

Faculté de droit et de criminologie

# La protection du consommateur face aux prix personnalisés

Perspective juridique et éthique des pratiques de personnalisation à travers le RGPD, le droit européen de la consommation et le concept de *filter bubble*

Auteur : Noémie NIKAVOGUI

Promoteur : Christophe LAZARO

Année académique 2019-2020

Master en droit, finalité justice civile et pénale

## Plagiat et erreur méthodologique grave

---

Le plagiat, fût-il de texte non soumis à droit d'auteur, entraîne l'application de la section 7 des articles 87 à 90 du règlement général des études et des examens.

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

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

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

## **Remerciements**

*J'aimerais remercier toutes les personnes qui ont, de près ou de loin, contribué à la réalisation de ce mémoire.*

*Je voudrais tout d'abord remercier mon promoteur, Christophe LAZARO, de m'avoir guidée au moment le plus épineux de ce projet : son commencement. Sa disponibilité et ses conseils avisés m'ont été d'une précieuse aide.*

*J'aimerais remercier mes relecteurs qui m'ont permis d'améliorer mes qualités rédactionnelles et qui ont su alimenter ma réflexion grâce leurs remarques pertinentes. J'ai une pensée toute particulière pour Frédéric qui a relu avec attention chacun de mes travaux depuis ma première année de droit.*

*Merci à mes amis, autant à ceux de toujours, qu'à ceux rencontrés à l'Université qui m'ont constamment soutenue et entourée durant ces cinq dernières années. Merci à Théo de m'avoir épaulée et motivée durant ces circonstances si particulières et exceptionnelles.*

*J'aimerais exprimer ma plus sincère reconnaissance envers ma maman, qui a toujours été profondément investie dans mon parcours universitaire. Son soutien à toute épreuve et infaillible m'a permis de surmonter toutes les difficultés ainsi que tous les doutes, mais m'a surtout permis de savourer toutes les victoires avec encore plus d'intensité et de joie.*

*Enfin, j'aimerais dédier ce mémoire à mon papa que je sais fier de moi.*

« *Qui contrôle le passé contrôle l'avenir* »

Aldous Huxley

## **Table des matières**

|                                                                                                                                                                                                             |                  |
|-------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|------------------|
| <b><i>Table des matières.....</i></b>                                                                                                                                                                       | <b><i>1</i></b>  |
| <b><i>Introduction .....</i></b>                                                                                                                                                                            | <b><i>5</i></b>  |
| <b><i>Chapitre 1<sup>er</sup> : La personnalisation des prix et son lien avec le profilage.....</i></b>                                                                                                     | <b><i>7</i></b>  |
| <b>Section 1 : La personnalisation des prix .....</b>                                                                                                                                                       | <b>7</b>         |
| <b>Introduction.....</b>                                                                                                                                                                                    | <b>7</b>         |
| Sous-section 1 : Une forme de discrimination par les prix.....                                                                                                                                              | 8                |
| Contexte .....                                                                                                                                                                                              | 8                |
| §1 <sup>er</sup> : Définitions et conditions d'application.....                                                                                                                                             | 9                |
| §2 : Les degrés de discrimination par les prix.....                                                                                                                                                         | 10               |
| Sous-section 2 : Un concept de science-fiction ?.....                                                                                                                                                       | 11               |
| Sous-section 3 : L'apport de la technologie aux discriminations par les prix.....                                                                                                                           | 12               |
| <b>Section 2 : Le profilage.....</b>                                                                                                                                                                        | <b>14</b>        |
| <b>Remarque introductive .....</b>                                                                                                                                                                          | <b>14</b>        |
| Sous-section 1 : Notions et définitions.....                                                                                                                                                                | 15               |
| Sous-section 2 : Fonctionnement et finalités du profilage.....                                                                                                                                              | 16               |
| §1 <sup>er</sup> : Le préalable : la collecte de données .....                                                                                                                                              | 17               |
| §2 : Le processus du profilage abstrait .....                                                                                                                                                               | 20               |
| Sous-section 3 : Les applications du profilage dans le marché numérique : du dynamic pricing à la personnalisation des prix.....                                                                            | 21               |
| §1 <sup>er</sup> : La tarification dynamique ou <i>dynamic pricing</i> .....                                                                                                                                | 22               |
| §2 : Les prix personnalisés .....                                                                                                                                                                           | 24               |
| <b>Section 3 : Approche critique de la personnalisation des prix .....</b>                                                                                                                                  | <b>26</b>        |
| Sous-section 1 : Une pratique injuste.....                                                                                                                                                                  | 27               |
| Sous-section 2 : La disparition du prix de référence.....                                                                                                                                                   | 28               |
| Sous-section 3 : Risques de discrimination .....                                                                                                                                                            | 28               |
| Sous-section 4 : Le traitement des données et le profilage.....                                                                                                                                             | 29               |
| §1 <sup>er</sup> : La notion de profil.....                                                                                                                                                                 | 30               |
| Sous-paragraphe 1 <sup>er</sup> : Acception moderne.....                                                                                                                                                    | 30               |
| Sous-paragraphe 2 : Distinction entre profil explicite et prédictif.....                                                                                                                                    | 30               |
| § 2 : Profil et profilage, comment se pose le problème ?.....                                                                                                                                               | 30               |
| <b><i>Chapitre 2 : L'encadrement de la personnalisation des prix à la lumière des dispositions du Règlement Général sur la Protection des Données sur le profilage et la décision automatisée .....</i></b> | <b><i>32</i></b> |

