle de droit qui est posée. Si l'on considère le point de vue de la *Common Law*, il faut une *consideration* pour que le contrat de consommation soit formé, or cette contrepartie ne peut être que les données. De manière analogue, dans une perspective de droit civil, le contrat de consommation dont la directive dit qu'il existe doit avoir une cause. Pour autant que la directive contienne une ambiguïté – ce qui, selon nous, n'est pas réellement le cas –, les droits nationaux se chargeront de la lever, chacun selon les catégories de leur droit des contrats.

Nous sommes en tout cas en présence de plusieurs textes dont l'articulation n'est pas claire. Certes, tant le droit de la consommation que le droit de la protection des données posent des exigences de transparence concernant le consentement éclairé. Il n'y a donc pas de contradiction. Cependant, le RGPD est plus précis que les textes de droit de la consommation, qui se contentent de prévoir que l'information doit être donnée de manière « claire et compréhensible » (formulation de la directive sur les clauses abusives²¹). De manière plus exigeante, le RGPD pose que l'information doit être « concise, aisément accessible et facile à comprendre, et formulée en des termes clairs et simples et, en outre, lorsqu'il y a lieu, illustrée à l'aide d'éléments visuels²² ». Le RGPD est aussi beaucoup plus spécifique que le droit de la consommation concernant la qualité du consentement exigé et prévoit, quoique dans un considérant, des présomptions de consentement insuffisamment éclairé²³. En l'état actuel du droit, un doute subsiste donc sur la conjonction de ces différents standards en pratique : on ne peut exclure que le consentement au traitement des données dans le cadre d'un contrat de services constitue une exigence plus stricte que celle du consentement éclairé au sens du droit de la consommation²⁴.

19. Groupe de travail « Article29 », Lignes directrices sur le consentement au sens du règlement n° 2016/679, https://www.cnil.fr/sites/default/files/atoms/files/ldconsentement_wp259_rev_0.1_fr.pdf [<https://perma.cc/97AK-37EJ>].

20. L'article 3, § 1^{er}, second alinéa de la directive contenus numériques prévoit que « la présente directive s'applique également lorsque le professionnel fournit ou s'engage à fournir un contenu numérique ou un service numérique au consommateur, et le consommateur fournit ou s'engage à fournir des données à caractère personnel au professionnel [...] ».

21. Directive sur les clauses abusives, art. 5.

22. RGPD, cons. 58.

23. RGPD, art. 7(4) et cons. 43.

24. D. Clifford, I. Graef et P. Valke, préc.

Il ressort au minimum de cette analyse que le caractère déloyal d'une pratique de personnalisation fondée sur des données que le consommateur a consenti à partager ne peut se faire sans une analyse de la qualité de ce consentement au regard des standards de clarté et d'intelligibilité développés à la fois dans le cadre du droit des données personnelles et en matière de clauses abusives²⁵. Il convient à cet égard de souligner que, dans sa jurisprudence en matière de clauses abusives, la Cour se montre plus ouverte qu'en matière de pratiques déloyales à l'idée selon laquelle le consommateur moyen n'est pas nécessairement un super héros qui lit, comprend et est en mesure de tenir compte de tout ce qui est écrit en petits caractères²⁶. Ainsi, en matière financière, où l'information est complexe à comprendre pour le consommateur, la Cour de justice a interprété largement les exigences de clarté et d'intelligibilité. Ainsi, le consommateur moyen – normalement ignorant des subtilités de la finance – doit être en mesure de comprendre non seulement le texte des clauses relatives aux taux d'intérêt d'un emprunt, mais aussi l'impact économique que ces clauses auront dans sa situation²⁷. Si une exigence similaire était transposée en matière de protection des données, le champ serait largement ouvert à la qualification de personnalisation déloyale²⁸. Cette solution serait cohérente avec les strictes exigences de transparence posées par le RGPD en matière de profilage²⁹, à savoir la fourniture « [d'] informations utiles concernant la logique sous-jacente, ainsi que l'importance et les conséquences prévues de ce traitement pour la personne concernée³⁰ ».

3. Les pratiques de personnalisation peuvent-elles être qualifiées de trompeuses ou agressives ?

Il peut paraître à première vue difficile de voir comment les dispositions semi-générales des articles 6 à 9 de la directive, relatives aux pratiques trompeuses ou agressives, pourraient s'appliquer à des pratiques de ciblage, mais

25. D. Clifford, *The legal limits to the monetisation of online emotions*, th. de doctorat, KULeuven, 2019. https://limo.libis.be/primo-explore/fulldisplay?docid=LIRIAS2807964&context=L&vid=Lirias&search_scope=Lirias&tab=default_tab&lang=en_US&fromSitemap=1, p. 242.

26. G. Howells, C. Twigg-Flessner et T. Wilhelmsson, *Rethinking EU Consumer Law*, Abingdon, Routledge, 2017, p. 151-152.

27. Kásler, C-26/13, EU : C : 2014 : 282, pt 74 ; Van Hove, C-96/14, EU : C : 2015 : 262, pt 47 ; Andriuc e.a., C-186/16, EU : C : 2017 : 703, pt 47.

28. Sur le caractère inadéquat du standard du consommateur moyen à l'univers numérique, v. D. Clifford, « Citizen-Consumers in a Personalised Galaxy : Emotion Influenced Decision-Making, A True Path to the Dark Side ? », 15 sept. 2017, *CiTiP Working Paper Series*, 31/2017. Consultable sur SSRN : <https://ssrn.com/abstract=3037425> ou <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.3037425>

29. Pour une discussion de l'applicabilité de l'art. 22 du RGPD (décisions automatiques) aux prix personnalisés, v. F. J. Zuiderveen Borgesius et J. Poort, « Online Price Discrimination and EU Data Privacy Law », *Journal of Consumer Policy* 2017, vol. 40, p. 347-366, p. 462.

30. Art. 13(2)(f) et 14(2)(g) RGPD.

l'hypothèse ne doit pas être exclue³¹. Plus précisément, le cas de figure visé à l'article 9 c) mérite d'être analysé. Cet alinéa interdit « l'exploitation en connaissance de cause par le professionnel de tout malheur ou circonstance particulière d'une gravité propre à altérer le jugement du consommateur, dans le but d'influencer la décision du consommateur à l'égard du produit ». On sait, par exemple, qu'une fine étude statistique des données de caisse de supermarché permet de détecter une grossesse au cours du premier trimestre³². La puissance des statistiques n'étant pas limitée aux heureux événements, il n'est pas du tout fantaisiste de penser qu'il est également possible pour un algorithme de déduire du comportement en ligne d'un consommateur qu'il vient d'être affligé par un deuil ou une autre circonstance particulièrement éprouvante. Si la disposition ci-dessus n'est pas propre aux pratiques de ciblage en ligne, elle n'en est donc pas moins applicable à tout usage d'information sur la situation de vulnérabilité émotionnelle d'un consommateur. Cela vaut y compris lorsque cette information est inférée d'un traitement de données massives, dès lors que l'information est utilisée en vue de soumettre les consommateurs à des pratiques tendant à influencer leur consentement à l'achat (plutôt que de leur apporter une aide spécifique). Le marché des services funéraires fournit l'exemple d'un contexte dans lequel le consommateur révèle de lui-même sa vulnérabilité³³. Mais le consommateur submergé par des émotions fortes manque de « bande passante mentale disponible³⁴ » également pour d'autres transactions qu'il serait amené à faire. En ce sens, un algorithme qui repèrerait un intérêt pour les services funéraires ou inférerait plus subtilement à partir de données variées une vulnérabilité contextuelle du consommateur et déclencherait la présentation d'offres ciblées visant à tirer avantage du manque d'attention pourrait tomber sous le coup de l'interdiction des pratiques agressives³⁵.