|                                                                                                                                                                                                                     |           |
|---------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|-----------|
| <b>Aperçu du profilage en droit européen.....</b>                                                                                                                                                                   | <b>32</b> |
| <b>Section 1 : Le profilage au sein du Conseil de l'Europe .....</b>                                                                                                                                                | <b>32</b> |
| <b>Section 2 : Le Règlement Général sur la Protection des Données.....</b>                                                                                                                                          | <b>33</b> |
| Sous-section 1 : Conditions d'application du Règlement.....                                                                                                                                                         | 34        |
| §1 <sup>er</sup> : Champ d'application matériel .....                                                                                                                                                               | 34        |
| Sous-paragraphe 1 <sup>er</sup> : Les données à caractère personnel.....                                                                                                                                            | 34        |
| Sous-paragraphe 2 : Le traitement.....                                                                                                                                                                              | 36        |
| §2 : Champ d'application personnel.....                                                                                                                                                                             | 37        |
| Sous-section 2 : Le régime spécifique relatif au profilage et à la décision automatisée appliqué à la<br>personnalisation des prix.....                                                                             | 38        |
| Sous-paragraphe 1 <sup>er</sup> : Les principes généraux encadrant le traitement de données à caractère<br>personnel.....                                                                                           | 40        |
| Sous-paragraphe 2 : Le régime spécifique de l'article 22 du RGPD.....                                                                                                                                               | 42        |
| <b>Section 3 : Le régime de transparence, un régime protecteur défaillant .....</b>                                                                                                                                 | <b>50</b> |
| <b><i>Chapitre 3 : L'encadrement de la personnalisation des prix en droit européen de la<br/>consommation .....</i></b>                                                                                             | <b>52</b> |
| <b>Section 1 : Mise en contexte et instruments juridiques en jeu.....</b>                                                                                                                                           | <b>52</b> |
| <b>Section 2 : La protection offerte par la Directive relative aux droits des consommateurs.....</b>                                                                                                                | <b>54</b> |
| Sous-section 1 : De la reconnaissance des prix personnalisés en droit européen.....                                                                                                                                 | 54        |
| Sous-section 2 : Des limites de la Directive et de ses exigences protectrices.....                                                                                                                                  | 55        |
| §1 <sup>er</sup> : Une obligation d'information limitée aux contrats conclus à distance et aux seuls prix<br>personnalisés.....                                                                                     | 55        |
| §2 : Le choix d'un régime de transparence .....                                                                                                                                                                     | 56        |
| <b>Section 3 : La Directive relative aux pratiques commerciales déloyales.....</b>                                                                                                                                  | <b>56</b> |
| Sous-section 1 : Application aux prix personnalisés.....                                                                                                                                                            | 56        |
| Sous-section 2 : Aperçu du régime légal de la Directive.....                                                                                                                                                        | 57        |
| Sous-section 3 : Focus sur les pratiques trompeuses et agressives.....                                                                                                                                              | 58        |
| §1 <sup>er</sup> : Les pratiques trompeuses .....                                                                                                                                                                   | 58        |
| §2 : Les pratiques agressives.....                                                                                                                                                                                  | 59        |
| <b><i>Remarque conclusive intermédiaire.....</i></b>                                                                                                                                                                | <b>59</b> |
| <b><i>Chapitre 4 : Du profil numérique et de la personnalisation des contenus : quelle place<br/>pour l'individu ? Réflexion sur un profil qui nous limite au travers du concept de Filter<br/>Bubble .....</i></b> | <b>60</b> |
| <b>Section 1 : Introduction.....</b>                                                                                                                                                                                | <b>60</b> |

|                                                                                                               |           |
|---------------------------------------------------------------------------------------------------------------|-----------|
| <b>Section 2 : Contexte</b> .....                                                                             | <b>60</b> |
| Sous-section 1 : Une société qui ne se laisse plus appréhender de la même manière .....                       | 61        |
| Sous-section 2 : Une histoire d’algorithmes.....                                                              | 61        |
| <b>Section 3 : La bulle de filtre, une prison dorée</b> .....                                                 | <b>62</b> |
| Sous-section 1 : Une cellule à notre image.....                                                               | 62        |
| Sous-section 2 : Anticiper pour personnaliser, les barreaux.....                                              | 63        |
| Sous-section 3 : L’évasion d’un prisonnier .....                                                              | 64        |
| <b>Section 4 : L’autodétermination de la personne à la lumière des pratiques de personnalisation</b><br>..... | <b>66</b> |
| Sous-section 1 : Le pouvoir de choisir .....                                                                  | 66        |
| Sous-section 2 : The Filter Bubble Transparency Act.....                                                      | 67        |
| §1 <sup>er</sup> : Le projet de loi .....                                                                     | 67        |
| §2 : Ses limites.....                                                                                         | 67        |
| <b>Conclusion</b> .....                                                                                       | <b>70</b> |
| <b>Annexes</b> .....                                                                                          | <b>73</b> |
| <b>Bibliographie</b> .....                                                                                    | <b>80</b> |



## **Introduction**

« *Big brother is watching you !* »

Cette expression de G. ORWELL résonne plus que jamais à l'heure actuelle. La solution du *contact tracing*<sup>1</sup> pour contrer la pandémie du siècle a remis au centre des débats les défis que soulève la surveillance généralisée des citoyens grâce à la collecte de leurs données au moyen d'Internet et des « *smart devices* »<sup>2</sup>, omniprésents dans notre société. Si les citoyens ont déjà pris conscience du danger que représente le suivi de leurs traces numériques à des fins de stratégies politiques et de manipulation de leurs opinions<sup>3</sup>, qu'en est-il de l'emprise de cette traque aux données sur leurs choix en tant que consommateur ? Car du ciblage publicitaire à la personnalisation des prix, il n'y a qu'un pas. Et, même si d'un point de vue économique toute influence ne peut être qualifiée de problématique, celle-ci doit pouvoir être remise en question lorsqu'elle se base sur un traitement des données à caractère personnel prenant place de manière insidieuse et laissant ainsi la porte ouverte à la manipulation des consommateurs et de leurs choix.

Pourtant, la confiance du consommateur dans le marché numérique est cruciale pour atteindre l'objectif que s'est donné l'Union européenne d'un *digital market* performant.

Pour ces raisons, la présente recherche de fin d'études est consacrée à la protection du consommateur en droit européen à l'ère du monde numérique. Plus spécifiquement, il sera question de la protection du consommateur face aux prix personnalisés pratiqués par des acteurs privés, tels que les sites marchands et plateformes numériques proposant des biens et des services. À cette fin, ce travail interroge l'encadrement juridique européen des enjeux sous-jacents à cette pratique de personnalisation des prix, à savoir le profilage et la personnalisation des *contenus* qu'il rend possible. Et, via le concept de *filter bubble* le présent travail élève l'analyse des enjeux précités à un niveau éthique.

L'étude est divisée en quatre chapitres.

---

<sup>1</sup>Article de l'Université de Namur, « Suivi numérique des citoyens : entre respect des droits fondamentaux et efficacité de la lutte contre l'épidémie », disponible sur <https://www.unamur.be/coronavirus/experts/degrave-dodeigne-schumacher>, dernière consultation le 8 août 2020.