31. Comme indiqué plus haut, avant la récente modernisation du droit de la consommation, la Commission elle-même envisageait cette hypothèse : lignes directrices citées ci-avant n° 12, p. 172.

32. K. Hill, « How Target Figured Out A Teen Girl Was Pregnant Before Her Father Did », *Forbes*, 16 févr. 2012, <https://www.forbes.com/sites/kashmirhill/2012/02/16/how-target-figured-out-a-teen-girl-was-pregnant-before-her-father-did/> [https://perma.cc/8XMY-ER6U].

33. Sur ce marché, v. l'étude de la Consumer and Market Authority britannique, *Funerals Market Study* (nov. 2018), https://assets.publishing.service.gov.uk/media/5bffb9d5ed915d11965a199d/Funerals_market_study_interim_report_and_consultation.pdf [https://perma.cc/6RZC-M5XD].

34. Cette expression est empruntée à Eldar Shafir et Sendhil Mullainathan, *Scarcity : Why Having Too Little Means So Much*, Henry Holt and Company, NY, 2013. Elle est notamment utilisée dans un rapport de la Consumer and Market Authority britannique pour décrire les causes de la vulnérabilité contextuelle. CMA, *Consumer vulnerability : challenges and potential solutions* (févr. 2019), https://assets.publishing.service.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment_data/file/782542/CMA-Vulnerable_People_Accessible.pdf [https://perma.cc/8SBU-H62W].

35. L'ouvrage de Cathy O'Neil, *Weapons of Math Destruction* (Crown Books, 2016), fourmille d'exemples (américains) concernant notamment la vulnérabilité financière.

4. Les pratiques de personnalisation peuvent-elles tomber sous le coup de l'interdiction générale des pratiques déloyales ?

En dehors de l'application des dispositions particulières de la liste noire et des dispositions semi-générales, la disposition générale (Art. 5 de la directive citée plus haut) peut certainement trouver à s'appliquer aux pratiques de ciblage fondées sur des données massives. À cet égard, les lignes directrices de la Commission relatives à l'application de la directive précisent qu'« [u]ne pratique commerciale peut être considérée comme déloyale non seulement si elle est susceptible d'amener le consommateur moyen à acheter ou à ne pas acheter un produit, mais également si elle est susceptible d'amener le consommateur, par exemple, à : entrer dans un magasin, passer davantage de temps sur l'internet pour effectuer une réservation, [ou encore] décider de ne pas changer de prestataire ou de produit³⁶ ». Par analogie, une pratique de ciblage en ligne qui est de nature à diriger le consommateur vers un site ou à l'y retenir doit selon nous être considérée comme potentiellement déloyale.

La directive sur les pratiques commerciales déloyales apparaît donc comme un instrument susceptible de réguler les pratiques de personnalisation. Notons que la régulation dont il s'agit concerne le fond et non seulement la transparence : c'est le recours à certaines pratiques qui est interdit, et non seulement une information qui doit être donnée au consommateur. À l'inverse, la directive sur les droits des consommateurs se focalise sur l'information et exprime une attitude beaucoup plus libérale sur la personnalisation. Cette orientation est confortée par la directive « Modernisation ».

B. L'ONCTION LÉGISLATIVE À LA PERSONNALISATION : LA « MODERNISATION » DU DROIT DE LA CONSOMMATION

La directive « Modernisation » comporte des avancées bienvenues pour rendre les droits des consommateurs plus effectifs sur le plan procédural³⁷. En revanche, en ce qui concerne les pratiques de personnalisation, l'approche qui s'en dégage est résolument tournée vers l'information et l'information seulement, de sorte que le législateur européen donne son onction à la personnalisation dès lors qu'elle n'est pas cachée. Trois dispositions nouvelles vont en ce sens. Si la troisième traite de la personnalisation des prix en tant que telle, les deux premières visent les pratiques voisines, dites d'orientation des prix (*price steering*), consistant à afficher des biens plus chers pour les consommateurs repérés comme ayant une disposition à payer élevée, par exemple, sur un site de recherche d'hôtels, proposer des hôtels plus chers

36. Lignes directrices citées ci-avant n° 12, p. 45

37. Citée ci-avant n° 9.

aux utilisateurs d'ordinateur de marque Apple qu'aux utilisateurs d'autres marques d'ordinateurs³⁸.

Premièrement, une entrée est ajoutée à la liste noire de la directive « Pratiques commerciales déloyales » pour interdire en toutes circonstances la pratique qui consiste à « fournir des résultats de recherche en réponse à une requête de recherche en ligne d'un consommateur sans l'informer clairement de toute publicité payante ou tout paiement effectué spécifiquement pour obtenir un meilleur classement des produits dans les résultats de recherche³⁹ ». Au terme de cette disposition, le ciblage des publicités et des offres est donc autorisé sous réserve de transparence. Ainsi, un hôtel peut payer différents sites pour afficher une publicité pour les utilisateurs de matériel Apple. Il peut aussi payer un site de recherche d'hôtel pour afficher son établissement dans les premiers résultats lorsque la recherche est effectuée à partir d'une machine Apple. La seule exigence est que les consommateurs soient informés.

Deuxièmement, dans le même ordre d'idées, la directive « Modernisation » insère dans la directive sur les droits des consommateurs des obligations d'information spécifiques aux places de marché⁴⁰. Celles-ci doivent en particulier donner une information « générale » sur les paramètres de classement utilisés pour déterminer l'ordre dans lequel apparaissent les offres, ainsi que l'importance relative des différents paramètres⁴¹. Là encore, il s'agit d'informer le consommateur de l'existence d'une éventuelle personnalisation et, dans les grandes lignes, de son fonctionnement. Le degré de précision requis n'est pas clair et ne sera sans doute pas aisé à déterminer. Sans doute reviendra-t-il à la Cour de trancher la question de savoir si, par exemple, mentionner que le code postal, l'âge, le sexe et le type d'ordinateur sont les variables principales est suffisant. Il n'est pas exigé que cette information soit saillante, mais seulement qu'elle soit « directement et facilement accessible depuis la page sur laquelle sont présentées les différentes offres en réponse à une requête⁴² ». Cette information est par ailleurs considérée comme déterminante aux fins de la qualification d'omission trompeuse au sens de la directive « Pratiques commerciales déloyales⁴³ ».