<sup>2</sup>Tablette, smartphone, montre connectée, etc.

<sup>3</sup>Voy. à cet égard l'affaire Cambridge Analytica.

Le premier chapitre est consacré à la personnalisation des prix, à ses dessous économiques, son lien avec le profilage et, *a fortiori*, le traitement de données à caractère personnel. Une fois ce lien établi, il est naturellement possible de dégager un premier outil juridique pouvant venir réguler la pratique des prix personnalisés : le Règlement Général sur la Protection des Données.

Les données à caractère personnel étant au cœur de la personnalisation des prix, le second chapitre est donc dédié au Règlement Général sur la Protection des Données et à son application aux prix personnalisés. En fin d'analyse, après avoir abordé les principes et les règles applicables à tout traitement de données à caractère personnel ainsi que l'interdiction consacrée par l'article 22 dudit Règlement, le régime protecteur offert par ce Règlement est remis en question poussant la réflexion sur la protection du consommateur un cran plus loin.

Nous poursuivons ainsi notre réflexion sur la protection du consommateur avec un troisième chapitre portant sur l'encadrement de la personnalisation des prix par le droit européen de la consommation. Ce chapitre analyse la possible application de deux Directives européennes, respectivement la Directive relative aux droits des consommateurs et la Directive relative aux pratiques commerciales déloyales (telles que modifiées par la Directive dite « Omnibus » de 2019).

Le quatrième chapitre aborde les enjeux dégagés tout au long des trois premiers chapitres sous un angle éthique au travers du concept de *filter bubble*. Il sera question d'expliquer en quoi le profil issu du profilage de nos données et la personnalisation de contenus réalisée à la lumière de ce dernier est de nature à *nous limiter en tant que personne*. Pour finir, ce dernier chapitre envisage la possibilité d'adapter au monde numérique le droit que chacun possède de pouvoir s'autodéterminer, devant alors être compris comme « *le pouvoir de choisir* » entre un environnement personnalisé ou non personnalisé. Nous analyserons ensuite ce dernier *pouvoir* au regard d'un projet américain, « The Filter Bubble Transparency Act ».

# **Chapitre 1<sup>er</sup> : La personnalisation des prix et son lien avec le profilage**

## **Section 1 : La personnalisation des prix**

### **Introduction**

La personnalisation des prix est une forme de discrimination par les prix rendue possible par les technologies du monde connecté. C'est une pratique par laquelle un vendeur infère, 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 adapte ses prix en conséquence*<sup>4</sup>.

Mais comment évaluer le consentement à payer d'un consommateur<sup>5</sup>? Cela semble être une tâche bien complexe. En fait, ce ne l'est plus vraiment. À l'ère du big data, cette tâche n'a jamais paru aussi simple à réaliser. En effet, il est tout à fait possible aujourd'hui de collecter et d'analyser un large éventail de données, soit issues du comportement de navigation sur le web d'un ou plusieurs utilisateurs, soit fournies par les utilisateurs eux-mêmes (par exemple, en remplissant une inscription à une newsletter), afin de personnaliser les contenus qui leur sont offerts<sup>6</sup>. La personnalisation des contenus est largement utilisée, notamment dans le marketing afin d'améliorer le rendement des entreprises, en mettant à disposition des consommateurs des biens et des services – et par la même occasion, une expérience – taillés à leurs attentes, à leurs intérêts et ce, au moyen de données collectées à leur sujet. Il semble possible que les plateformes de commerce en ligne<sup>7</sup> usent de données qu'elles obtiennent des utilisateurs visitant leur site, non plus seulement pour adapter leurs contenus aux attentes des

---

<sup>4</sup> A.-L. SIBONY et D. CLIFFORD, « La personnalisation illicite - La perspective du droit européen de la consommation », in : Florence G'sell, *Le big data et le droit*, Dalloz, Paris 2020, p. 261.

<sup>5</sup> L'article I.1<sup>er</sup>, 2<sup>o</sup> du Code de droit économique définit le consommateur comme étant « toute personne physique qui agit à des fins qui n'entrent pas dans le cadre de son activité commerciale, industrielle, artisanale ou libérale ».

<sup>6</sup> Rapport de la Commission U.E., « Consumer market study on online market segmentation through personalised pricing/offers in the European Union », juin 2018, p. 43, disponible sur [https://ec.europa.eu/info/sites/info/files/aid\\_development\\_cooperation\\_fundamental\\_rights/aid\\_and\\_development\\_by\\_topic/documents/synthesis\\_report\\_online\\_personalisation\\_study\\_final\\_0.pdf](https://ec.europa.eu/info/sites/info/files/aid_development_cooperation_fundamental_rights/aid_and_development_by_topic/documents/synthesis_report_online_personalisation_study_final_0.pdf), consulté le 22 juillet 2020) ; Le ciblage publicitaire, la personnalisation des offres ou encore la personnalisation des résultats de recherche sont des cas de personnalisation utilisés dans le domaine du marketing et présents dans le monde en ligne, Voy. en ce sens le rapport précité, pp. 34-46.

<sup>7</sup> Dans le présent travail, les termes *plateforme numérique, site de vente en ligne ou site marchand* sont utilisés pour désigner le site et/ou la plateforme dont l'activité est le commerce en ligne (e-commerce). Sur ces sites, l'on peut acheter des produits de consommation courante ou des prestations, définition inspirée du site <http://le-ecommerce.com/site-e-commerce-definition/>, consulté le 8 août 2020 ; voy. en ce sens C. VERDURE, A. VON MOLTKE, « Chapitre 2 - Les plateformes numériques et l'article 102 TFUE : quels enjeux sous l'angle du contentieux ? » in *Contentieux du droit de la concurrence de l'Union européenne*, Bruxelles, Bruylant, 2017, pp. 161-204.

consommateurs, mais également pour leur appliquer un prix spécifique adapté à leur profil numérique.

La différenciation des prix dans les marchés physiques n'est pas un phénomène nouveau. En économie, cette différenciation se présente sous le terme technique de « discrimination par les prix » qui désigne la stratégie par laquelle les entreprises pratiquent différents prix pour un même bien ou service, ayant un coût de production identique, dans le but d'attirer de nouveaux clients ou de leur faire payer un prix plus élevé<sup>8</sup>.

### **Sous-section 1 : Une forme de discrimination par les prix**

#### **Contexte**

La personnalisation des prix sur les sites de vente en ligne, telle qu'appréhendée dans ce présent travail, à savoir le cas d'un prix individuel déterminé sur base de la disposition à payer d'un individu inférée de la collecte de ses caractéristiques personnelles, constitue la forme la plus aboutie de discrimination par les prix. On parle de « discrimination parfaite » ou de « discrimination de premier degré ». Il y a encore quelques années, ce type de discrimination revêtait un caractère purement théorique, voire impossible à atteindre<sup>9</sup>. Il n'y a d'ailleurs, à ce jour, encore aucune preuve concrète que des prix personnalisés aient déjà pu être utilisés par des sites de vente en ligne, du moins pas dans l'acception *brute* du concept<sup>10</sup>.

---

<sup>8</sup> « 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 », A.-L. SIBONY et D. CLIFFORD, *op. cit.*, p. 249. ; Ou encore « La discrimination par les prix est une stratégie ancienne, qui existe depuis longtemps dans le commerce physique, mais les prix personnalisés sont pratiqués en de rares occasions, par exemple lorsque le client tente de négocier le prix (à la baisse) d'un bien avec le vendeur, à l'image de l'achat d'un bien immobilier ou d'une voiture, ou via des promotions ciblées (cartes de fidélité) », E. COMBE, « Vers des prix personnalisés à l'heure du numérique ? », *Fondation pour l'innovation politique (fondapol.org)*, Paris, octobre 2019, p. 10.

<sup>9</sup> M. BOTTA et K. WIEDEMANN, « To discriminate or not to discriminate? Personalised pricing in online markets as exploitative abuse of dominance », *European Journal of Law and Economics* (2019), décembre 2019, p. 4, disponible sur <https://doi.org/10.1007/s10657-019-09636-3>, consulté le 10 juillet 2020. ; Dans les marchés physiques, la discrimination par les prix de premier degré « concernait essentiellement des pratiques de négociation de prix à la baisse, le plus souvent à l'initiative du client et sur la base d'un prix de référence », E. COMBE, *op. cit.*, p. 25.

<sup>10</sup> Voy. en ce sens M. BOURREAU et A. DE STREEL, « The Regulation of Personalised Pricing in the Digital Era », *SRN Electronic Journal*, 2018, p. 2, disponible sur <https://ssrn.com/abstract=3312158>, consulté le 20 mai 2020. ; A.-L. SIBONY et D. CLIFFORD, *op. cit.*, p. 261 : « There is no conclusive empirical evidence that personalised pricing actually exists in online markets. For example, the report of OFT (2013) argues that personalised pricing is technically possible, but found no evidence that it was used by online firms in the UK in 2012. The CNIL-DGCCRF report (2014) found no evidence of personalised prices based on IP address in France in e-commerce websites. In 2017, the Competition and Markets Authority in the UK replicated and expanded the study of OFT (2013) and found no evidence of personalised pricing (CMA, 2018). Consultants for the European Commission

Différentes études et enquêtes empiriques indiquent que, bien que techniquement possible, la personnalisation des prix n'est pas utilisée par les sites marchands en ce qu'ils craignent qu'une réaction néfaste des consommateurs ne vienne entacher leur réputation<sup>11</sup>. Néanmoins, la sophistication des techniques d'analyse et du big data ainsi que la rapidité à laquelle le monde numérique se transforme nous pousse à croire en la possibilité qu'un jour les prix personnalisés envahiront ces sites. Et cela suscite bien évidemment des inquiétudes quant à la protection du consommateur lorsqu'il effectue ses achats en ligne car la personnalisation des prix, et la personnalisation de manière générale, intervient pratiquement toujours à son insu au vu de sa nature occulte<sup>12</sup>.

Une présentation des modèles économiques de la discrimination par les prix est nécessaire avant de traiter plus en profondeur le phénomène qu'est la personnalisation des prix et des questions que cette technique soulève au regard de la protection du consommateur et de ses données.

## §1er : Définitions et conditions d'application

La discrimination par les prix est donc la pratique par laquelle une entreprise "(...) charges two consumers (or the same consumer) with different prices for two units of the same product or similar products, and the price difference does not reflect cost differences"<sup>13</sup> dans le but d'augmenter ses profits<sup>14</sup>. La littérature économique identifie trois conditions que le marché doit rencontrer afin qu'une entreprise puisse implémenter efficacement une stratégie de discrimination par les prix<sup>15</sup> : l'entreprise doit avoir un certain pouvoir/poids sur le marché, sans devoir nécessairement être en situation de monopole ; elle doit également être en mesure d'empêcher ses consommateurs de revendre instantanément les produits achetés à un prix plus élevé que le prix d'achat<sup>16</sup> et pour finir, l'entreprise doit être en mesure d'estimer la valeur

---

conducted a similar study for 8 member states and 4 markets with similar findings (Ipsos et al., 2018). In the computer science literature, Vissers et al. (2014) ran a three-week experiment with 66 virtual user profiles connecting 25 airlines twice a day, and found no evidence of price targeting, though prices were observed to be very volatile."

<sup>11</sup> A.-L. SIBONY et D. CLIFFORD, *op. cit.*, p. 262. ; Voy. également l'étude Ipsos – London Economics – Deloitte consortium de juin 2018 concernant l'absence de personnalisation des prix malgré qu'elle soit techniquement réalisable.

<sup>12</sup> *Ibid.*, p. 261.

<sup>13</sup> M. BOURREAU et A. DE STREEL, *op. cit.*, p. 2.

<sup>14</sup> E. COMBE, *op. cit.*, p. 10.

<sup>15</sup> M. BOTTA et K. WIEDEMANN, *op. cit.*, p. 6.

<sup>16</sup> L'entreprise doit être en mesure d'empêcher l'arbitrage : "*The firms must be able to prevent arbitrage which is when buyers purchase the product at the lower price and resell it at the higher price. A price-discriminating firm must be able to prevent this from happening. Otherwise, the firm will end up selling only at the low price.*"

qu'un consommateur accorde à un de ses produits et pouvoir, en fonction de cela, ajuster le prix de son produit.