38. F. J. Zuiderveen Borgesius et J. Poort, « Online Price Discrimination and EU Data Privacy Law », *Journal of Consumer Policy* 2017, vol. 40, p. 347-366, p. 353.

39. Point 11 bis ajouté à l'Annexe 1 de la directive sur les pratiques commerciales déloyales.

40. Une « place de marché en ligne » est définie comme « un service permettant aux consommateurs de conclure des contrats à distance avec d'autres professionnels ou consommateurs en utilisant un logiciel, y compris un site internet, une partie de site internet ou une application, exploité par le professionnel ou pour son compte » (définition insérée à l'art. 2, pt 17 (nouveau) de la directive UE n° 2011/83/ « Droits des consommateurs », JOUE 22 nov. 2011, L 304/64, p. 64-88 et à l'art. 2 m (nouveau) de la directive sur les pratiques commerciales déloyales).

41. Art. 6 bis 1 a) nouveau de la directive sur les droits des consommateurs (dont on espère que la rédaction pourra être améliorée lors de la révision linguistique du texte).

42. *Ibid.*

43. Art. 7, § 4, a (nouveau) de la directive sur les pratiques commerciales déloyales.

Enfin, troisièmement, la directive « Modernisation » insère dans la directive sur les droits des consommateurs l'obligation d'informer les consommateurs « s'il y a lieu, [de] l'application d'un prix personnalisé sur la base d'une prise de décision automatisée⁴⁴ ». Les prix personnalisés sont donc eux aussi soumis uniquement à un régime de transparence et non à une régulation substantielle (en dehors des exigences du RGPD). C'est là un élément qui peut surprendre compte tenu des inquiétudes que soulèvent les pratiques de personnalisation des prix et sur lesquelles nous revenons ci-après.

De manière générale, ce tour d'horizon des dispositions applicables aux pratiques de personnalisation (au sens large) offre l'image d'une tension entre l'objectif de protection des consommateurs, principalement exprimé dans la directive « Pratiques commerciales déloyales », et l'objectif de promotion de l'économie numérique, qui s'exprime clairement à travers la directive sur les droits des consommateurs et la directive « Modernisation ». À cet égard, il est significatif que, parmi les deux pistes de réflexion avancées par l'OCDE concernant la régulation des pratiques de personnalisation⁴⁵, les modifications récentes du droit européen n'en suivent qu'une seule : celle de la transparence. L'autre, qui consiste à considérer le ciblage de groupes vulnérables comme déloyal en lui-même, n'est pas mobilisée, alors même que le droit européen connaît la catégorie du consommateur vulnérable. Selon nous, les choix réglementaires décrits dans cette partie font du droit de la consommation, considéré dans son application aux pratiques de personnalisation, un droit faible, à la fois d'un point de vue normatif et d'un point de vue technique.

II. LÉGITIMITÉ ET PRATICABILITÉ : LA DOUBLE FAIBLESSE DU DROIT DE LA CONSOMMATION APPLICABLE AUX PRATIQUES DE PERSONNALISATION

De bonnes règles de droit doivent avoir au moins deux qualités : exprimer ce qu'il est bon de faire et pouvoir être appliquées à des cas concrets. Sur ces deux dimensions, le droit européen de la consommation applicable aux pratiques de personnalisation laisse à désirer. Tel est particulièrement le cas en ce qui concerne les pratiques de personnalisation des offres et des prix, sur lesquelles nous nous concentrerons (le ciblage des publicités, mieux accepté, ne soulève pas les mêmes enjeux). En instaurant une régulation par la transparence, dont on peut d'ores et déjà anticiper l'inefficacité (A), le droit positif ne renforce pas sa légitimité. Pour autant, il est difficile de jeter la pierre au législateur, tant les défis d'un meilleur encadrement des pratiques de personnalisation sont encore à résoudre (B). Reste que l'on

44. Art. 6, § 1^{er} e *bis* (nouveau) de la directive sur les droits des consommateurs.

45. OCDE, cité ci-avant note 6.

peut tout de même déplorer des difficultés d'application du cadre réglementaire actuel (C).

A. TRANSPARENCE : LE CHOIX DÉLIBÉRÉ D'UN REMÈDE INEFFICACE ?

La personnalisation des prix peut être définie en première analyse comme toute pratique consistant pour un vendeur à inférer de l'information qu'il peut observer, qui lui est transmise ou qu'il collecte à propos des caractéristiques ou des comportements du consommateur, ce que celui-ci est prêt à payer et à adapter ses prix en conséquence⁴⁶. Jusque récemment, les données empiriques sur la personnalisation des prix et sur leur perception étaient parcellaires et de nature principalement anecdotique. Un exemple souvent cité à cet égard concerne Amazon au début des années 2000. Un consommateur américain avait découvert par hasard que ce site proposait le même CD à des prix différents et que, en supprimant des cookies de son ordinateur, il pouvait faire baisser le prix affiché⁴⁷. L'anecdote ayant circulé, Amazon a proposé de rembourser la différence à tous ceux qui avaient acheté les CD plus cher, tout en niant qu'il se soit agi d'une pratique de personnalisation des prix et avançant l'explication alternative qu'il s'agissait en réalité de tests pour ajuster le prix public. La personnalisation avait vocation à demeurer cachée et, une fois celle-ci révélée, l'entreprise s'est trouvée sur la défensive.

Plus récemment, une étude empirique sur les pratiques de personnalisation menée pour la Commission européenne a révélé que, si la personnalisation des résultats de recherche est très fréquente⁴⁸, la personnalisation des prix ne l'est pas⁴⁹. Il n'en reste pas moins que cette pratique, qui est la plus mal comprise des pratiques de personnalisation⁵⁰, suscite l'inquiétude : seuls 7 %

46. Définition librement traduite et adaptée de Office of Fair Trading (OFT), *Personalised Pricing – Increasing Transparency to Improve Trust*, Office of Fair Trading, 2013, cité dans OCDE, cité ci-avant note 6, p. 9. Pour des définitions voisines mais plus précises, v. Ipsos – London Economics – Deloitte consortium, *Consumer market study on online market segmentation through personalised pricing/offers in the European Union*, 2018, p. 30 (étude réalisée pour la Commission, https://ec.europa.eu/info/publications/consumer-market-study-online-market-segmentation-through-personalised-pricing-offers-european-union_en (30 août 2019) [<https://perma.cc/ZAD5-5UN3>]).