## §2 : Les degrés de discrimination par les prix

En économie, trois degrés de discrimination par les prix sont traditionnellement identifiés<sup>17</sup>. Ces différents types/degrés de discrimination par les prix se font en fonction du niveau d'information dont l'entreprise dispose à propos des consommateurs<sup>18</sup>.

Les degrés sont volontairement abordés dans un sens « *anti-chronologique* », car dans les théories économiques, le premier degré est très difficilement atteignable.

### **A. Le « *group pricing* »**

Le troisième degré de discrimination est celui que l'on perçoit le plus facilement dans notre environnement physique direct. Il consiste à appliquer différents prix à différents groupes d'individus ; c'est le « *group pricing* »<sup>19</sup>. C'est celui que l'on retrouve par exemple dans les musées, lorsqu'un tarif spécial est proposé aux plus jeunes<sup>20</sup>.

Un exemple de « *group pricing* » à l'échelle numérique est celui d'Amazon<sup>21</sup> qui, en 2000, a fait varier ses prix de manière complètement aléatoire pour un même DVD entre les différentes catégories d'utilisateurs visitant son site internet. Les visiteurs identifiés comme « réguliers » par les cookies présents sur le site payaient un prix sensiblement plus élevé que les visiteurs considérés comme non réguliers<sup>22</sup>. Cette discrimination, réalisée à l'insu des consommateurs a été très mal perçue obligeant Jeff Bezos, le patron d'Amazon, à rembourser les consommateurs lésés<sup>23</sup>.

---

<sup>17</sup> M. BOTTA et K. WIEDEMANN, *op. cit.*, p. 3.

<sup>18</sup> M. BOURREAU et A. DE STREEL, *op. cit.*, p. 2.

<sup>19</sup> M. BOTTA et K. WIEDEMANN, *op. cit.*, p. 4.

<sup>20</sup> E. COMBE, *op. cit.*, p. 10.

<sup>21</sup> Amazon est le plus grand revendeur sur Internet au monde. En vertu de son article 3, §2, le Règlement Général sur la Protection des Données s'applique au traitement des données à caractère personnel des membres de l'Union, indépendamment de l'établissement du responsable du traitement ou du sous-traitant. Par conséquent, même si Amazon n'est pas établi en Europe, ses activités de traitement de données à caractère personnel doivent se conformer aux exigences du RGPD dans la mesure où ces données sont relatives à des personnes concernées qui se trouvent sur le territoire de l'Union.

<sup>22</sup> A. RAMASASTRY, « Web sites change prices based on customers' habits », le 24 juin 2005, disponible sur <http://edition.cnn.com/2005/LAW/06/24/ramasastry.website.prices/>, consulté le 10 juillet 2020. ; A.-L. SIBONY et D. CLIFFORD, *op. cit.*, p. 261. ; E. COMBE, *op. cit.*, p. 33.

<sup>23</sup> *Ibid.*

## B. Le « menu pricing »

Ce second degré de discrimination par les prix se réfère à la situation dans laquelle le prix est déterminé en fonction de la manière dont le produit est vendu<sup>24</sup>. Ici, différentes versions d'un même produit sont proposées à des prix différents<sup>25</sup>. C'est, par exemple, appliquer un prix spécifique pour un pack d'eau de 6 bouteilles ou le fait que le prix d'un ticket d'un billet d'avion, par exemple, varie en fonction du temps restant avant son utilisation<sup>26</sup>. Dans ce contexte, le vendeur n'a point besoin de données relatives au consommateur car celui-ci révèle lui-même sa disposition à payer en optant pour l'une ou l'autre version du produit<sup>27</sup>.

## C. La discrimination parfaite

Le premier degré de discrimination, ou situation de « discrimination parfaite » est l'hypothèse dans laquelle une entreprise a la capacité d'ajuster parfaitement les prix de ses produits en fonction de ce qu'est prêt à payer le consommateur (sa disposition maximale à payer). C'est le scénario dans lequel s'inscrivent les prix personnalisés, objet de ce premier chapitre.

### Sous-section 2 : Un concept de science-fiction ?

Tel qu'énoncé précédemment, les sites de *e-commerce* sont réticents à utiliser les prix personnalisés sur base de la collecte de données. C'est essentiellement parce que les entreprises craignent pour leur *e-reputation* ainsi que de perdre la fidélité de leur clientèle<sup>28</sup>. En effet, comme l'explique E. COMBE dans sa conférence « *Des prix différenciés aux prix personnalisés* » : « Nous (les consommateurs) détestons l'idée qu'un prix puisse être à la tête du client. Nous avons une aversion pour l'iniquité, surtout lorsqu'elle nous concerne (...) »<sup>29</sup>. Par conséquent, les entreprises ne se livrent pas à des pratiques de personnalisation des prix *violentes* mais *indirectes* par le biais de coupons de réduction ciblés et personnalisés envoyés à un consommateur en particulier qui, par exemple, a mis différents produits dans son panier d'achats mais qui n'a pas procédé au paiement de ceux-ci. Si le site lui propose une réduction

---

<sup>24</sup> C. SHAPIRO et H. VARIAN, « Information rules: a strategic guide to the network economy », *Harvard Business School Press*, Boston, 1999, pp. 53-54.

<sup>25</sup> A.-L. SIBONY et D. CLIFFORD, *op. cit.*, p. 266.

<sup>26</sup> C. SHAPIRO et H. VARIAN, *op. cit.*, pp. 53-54.

<sup>27</sup> A.-L. SIBONY et D. CLIFFORD, *op. cit.*, p. 266.

<sup>28</sup> A.-L. SIBONY et D. CLIFFORD, *op. cit.*, p. 262.

<sup>29</sup> E. COMBE, conférence SKEMA : « Des prix différenciés aux prix personnalisés » (en ligne), disponible sur, <https://www.youtube.com/watch?v=LRvcW6xtBzU>, visionnée en juillet 2020.

qui lui est spécifique pour l'inciter à acheter, nous sommes en présence de prix personnalisés *indirects*.

La personnalisation des prix n'est pas de l'ordre de l'utopie, elle existera certainement même si ses débuts arboreront, et arborent déjà, un caractère indirect.

### **Sous-section 3 : L'apport de la technologie aux discriminations par les prix**

Face au numérique, la discrimination par les prix prend une forme plus sophistiquée. Longtemps restées « *transparente(s) et simple(s) à comprendre* »<sup>30</sup>, les formes traditionnelles de discrimination par les prix profitent des avancées du numérique et du perfectionnement des systèmes d'analyse de données pour se transformer et s'adapter au monde du commerce en ligne<sup>31</sup>.