47. OCDE, cité ci-avant note 6, p. 16 ; et Zuiderveen Borgesius et Poort, cité ci-avant note 38, p. 349.

48. La personnalisation des résultats de recherche signifie que l'ordre dans lequel apparaissent les offres correspondant à une même requête sur un site marchand n'est pas le même pour différents consommateurs. L'ordre des résultats varie notamment selon le chemin suivi pour arriver au site (depuis un moteur de recherche ou depuis un site de comparaison), le navigateur et le type d'appareil utilisé (par exemple, téléphone ou ordinateur). Étude Ipsos – London Economics – Deloitte, citée note 46, p. 219.

49. *Ibid.*

50. Les autres pratiques de personnalisation prises en considération dans cette étude sont la publicité ciblée et les offres personnalisées (ordre des résultats de recherche personnalisés

des personnes ayant participé à l'étude déclarent n'avoir aucune inquiétude concernant les prix personnalisés⁵¹. Quant aux avantages perçus des pratiques de personnalisation, deux tiers des répondants n'en perçoivent aucun en ce qui concerne les prix personnalisés⁵². Ceci confirme que la perception des pratiques de personnalisation des prix est généralement négative. Il est donc probable que les entreprises, même si elles ont la possibilité technique de personnaliser les prix et même si elles y ont un intérêt économique, craignent, à l'instar d'Amazon, une incidence néfaste sur leur réputation et ne s'y livrent qu'avec la plus grande prudence⁵³.

Cela ne signifie toutefois pas que l'autocensure soit un mécanisme entièrement fiable et que le droit devrait fermer les yeux sur les pratiques de personnalisation. Tel est en tout cas le point de vue de l'OCDE, qui a consacré un rapport au phénomène et à sa régulation⁵⁴. En effet, on ne peut exclure que, du moins lorsque certaines conditions de marché sont réunies, des entreprises puissent avoir la possibilité de personnaliser les prix en toute discrétion. Ainsi, une étude empirique de type « client mystère » réalisée sur seize sites marchands bien connus aux États-Unis avait montré que neuf d'entre eux utilisent des éléments de personnalisation des prix⁵⁵. En Europe, une étude de même type réalisée dans huit pays et portant sur quatre marchés de services et produits n'a pas décelé une incidence significative des pratiques de personnalisation des prix⁵⁶, mais a néanmoins détecté que ces pratiques avaient cours dans le secteur des billets d'avion et de l'hôtellerie⁵⁷. L'étude relève une plus grande incidence de la personnalisation des prix par les petits sites que par les grands. Les auteurs avancent à cet égard une hypothèse fondée sur la réputation : les plus grands sites, plus réputés, auraient plus à perdre si leurs pratiques de prix personnalisés étaient exposées⁵⁸.

sur les sites marchands). Les répondants à l'enquête (échantillon de 23 050 personnes dans les 28 États membres, la Norvège et l'Islande) sont, dans l'ensemble, 67 % à considérer qu'ils ont un minimum de compréhension du fonctionnement des publicités ciblées, mais seulement 62 % pour les offres personnalisées et 42 % pour les prix personnalisés, 29 % avouant n'avoir jamais entendu parler des prix personnalisés.

51. Étude Ipsos – London Economics – Deloitte, citée note 46, p. 168.

52. Étude Ipsos – London Economics – Deloitte, citée note 46, p. 169.

53. OCDE, cité ci-avant note 6, p. 14. Telle est aussi l'opinion des experts rapportée dans l'étude Ipsos – London Economics – Deloitte citée note 46, p. 216.

54. OCDE, cité ci-avant note 6, p. 14.

55. OCDE, cité ci-avant note 6, p. 16.

56. Étude Ipsos – London Economics – Deloitte citée note 46, p. 219. Les quatre marchés étudiés sont les billets d'avion, l'hôtellerie, les télévisions et les chaussures. Les variations des prix qui n'étaient pas expliquées par d'autres variables que la personnalisation étaient de faible ampleur, la plupart du temps de l'ordre de 1 %.

57. L'étude n'a considéré que certaines variables de personnalisation (par exemple, le chemin d'accès au site et l'appareil utilisé). Les auteurs eux-mêmes concluent prudemment que leurs données ne permettent pas de dresser un tableau complet des pratiques de personnalisation en Europe. Étude Ipsos – London Economics – Deloitte citée note 46, p. 220.

58. Étude Ipsos – London Economics – Deloitte citée note 46, p. 220.

Si les prix personnalisés méritent l'attention, ce n'est donc pas parce que la pratique serait très répandue, mais bien parce que la suspicion que ces pratiques pourraient avoir cours est susceptible de miner la confiance des consommateurs que le droit européen a tant à cœur de préserver. Les pratiques de personnalisation soulèvent aussi des questions nouvelles concernant la loyauté : pourquoi certaines pratiques de personnalisation semblent-elles acceptables – par exemple, les réductions pour les étudiants – tandis que d'autres semblent condamnables – par exemple, lorsque le prix affiché pour un billet d'avion est plus élevé pour les utilisateurs d'ordinateurs Apple que pour les clients utilisant d'autres marques d'ordinateur ? Est-ce uniquement une question de transparence, ou bien trouverions-nous injuste que le prix d'un billet dépende de la marque d'ordinateur utilisé même si cette discrimination avait lieu au grand jour ? En raison de sa perception défavorable, la pratique des prix personnalisés ravive aussi le débat sur la place qui devrait être accordée à l'autorégulation par les mécanismes de réputation. Le droit européen de la consommation fraîchement modernisé ne semble pas à la hauteur de ces enjeux. Peut-être est-il trop tôt. Il n'en reste pas moins que, en validant les pratiques de personnalisation des prix à condition qu'elles soient transparentes, le droit européen pose deux choix surprenants : d'une part, il affirme la licéité de principe de pratiques qui sont largement rejetées par les consommateurs et, d'autre part, il les encadre au moyen d'un outil inadapté, à savoir des règles de transparence.

Les limites de la transparence sont pourtant bien connues : les obligations d'information pesant sur les professionnels les obligent à divulguer une information que les consommateurs ne liront probablement pas, ne comprendront pas nécessairement même s'ils la lisent et dont ils ne sauront peut-être pas comment tenir compte même s'ils la comprennent⁵⁹. Peut-on sérieusement imaginer que les consommateurs prendront connaissance de l'information selon laquelle les prix qui leur sont proposés sont personnalisés ? Rappelons que, selon le texte qui va à présent devoir être transposé dans les droits internes des États membres, il suffit que cette information soit donnée de manière « claire et compréhensible », fût-ce parmi beaucoup d'autres⁶⁰. Sans doute cette exigence sera-t-elle complétée par celle plus précise du RGPD⁶¹. Il n'en reste pas moins que l'étude sur les pratiques de personnalisation commandée par la Commission et déjà citée révèle que le manque d'information sur les prix personnalisés n'est pas l'unique ni même la principale cause du malaise que ressentent les consommateurs face à ces pratiques⁶². Interrogés

59. V. not. O. Ben-Shahar et C. Schneider, *More Than You Wanted to Know The Failure of Mandated Disclosure*, Princeton University Press, 2014.