Les procédés techniques utilisés pour personnaliser les prix sont similaires à ceux employés pour personnaliser les contenus, tels que les publicités<sup>32</sup>. Ce processus peut se résumer en trois phases : des informations à propos des consommateurs sont collectées au travers de différents outils de collecte de données, par exemple les *cookies*, cet ensemble de données est analysé par de puissants algorithmes<sup>33</sup> et ensuite, une fois que les données *ont parlé*, il devient possible de les utiliser pour personnaliser les offres que l'on proposera à tel ou tel consommateur (voy. *infra* et Annexe 1 et 1(bis)). Ce processus peut être illustré comme suit :

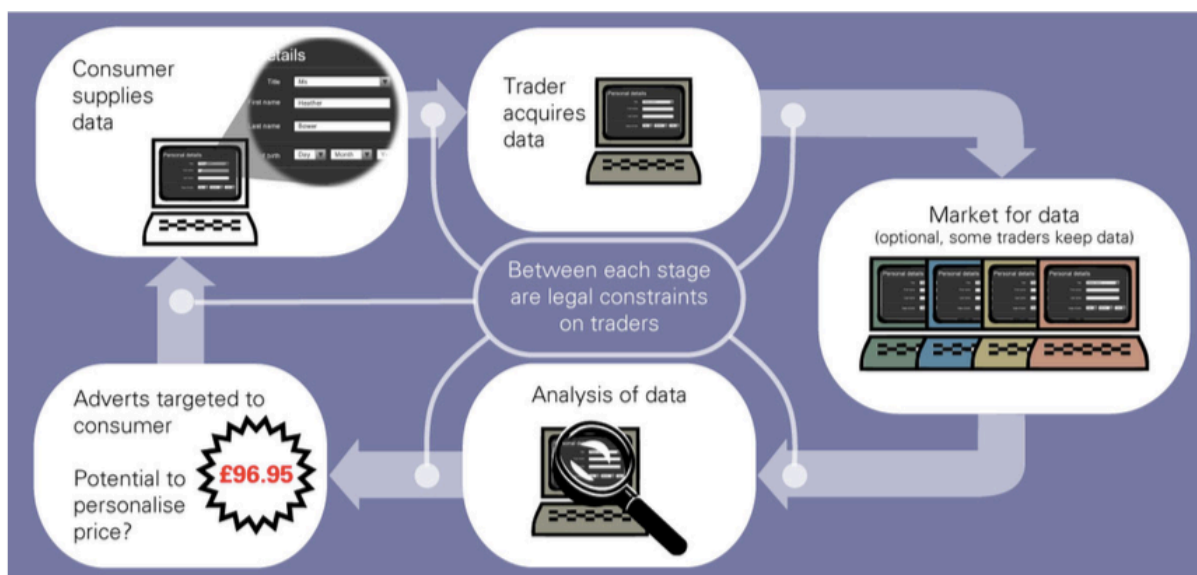
---

<sup>30</sup> E. COMBE, *op. cit.*, p. 10. ; Par exemple, on est plus à même de comprendre pourquoi les jeunes paieraient moins cher au cinéma ; ces derniers ont moins de revenus que des adultes. Se pose ici la question fondamentale de savoir ce qui se trouve au fondement de nos jugements sur la loyauté ou la déloyauté de la personnalisation, voy. en ce sens A.-L. SIBONY et D. CLIFFORD, *op. cit.*, p. 267.

<sup>31</sup> Voy. M. BOTTA et K. WIEDEMANN, *op. cit.*, p. 4, pour les formes spécifiques de discrimination.

<sup>32</sup> Office of Fair Trading (OFT), "Personalised pricing : increasing transparency to improve trust", mai 2013, p. 15.

<sup>33</sup> Le dictionnaire Larousse définit un algorithme comme un « ensemble de règles opératoires dont l'application permet de résoudre un problème énoncé au moyen d'un nombre fini d'opérations ». L'algorithme, une fois traduit en un langage informatique peut réaliser de façon automatique un traitement des données qui lui sont fournies afin de les trier, les hiérarchiser et de leur donner du sens.



Source : Office of Fair Trading (OFT), “Personalised pricing : increasing transparency to improve trust”, mai 2013, p.14

Le *dynamic pricing*<sup>34</sup> ou la personnalisation des prix sont des exemples de la transformation par la technologie des discriminations par les prix. Et bien que différant l’un de l’autre<sup>35</sup>, ces deux concepts reposent tous deux sur la collecte de données pour déterminer quel prix à appliquer à un consommateur ou à un groupe de consommateurs ayant des caractéristiques similaires. C’est par la capacité qu’ont désormais les sites marchands à collecter des données et de pouvoir, à partir du traitement de ces données, catégoriser les individus, que la discrimination par les prix se transforme, se complexifie et perd en transparence<sup>36</sup>.

Ainsi se crée une asymétrie informationnelle entre vendeurs et consommateurs en faveur des sites de vente en ligne. Celle-ci est générée par l’usage qui est fait d’algorithmes de *tracking* destinés à fournir à ces sites de vente en ligne un maximum d’informations quant aux habitudes de leurs consommateurs. Ces derniers n’ont généralement pas conscience de la multitude de données dont certains algorithmes se nourrissent dans le but d’établir leur profil

<sup>34</sup> Voy. *infra*, le concept de *dynamic pricing* est développé en page 22 de ce travail. Il peut être défini comme étant la variation extrêmement rapide et flexible d’un prix d’un produit en réponse à la demande du marché.

<sup>35</sup> « While personalised pricing involves charging a different price to consumers based on their personal characteristics, dynamic pricing involves adjusting prices to changes in demand and supply, often in real time, not implying any kind of discrimination between consumers », Note du Secrétariat de l’Organisation de Coopération et de Développement Économiques (OCDE), « Personalised Pricing in the Digital Era », 2018, p. 9, disponible sur [https://one.oecd.org/document/DAF/COMP\(2018\)13/en/pdf](https://one.oecd.org/document/DAF/COMP(2018)13/en/pdf), consulté le 10 juillet 2020.