60. Art. 6 bis 1) a) de la directive « Droits des consommateurs », tel que modifié par l'article 4 5) de la directive « Modernisation » citée ci-avant note 9.

61. V. ci-avant I. A. 2

62. Après une expérience exposant les participants à des prix personnalisés, il leur était demandé d'indiquer pourquoi ils avaient préféré ne pas acheter, les principales raisons

sur ce point de façon abstraite, les répondants déclarent certes que l'information est bienvenue : 25 % des répondants aimeraient une information circonstanciée sur les prix personnalisés⁶³. Toutefois, les résultats expérimentaux montrent que, lorsqu'il s'agit de décider de s'engager ou non dans une transaction, si l'information n'est pas complètement ignorée, elle n'a un effet significatif que lorsqu'elle est particulièrement explicite et combinée à une possibilité effective de désactiver la personnalisation (par exemple, lorsqu'il y a un moyen vraiment simple de supprimer les cookies⁶⁴). L'information peu explicite, par exemple « nous utilisons des cookies pour mieux adapter nos offres à vos besoins », n'a que très peu d'effet⁶⁵. Notons enfin que ces résultats ont été obtenus dans le cadre d'expériences lors desquelles les participants avaient pour unique tâche de lire et comprendre l'information qui leur était présentée ou de simuler des achats en ligne. Dans des contextes réels d'achats en ligne, il n'est pas très audacieux de faire l'hypothèse que les consommateurs prêteront bien moins d'attention à l'information et, par tant, ne la comprendront que moins bien. Il y a donc de bonnes raisons de penser que l'information n'est pas une protection adéquate en matière de prix personnalisés.

La directive « Modernisation » a été préparée concomitamment à l'étude commandée par la Commission sur la personnalisation et l'on peut raisonnablement supposer que la Commission avait connaissance de son contenu⁶⁶. Par ailleurs, les écrits critiques sur le paradigme informationnel ne manquent pas⁶⁷. C'est donc en connaissance de cause que le législateur européen décide de recourir uniquement à une obligation de transparence classique concernant les prix personnalisés alors même que l'on sait qu'un tel régime est probablement inefficace, du moins si le but est vraiment de permettre aux consommateurs de prendre une décision éclairée. Il est donc vraisemblable que le but réel est différent du but affiché et qu'il ne s'agit pas, en réalité, de donner aux consommateurs une meilleure maîtrise des choix qu'ils font.

étaient qu'ils pensaient que les prix étaient plus élevés qu'ils n'auraient été normalement et qu'ils n'aimaient pas que leurs données soient utilisées à des fins de profilage. Les auteurs relèvent que les participants ne semblaient pas se préoccuper de transparence. Peu d'entre eux ont indiqué qu'ils auraient aimé une communication plus transparente sur les pratiques de personnalisation. Étude Ipsos – London Economics – Deloitte citée note 46, p. 239.

63. Étude Ipsos – London Economics – Deloitte citée note 46 141, p. 244.

64. Étude Ipsos – London Economics – Deloitte citée note 46, p. 247.

65. Étude Ipsos – London Economics – Deloitte citée note 46, p. 235-236.

66. Le rapport final de l'étude Ipsos – London Economics – Deloitte citée note 46 a été publié en juin 2018 et la proposition de directive « Modernisation » (COM(2018)0185) est datée du 11 avr. 2018. Compte tenu du déroulement de ce type d'études, impliquant des réunions intermédiaires régulières entre la Commission et les contractants, ainsi que du temps nécessaire à la finalisation du manuscrit, il est invraisemblable que l'étude n'ait pas été prise en compte dans la préparation du texte – c'est du reste certainement à cette fin qu'elle avait été commandée.

67. V. ci-avant n° 59.

L'obligation d'information prend en effet sens si on la considère du point de vue de la réaction probable des producteurs et non des consommateurs. Le simple fait d'avoir à révéler une conduite qui pourra être jugée honteuse conduira probablement les entreprises à y renoncer. La notation de l'hygiène dans les restaurants offre un exemple de ce type de mécanisme : si les restaurants doivent afficher de manière visible sur leur porte la note qu'ils ont obtenue lors d'un contrôle d'hygiène obligatoire, il y a fort à parier que les restaurateurs feront rapidement les efforts nécessaires pour que leur établissement soit bien noté⁶⁸. Les obligations d'informations peuvent donc être efficaces. Il suffit que la réputation des professionnels soit en jeu, ce qui pourrait fort bien être le cas en matière de prix personnalisés. Toutefois, pour que le mécanisme de réputation fonctionne, il est nécessaire que l'information soit saillante. Or, en matière de prix personnalisés, il est douteux que, en l'état actuel, le texte européen mette en place un équivalent de l'obligation d'apposer une vignette d'hygiène sur la porte.

On peut aussi remarquer que les obligations d'information prévues par les textes européens restent de facture très classique. Il ne s'agit pas de *smart disclosures*, ces obligations d'information qui tirent parti des enseignements des sciences comportementales⁶⁹. La possibilité d'une information personnalisée n'est pas non plus envisagée⁷⁰. Il semble donc que, pour l'instant, le législateur ait, en connaissance de cause, opté pour une régulation probablement inefficace en adoptant un régime classique de transparence. Il est cependant difficile de lui en faire grief dans la mesure où force est de constater que nous ne disposons pas encore d'une sagesse empirique et normative suffisante pour faire de bonnes règles. Tout au plus peut-on poser quelques jalons pour cette réflexion à venir.

68. Un tel effet a été observé dans une étude portant sur les restaurants de Los Angeles avant et après l'introduction de la mesure. V., G. Loewenstein, Cass R. Sunstein, R. Golman, « Disclosure : Psychology Changes Everything », *The Annual Review of Economics* 2014, vol. 6, p. 391-419. p. 403.

69. Pour un aperçu des débats sur ces techniques : G. Helleringer et A.-Li. Sibony, « European Consumer Protection Through The Behavioral Lens », *Columbia Journal of European Law* 2017, vol. 23, n° 3, p. 607-646 ; C. Busch, « The Future of Pre-Contractual Information Duties : From Behavioural Insights to Big Data », in C. C. Twigg-Flesner (éd.), *Research Handbook on EU Consumer and Contract Law*, Edward Elgar Publishing, 2016 ; O. Bar-Gill, « Smart disclosure : promise and perils », *Behavioural Public Policy* 2019, DOI : <https://doi.org/10.1017/bpp.2019.24>

70. Elle est seulement mentionnée comme un thème pour de futures études : Ipsos – London Economics – Deloitte citée note 46, p. 270. Sur cette question, v. O. Bar-Gill, « Algorithmic Price Discrimination : When Demand Is a Function of Both Preferences and (Mis)Perceptions », *University of Chicago Law Review* 2019, vol. 86, n° 2, p. 217-254.

B. LES DÉFIS D'UN ENCADREMENT DES PRATIQUES DE PERSONNALISATION DES PRIX : QUELQUES RÉFLEXIONS PROVISOIRES

Différentes pratiques de personnalisation des prix suscitent spontanément des jugements de valeur différents. Il conviendra donc sans doute d'imaginer un régime différencié plutôt qu'uniforme pour encadrer ces pratiques. En effet, comme le souligne Richard Steppe, la question n'est pas de savoir si la discrimination basée sur un profilage est déloyale, mais à quelles conditions elle le devient⁷¹. À défaut d'un test déjà élaboré, on peut se référer à la distinction usuelle entre trois types de personnalisation⁷². La personnalisation de premier ordre (discrimination parfaite) consiste à faire payer à chaque consommateur le prix maximum qu'il est prêt à payer. Il s'agit d'un idéal type plutôt qu'une possibilité réaliste dans la mesure où, même à l'ère des données abondantes, il est très difficile de connaître avec précision le prix de réserve d'un consommateur. À tout le moins, cette hypothèse met l'accent sur un trait général de la discrimination en prix, à savoir qu'elle permet d'extraire ce que les économistes appellent le surplus du consommateur au profit du vendeur. Dans la forme extrême de la personnalisation de premier ordre, c'est la totalité de ce surplus du consommateur qui est transférée. La personnalisation de second ordre consiste à proposer des prix différents à différents groupes de consommateurs, généralement en offrant différentes versions du même produit ou service qui ne diffèrent pas ou très peu quant à leur coût de production mais qui sont vendues à des prix différents. Par exemple, un téléphone de couleur noir mat est vendu plus cher que le même téléphone d'une autre couleur ou encore un billet d'avion est proposé à des prix différents selon que l'on passe ou non le samedi soir à destination. Dans cette hypothèse, le vendeur n'a pas besoin de données : les consommateurs révèlent eux-mêmes leur disposition à payer en choisissant la version *premium* ou la version ordinaire. Enfin, la personnalisation de troisième ordre consiste à offrir des prix différents à des groupes de consommateurs que le vendeur peut distinguer, par exemple en offrant des réductions aux étudiants ou aux seniors.

La personnalisation de premier ordre restant hypothétique, l'intérêt pratique d'en proposer une analyse est limité. Toutefois, puisque la finesse des données disponibles ne cesse de s'accroître, il est utile de garder cette hypothèse à l'esprit. Elle soulève en effet une question de principe fondamentale : la discrimination parfaite peut dans certaines circonstances être bénéfique du point de vue de l'efficacité, faut-il néanmoins l'interdire ou la réguler pour des raisons de loyauté (*fairness*) ? Le fait que la personnalisation puisse

71. Steppe, cité ci-avant note 13, p. 785.

72. Cette classification remonte à A. Pigou, *The Economics of Welfare*, McMillan & Co, 1920, cité dans OCDE, cité ci-avant note 6, p. 9 et Zuiderveen Borgesius et Poort, cité ci-avant note 38, p. 351.

aboutir à des gains d'efficacité tient au fait que ce type de tarification permet que les coûts soient suffisamment couverts par les clients qui paient un prix élevé de sorte que l'entreprise peut profitablement servir à un moindre prix la demande de clients qui n'auraient pas accès au bien ou au service en l'absence de personnalisation. L'accès aux biens ou services peut donc être élargi grâce à la personnalisation des prix. Selon le bien ou service dont il s'agit, cet aspect revêt une importance sociale inégale. La perception de légitimité des pratiques de personnalisation semble également varier selon les secteurs. Ainsi, d'un point de vue d'efficacité, il pourrait par exemple sembler *a priori* intéressant de personnaliser le prix de l'eau ou de l'énergie si cela permet d'élargir l'accès à ces services de base. Pourtant, dans certains pays au moins, cela serait considéré comme profondément inacceptable. Une question fondamentale et qui fait encore l'objet de peu de recherches est de savoir ce qui se trouve au fondement de nos jugements sur la loyauté ou la déloyauté de la personnalisation. Notre perception dépend-elle de l'écart entre ce que paient les uns et les autres ? De l'écart du prix personnalisé le plus élevé avec un prix de référence : serait-il par exemple injuste que les foyers très aisés paient l'eau très au-dessus du prix en vigueur dans une tarification uniforme ? Ou nos jugements dépendent-ils non seulement du résultat, mais aussi de la procédure de personnalisation ? Trouvons-nous par exemple qu'il est injuste que celui qui utilise un ordinateur Apple paie son billet plus cher que l'utilisateur d'un PC qui réserve au même moment parce que la marque du matériel informatique utilisé ne serait pas dans un rapport moralement acceptable avec le prix d'un voyage (même si elle peut être dans un rapport statistiquement significatif avec la disposition à payer pour ce voyage) ? Ce serait alors l'inférence qui serait jugée déloyale. Reste à comprendre ce qui rend une inférence déloyale.⁷³ Notre jugement serait-il par exemple le même si, au lieu de se fonder sur une seule variable, comme la marque de l'ordinateur utilisé, l'algorithme de personnalisation tenait en outre compte d'une multiplicité d'autres variables comme, par exemple, l'âge, le lieu de résidence, l'intérêt pour certaines activités de loisir ou encore la fréquentation régulière de certains sites de média pour créer des profils de consommateurs puis en inférer leur disposition à payer ? La personnalisation paraît-elle moins injuste lorsque la marque de l'ordinateur est « noyée dans la masse » des données ? Toutes ces questions méritent des études empiriques avant que l'on puisse dégager des principes utiles à la réflexion sur une bonne régulation, qui ne soit ni trop permissive – au risque de miner la confiance des consommateurs – ni trop restrictive – au risque de nuire aux intérêts du commerce et, dans certains cas, des consommateurs eux-mêmes.

73. Pour une analyse des inférences raisonnables du point de vue du droit de la protection des données, voy. S. Wachter, et B.D. Mittelstadt, A Right to Reasonable Inferences : Re-thinking Data Protection Law in the Age of Big Data and AI, *Columbia Business Law Review*, 2019/2, 494–620.

La personnalisation de second ordre semble à première vue socialement acceptable si l'on s'en tient aux exemples familiers comme les billets d'avion avec ou sans séjour sur place le samedi ou des téléphones de différentes couleurs. Il s'agit en effet de personnalisation des prix au grand jour : chacun peut choisir de passer le samedi soir loin de la maison et chacun peut voir l'ensemble des modèles et couleurs de téléphone disponibles. En revanche, combiné à la personnalisation des offres, ce type de personnalisation peut devenir opaque : si certaines offres de prix sont rendues moins saillantes pour certains consommateurs qui pourraient pourtant en profiter, l'existence de versions différentes se rapproche de la personnalisation de troisième ordre.