<sup>36</sup> Transparence pourtant nécessaire afin de renforcer la confiance des consommateurs dans les marchés numériques, comme le soulève Henna Virkkunen, membre du Parlement européen : « (...) User trust is also essential for a thriving platform economy ».

pour proposer un contenu en adéquation avec leurs intérêts, besoins, préférences, etc<sup>37</sup>. En outre, les principes latents du fonctionnement de ces algorithmes constituent bien souvent des secrets d'affaires que les entreprises ne veulent pas révéler et même dans le cas où ces principes de fonctionnement seraient révélés, il y a de grandes chances qu'ils soient inintelligibles pour un consommateur moyen<sup>38</sup>. Ces facteurs sont de nature à renforcer cette asymétrie de l'information.

En filigrane de la personnalisation des prix apparaît la notion de profilage, méthode sous-jacente aux prix personnalisés opérant bien souvent à l'insu du consommateur, à l'instar de la personnalisation<sup>39</sup>. Dans le cadre de ce travail, la personnalisation des prix est mobilisée de manière à mettre en lumière les enjeux engendrés par certaines pratiques appartenant au monde du numérique, telles que celle du profilage, la création du *profil numérique* qui en découle et la personnalisation opérée au regard de ce profil<sup>40</sup>.

## **Section 2 : Le profilage**

### **Remarque introductive**

Différents types de données peuvent être collectées : les données personnelles volontairement partagées, les données observées ainsi que les données déduites du profil du consommateur. En plus des données personnelles, c'est tout le comportement en ligne adopté par le consommateur sur Internet qui est surveillé<sup>41</sup> et qui permet de créer son profil. Tout au

---

<sup>37</sup> Voy. également les Annexes 1 et 1(bis). Par mail, Amazon nous recommande un livre susceptible de nous intéresser au vu de notre activité sur cette plateforme. Notre comportement a donc été observé afin qu'un contenu personnalisé nous soit proposé.

<sup>38</sup> Rapport du Bureau européen des consommateurs, « Ensuring consumer protection in the platform economy », 2018, pp. 4-5, disponible sur [https://www.beuc.eu/publications/beuc-x-2018-080\\_ensuring\\_consumer\\_protection\\_in\\_the\\_platform\\_economy.pdf](https://www.beuc.eu/publications/beuc-x-2018-080_ensuring_consumer_protection_in_the_platform_economy.pdf), consulté le 15 mai 2020. ; La notion de consommateur moyen est interprétée par la Cour de Justice de l'Union Européenne comme étant le consommateur « qui est normalement informé et raisonnablement attentif et avisé, compte tenu des facteurs sociaux, culturels et linguistiques », voy. C.J.U.E., arrêt Canal Digital A/S, C-611/14, 26 octobre 2016, ECLI:EU:C:2016:800. ; Cette notion est d'ailleurs reprise au Considérant n°18 de la 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) no 2006/2004 du Parlement européen et du Conseil, («directive sur les pratiques commerciales déloyales»).

<sup>39</sup> Rapport du Bureau européen des consommateurs, «Automated decision making and artificial intelligence - a consumer perspective», 2018, p. 5, disponible sur [https://www.beuc.eu/publications/beuc-x-2018-058\\_automated\\_decision\\_making\\_and\\_artificial\\_intelligence.pdf](https://www.beuc.eu/publications/beuc-x-2018-058_automated_decision_making_and_artificial_intelligence.pdf), consulté le 24 juillet 2020.

<sup>40</sup> A. ROOSEDAAL, *Digital personae and profiles in law: Protecting individuals' rights in online contexts*, Wolf Legal Publishers, Oisterwijk, 2013, p. 8.

<sup>41</sup> « 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 (...) », A.-L. SIBONY et D. CLIFFORD, *op. cit.*, p. 249.

long de ce travail, lorsqu'il sera fait référence aux données relatives à un consommateur, il faudra comprendre les données permettant de l'identifier. Ainsi, le Règlement Général sur la Protection des Données – dont l'analyse est contenue dans le chapitre 2 – est d'application<sup>42</sup>.

### **Sous-section 1 : Notions et définitions**

Le profilage analysé est celui s'inscrivant dans la sphère numérique. Ce dernier permet notamment de parvenir à la personnalisation des prix. Ce terme technique peut être défini comme « la méthode informatisée ayant recours à des procédés de data mining sur des entrepôts de données permettant ou devant permettre de classer avec une certaine probabilité, et donc avec un certain taux d'erreur induit, un individu dans une catégorie particulière afin de prendre des décisions individuelles à son égard »<sup>43</sup>. Le profilage aide donc à la prise de décision par la possibilité qu'il offre de compiler et d'évaluer un ensemble important de données à caractère personnel.

L'on peut, dans nos sociétés modernes, rapprocher la notion de profilage à la notion d'analyse comportementale lorsque cette dernière consiste non pas en l'investigation des pensées d'un individu, mais en l'observation de son comportement en fonction de stimuli afin de le conditionner à agir d'une certaine manière ne correspondant pas nécessairement à ses intérêts<sup>44</sup>. Pris sous cet angle, le résultat du profilage et de l'analyse comportementale tendent à se recouper ; le but de l'analyse comportementale est « (...) d'établir une corrélation mathématique forte entre certaines caractéristiques que l'individu partage avec d'autres individus « semblables », et un comportement donné, que l'on veut prédire ou influencer »<sup>45</sup>. Celui du profilage, est de parvenir à catégoriser les individus grâce à l'établissement de corrélations entre certains comportements au moyen d'observations numérisées et massives de données – *ces corrélations traduisant le comportement des individus sur les interfaces digitales*

---

<sup>42</sup> Article 4, §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, fait à Bruxelles le 27 avril 2016, J.O.U.E., 119, le 4 mai 2016 (ci-après : RGPD).

<sup>43</sup> Rapport du Comité consultatif de la convention 108 sur l'Application de la Convention 108 au mécanisme de profilage, 11 janvier 2008, Strasbourg, p. 5.

<sup>44</sup> *Ibid.*

<sup>45</sup> *Ibid.*

– et de cette manière, être en mesure de fournir un traitement individualisé<sup>46</sup> à un individu identifié, de prédire ses actions ainsi que ses préférences<sup>47</sup>.