La personnalisation de troisième ordre est précisément celle qui soulève les questions les plus épineuses. Elle est en effet par hypothèse fondée sur un profilage. Là encore, la version traditionnelle est anodine : qui songerait, en effet, à objecter aux réductions pour les étudiants dans les théâtres ? Toutefois, l'environnement numérique change la donne dès lors qu'il devient possible d'inférer la disposition à payer de différents groupes de consommateurs non seulement à partir de données que le consommateur offre bien volontiers à la connaissance des tiers, comme son statut d'étudiant, mais aussi à partir d'une multitude d'autres données sans que le consommateur en ait véritablement conscience et sans que les autorités puissent facilement observer les catégories mobilisées⁷⁴. À tout le moins, les catégories usuelles n'épuisent sans doute pas les besoins de protection dans l'environnement numérique. Ainsi peut-on imaginer que des consommateurs soient particulièrement vulnérables en raison de leur usage intensif d'internet : l'ampleur de leur empreinte numérique permettrait aux professionnels utilisant judicieusement les traces qu'ils laissent de disposer d'une connaissance particulièrement fine de leurs comportements⁷⁵. Tout comme dans le cas de la personnalisation de premier ordre, on est ramené à la question de savoir comment juger de la loyauté d'une inférence statistique réalisée par un algorithme à des fins de personnalisation. C'est là une question normative quelque peu vertigineuse, ce qui nous semble justifier une certaine prudence. En légitimant les pratiques de personnalisation sous réserve de transparence, la « modernisation » de la directive sur les droits des consommateurs fait au contraire preuve d'une certaine imprudence et risque de méconnaître l'impact profond que la personnalisation est susceptible de produire sur les relations marchandes et, plus généralement, sur la société.

À cet égard, il est intéressant de se référer au rapport de Karen Yeung pour le Conseil de l'Europe dans lequel elle observe que « bien que ce type de discrimination délibérée puisse ne pas être illégal, en ce sens qu'il ne s'agit pas d'une discrimination sur la base de critères déclenchant une protection

74. Borgesius et Poort, cité ci-avant note 38, p. 353-355.

75. Helberger, Zuiderveen Borgesius et Reyna, cité note 15, p. 1458.

au titre d'un droit à l'égalité de traitement, il n'en reste pas moins que leurs effets s'écartent notablement des pratiques de prix qui avaient cours à l'époque pré-numérique d'une manière susceptible de remettre en cause la solidarité et la cohésion sociale⁷⁶ ». En effet, on peut se demander si les motifs économiques et non économiques qui sous-tendent les pratiques de personnalisation des prix peuvent réellement être distingués⁷⁷. En ce sens, la décision du législateur européen de légitimer tout spécialement ces pratiques sous condition d'information du consommateur paraît avoir été dictée par l'idéologie du marché intérieur plutôt que par une volonté de protéger les consommateurs⁷⁸. Il nous semble que, même si ces pratiques n'avaient pas à être ajoutées en tant que telles à la liste noire, leur accorder un blanc-seing sous réserve de transparence témoigne d'une certaine hypocrisie du législateur qui, sous couvert de légiférer en faveur des consommateurs, adopte une règle très favorable aux entreprises⁷⁹.

Indépendamment de ces considérations de principe, la réglementation actuelle soulève aussi des difficultés d'application.

C. DES DIFFICULTÉS D'APPLICATION DE LA RÉGLEMENTATION ACTUELLE AUX PRATIQUES DE PERSONNALISATION

La première difficulté est liée au fait que les règles de droit ont été écrites en pensant à des humains et non à des algorithmes. En particulier, la directive sur les pratiques commerciales déloyales envisage les pratiques de ciblage, mais elle le fait d'une manière qui ne convient pas à la réalité du ciblage algorithmique basé sur des données massives. Le texte n'envisage en effet que des groupes identifiables par des humains. Elle le fait à deux égards.

76. K. Yeung, « A Study of the Implications of Advanced Digital Technologies (Including AI Systems) for the Concept of Responsibility within a Human Rights Framework (DRAFT) », (Council of Europe) I-AUT2018)05 29, p. 28-29 (traduction libre).

77. P. Palka *et al.*, « Before Machines Consume the Consumers : High-Level Takeaways from the ARTSY Project », (European University Institute 2018) EUI Working Papers LAW 2018/12 4 <<https://papers.ssrn.com/abstract=3228085>> consulté le 3 avr. 2019.

78. D. Clifford, *th. citée* note 25, p. 321-322.

79. Sur ce point, on peut se référer aux lignes directrices de la Commission sur la Directive pratiques commerciales déloyales (citées ci-avant n° 12), adoptées avant la directive « Modernisation ». Il y est précisé (p. 172) que « La personnalisation des prix/publicités pourrait être combinée avec des pratiques commerciales déloyales en violation de la DPCD [à présent RGDP] ». Comme l'un d'entre nous l'a avancé ailleurs, cette interprétation est très ambiguë (Clifford cité n° 25). La personnalisation des prix a été critiquée du point de vue de la protection des données (voir note 9 de l'Avis n° 7/2015 de *Relever les défis des données massives : Un appel à la transparence, au contrôle par l'utilisateur, à la protection des données dès la conception et à la reddition de comptes* (2015) <https://edps.europa.eu/sites/edp/files/publication/15-11-19_big_data_en.fr> consulté le 25 septembre 2019). Toutefois, les développements législatifs récents clarifient que, du point de vue du droit de la consommation, ces pratiques sont légitimes.

En premier lieu, l'article 5, paragraphe 1^{er}, prévoit que la propension d'une pratique à influencer « le consommateur moyen » doit s'apprécier en référence au consommateur moyen *d'un certain groupe* si la pratique cible ce groupe⁸⁰. L'unique exemple de groupe donné dans la directive concerne les enfants⁸¹. Dans la pratique, d'autres groupes de consommateurs, en particulier les personnes âgées et les personnes handicapées, font l'objet d'une attention particulière en application de cette disposition⁸². En second lieu, l'article 5, paragraphe 3, fait référence aux consommateurs vulnérables. Plus précisément, le texte se réfère à des « groupe[s] clairement identifiable[s] de consommateurs [...] particulièrement vulnérables à la pratique utilisée ou au produit qu'elle concerne en raison d'une infirmité mentale ou physique, de leur âge ou de leur crédulité⁸³ ». Il paraît assez clair que le texte a été écrit en pensant aux groupes clairement identifiables *par des humains*. Qu'en est-il cependant lorsque les groupes auxquels des prix différents sont proposés ne sont plus reconnaissables par un humain, contrairement aux vacanciers, aux étudiants, aux pauvres et aux personnes handicapées ou âgées ? La question se pose, car les groupes susceptibles d'émerger d'un traitement automatisé de données peuvent ne pas correspondre à des catégories socialement construites. Ainsi pourrait, par exemple, émerger comme pertinent du point de vue d'un algorithme de prix un groupe d'hommes en surpoids entre 28 et 54 ans résidant dans des zones dont le revenu moyen est inférieur au revenu médian, consommant du tabac et conduisant une voiture d'occasion. Ici, la catégorisation algorithmique n'est pas seulement opaque par manque de transparence, elle est aussi non intuitive, et le resterait quand bien même une pleine transparence serait assurée. Comment les autorités en charge de la protection des consommateurs ou les juges pourraient-ils déterminer l'effet d'une pratique de personnalisation sur le consommateur moyen d'un groupe qui a émergé des données et qu'ils ne connaissent pas ? Le texte de la directive sur les pratiques commerciales déloyales n'est d'aucun secours dans la mesure où il prévoit que la notion de consommateur moyen « n'est pas une notion statistique », ce qui semble exclure que l'on demande des précisions – forcément d'ordre statistique – sur la catégorisation opérée par l'algorithme. Le même considérant précise, d'une façon qui apparaît presque ironique, que « [l]es juridictions et les autorités nationales devront s'en remettre à leur propre faculté de jugement, en tenant compte de la jurisprudence de la Cour de justice, pour déterminer la réaction typique du consommateur moyen

80. Art. 5, § 1^{er}.

81. Cons. 18 de la directive sur les pratiques commerciales déloyales.

82. *Report on the Fitness check*, SWD(2017) 209 final, p. 110. La référence spécifique au consommateur vulnérable se trouve à l'art. 5, § 3, de la directive.

83. Cette disposition est peu utilisée en pratique, car les groupes identifiés au titre du § 1^{er} sont généralement des groupes de consommateurs vulnérables, si bien que la disposition spécifique est redondante avec la disposition générale. *Report on the Fitness check*, préc., p. 111.

dans un cas donné⁸⁴ ». On ne peut que souhaiter aux juridictions d'avoir des facultés de jugement exceptionnelles. En réalité, à travers le standard du consommateur moyen, le droit demande un exercice d'imagination qui est dans tous les cas affecté d'un certain aléa mais, dans le cas des groupes créés par des algorithmes, dépasse véritablement l'entendement.

Plusieurs difficultés, moins abyssales mais néanmoins très réelles, peuvent encore être signalées. La première concerne le champ d'application des règles relatives à la personnalisation des offres : sans que cela soit explicite, il semble qu'elle ne s'applique qu'à l'ordre de classement des offres sur les sites marchands et non sur les moteurs de recherche généraux, ce qui peut les rendre faciles à contourner⁸⁵. En second lieu, l'appréciation de ce qui constituera un « paiement » effectué pour obtenir un meilleur classement sur un site marchand⁸⁶ est sujette à débat. Alors même que certains textes, après un âpre débat, considèrent que les données peuvent être considérées comme une rémunération⁸⁷, la directive « Modernisation » ne précise pas si, par paiement, il faut entendre uniquement un paiement en argent⁸⁸. Enfin, en troisième lieu, on peut relever une incohérence entre le régime applicable aux prix dynamiques et aux prix personnalisés. En effet, le considérant 45 de la directive « Modernisation », précise que l'exigence d'information « ne s'applique pas à des techniques telles que la tarification “dynamique” ou “en temps réel”, qui consiste à modifier le prix d'une manière très souple et rapide en réaction aux demandes du marché, lorsque ces techniques n'impliquent pas de personnalisation fondée sur une prise de décision automatisée⁸⁹ ». On peut relever avec intérêt que cet énoncé semble exempter de l'obligation d'information la pratique dite du prix de pointe (*surge pricing*) mise en œuvre par une entreprise comme Uber pour adapter les prix à des facteurs extérieurs au client, comme la météo ou l'équilibre entre l'offre et la demande de voitures⁹⁰. Ainsi, ce considérant réserve aux prix personnalisés un régime particulier de protection – fût-il basé sur la transparence uniquement – et, partant, légitime toutes les autres pratiques voisines. Cela crée aussi une confusion du point de vue de la protection des données personnelles et de

84. Directive sur les pratiques commerciales déloyales, cons. 18.

85. D. Clifford, th. citée n° 25, p. 47-48.

86. Au sens du point 11 *bis* de la directive sur les pratiques commerciales déloyales inséré par la directive « Modernisation » (citée ci-avant note 9).

87. Dir. UE n° 2019/770 relative à certains aspects concernant les contrats de fourniture de contenus numériques et de services numériques, *JOUE* 22 mai 2019, L 136, p. 1-27, cons. 24 (en substance, car le texte évite soigneusement d'utiliser les mots « paiement » ou « contrepartie »).

88. Cons. 20 de la directive « Modernisation ». Sur ce point, D. Clifford, th. citée ci-avant note 25, p. 48.

89. Cons. 45 de la directive « Modernisation » citée ci-avant note 9.

90. « A Deeper Look at Uber's Dynamic Pricing Model | Uber Newsroom US » (*Uber Newsroom*, 12 mars 2014) <<https://www.uber.com/newsroom/guest-post-a-deeper-look-at-ubers-dynamic-pricing-model/>> consulté le 25 avr. 2019.

la vie privée dès lors que le traitement de données est nécessaire non seulement pour les prix personnalisés mais aussi pour les prix dynamiques, de sorte que les exigences d'information issues du RGPD s'appliquent aux deux.

Au terme de cette analyse, il apparaît que les pratiques de personnalisation révèlent l'ambivalence normative bien connue du droit européen de la consommation. Celui-ci cherche indéniablement à protéger les consommateurs, tout en ne perdant pas de vue l'intérêt économique supérieur du marché unique. Au regard des pratiques de personnalisation, cette double finalité explique un régime relativement peu protecteur des consommateurs. S'il est concevable que des pratiques de personnalisation tombent sous le coup de l'interdiction des pratiques commerciales déloyales, de nombreuses incertitudes demeurent, notamment dès qu'il s'agit d'apprécier la loyauté d'une inférence. Nous ne disposons tout simplement pas d'un cadre conceptuel et normatif adapté. Les règles en vigueur mettent l'accent sur le consentement à la personnalisation et sur l'information des consommateurs. Ces outils classiques de la panoplie du législateur semblent assez mal adaptés. En ce qui concerne la protection par la transparence, les résultats d'une étude commandée par la Commission elle-même le suggèrent fortement. Il reste donc non seulement à entreprendre des études empiriques pour mieux comprendre dans quelles circonstances la personnalisation paraît déloyale et risque de miner la confiance des consommateurs, mais il est aussi nécessaire de poursuivre les efforts pour doter le droit européen de la consommation d'une armature normative plus ferme et de penser plus finement la synergie qu'il entretient avec le droit de la protection des données personnelles. En effet, l'écart entre le droit positif actuel et le besoin perceptible de réguler plus fermement les pratiques de personnalisation, notamment des offres et des prix, renvoie à la question fondamentale : contre quoi voulons-nous protéger les consommateurs ?