Dans la même continuité, l'article 4, §4 du Règlement Général sur la protection des Données définit le profilage comme étant « toute forme de traitement automatisé de données à caractère personnel consistant à utiliser ces données à caractère personnel pour évaluer certains aspects personnels relatifs à une personne physique, notamment pour analyser ou prédire des éléments concernant le rendement au travail, la situation économique, la santé, les préférences personnelles, les intérêts, la fiabilité, le comportement, la localisation ou les déplacements de cette personne physique »<sup>48</sup>.

### **Sous-section 2 : Fonctionnement et finalités du profilage**

La collecte de données à caractère personnel et le profilage des consommateurs sont rendus possibles et facilités grâce à l'importante quantité de données générées par les nombreux outils connectés qui nous entourent mais aussi grâce à la sophistication des traitements de données et des technologies de « *tracking* »<sup>49</sup>. Selon Wolfie CHRISTL, en adoptant ces nouveaux *business models* centrés sur la collecte des données, les entreprises des marchés numériques « have constructed an environment in which individuals are constantly surveyed and evaluated, investigated and examined, categorized and grouped, rated and ranked, numbered and quantified, included or excluded, and, as a result, treated differently »<sup>50</sup>.

La collecte de données et le profilage réalisés à partir des données collectées conduisent à la création d'un « profil numérique » de chaque consommateur qui est ensuite appliqué à une situation déterminée<sup>51</sup>.

---

<sup>46</sup> *Ibid.* ; C'est à ce niveau que le profilage, reposant sur des opérations statistiques, s'en distingue néanmoins. En effet, bien que les traitements statistiques reposent sur la collecte et l'analyse de données (pas nécessairement numérisées) menant à la production de résultats permettant la compréhension d'une situation définie et pouvant mener à une prise de décision ayant des effets sur les individus, ils n'ont pas pour but – à l'inverse du profilage – de procéder à un traitement individualisé car ils tendent à être une aide à la prise de décisions globales., *Ibid.*, p. 12.

<sup>47</sup> Site officiel de la CNIL, « Profilage et décision entièrement automatisée », le 29 mai 2018, en ligne, disponible sur <https://www.cnil.fr/fr/profilage-et-decision-entierement-automatisee> consulté le 22 juillet 2020)

<sup>48</sup> Article 4, §4 du RGPD.

<sup>49</sup> Rapport de la Commission U.E., *op. cit.*, p. 43. (voy. source en note 2).

<sup>50</sup> W. CHRISTL, "Corporate surveillance in everyday life: How companies collect, combine, analyse, trade, and use personal data on billions", Report, Cracked Labs (2017), Vienne, Juin 2017, p. 84, disponible sur [http://crackedlabs.org/dl/CrackedLabs\\_Christl\\_CorporateSurveillance.pdf](http://crackedlabs.org/dl/CrackedLabs_Christl_CorporateSurveillance.pdf), consulté le 22 juillet 2020.

<sup>51</sup> Par exemple, quel prix appliquer à ce profil précis. ; voy. Le rapport du Comité consultatif de la Convention 108 sur l'Application de la Convention 108 au mécanisme de profilage, *op. cit.*, p. 6.

Partant, la présente sous-section portera sur les questions du profilage ; la manière dont les données personnelles relatives au consommateur sont collectées ; le processus du profilage et pour finir, les finalités du profilage.

## §1er : Le préalable : la collecte de données

### **A. Les moyens de collecte**

Dans un premier temps, les données peuvent être collectées directement auprès du consommateur, par exemple lorsqu'il se crée un compte sur un site internet ou lorsqu'il fournit son adresse e-mail pour recevoir une newsletter<sup>52</sup>.

Ensuite, les données peuvent être recueillies grâce à l'utilisation de *cookies*. Les cookies<sup>53</sup> ou « *témoins de connexion* »<sup>54</sup> sont des fichiers textes générés par un serveur web intégrés au navigateur d'un consommateur lorsque celui-ci consulte un site<sup>55</sup>. Ces *témoins* permettent aux sites marchands qui les ont générés de tracer les préférences et l'activité de leurs utilisateurs dans le temps<sup>56</sup> telles que « les pages visitées, le parcours suivi, le temps passé par page, les produits visualisés, les informations lues, les produits mis au panier, les produits réellement achetés, etc. »<sup>57</sup>. Ainsi, ces cookies peuvent informer le responsable du site marchand à quel instant il a perdu un consommateur et également lui indiquer quel parcours est de nature à favoriser l'achat. Étant donc de nature à traquer et identifier le comportement des consommateurs, les *cookies* représentent une importante source d'information utile au profilage. Précisons qu'installer un cookie dans le navigateur d'un utilisateur à des fins de

---

<sup>52</sup> A. ROSENDAAL, *op. cit.*, p. 53.

<sup>53</sup> Définition issue du Larousse : « Petit bloc d'informations (ndlr. fichier texte), échangé entre le serveur d'un site web et l'ordinateur d'un utilisateur connecté à Internet, permettant au serveur du site visité de récupérer des données d'ordre statistique sur sa fréquentation ».

<sup>54</sup> J.-F. PUYRAIMOND, « L'intérêt légitime du responsable du traitement dans le RGPD : in cauda venenum ? », *D.C.C.R.*, 2019/1-2, n°122-123, p. 67.

<sup>55</sup> A. GROSJEAN, « Chapitre 4 - Le profilage : un défi pour la protection des données à caractère personnel », in *Enjeux européens et mondiaux de la protection des données personnelles*, Bruxelles, Larcier, 2015, p. 287.

<sup>56</sup> L'usage de cookies fait l'objet d'un encadrement juridique offrant aux utilisateurs la possibilité de refuser les cookies ou d'en limiter l'usage. ; Aussi, il existe différents types de cookies. Il y en a qui n'ont pas de date d'expiration, le « *session cookies* », actifs aussi longtemps que le moteur de recherche reste ouvert. À l'inverse, il y a les « *permanent cookies* » qui eux, ont une date d'expiration et restent actifs jusqu'à celle-ci. On opère également une distinction entre les *first party* et les *third party* cookies, les premiers provenant du site qu'on consulte alors que les seconds proviennent de sites tiers., Voy à ce sujet J. STEARNE, "The 10 Common Myths of Cookies", *Computer Fraud & Security*, issue 7, 1998, pp. 13-15.

<sup>57</sup> I. LANDREAU, L. LÉGER et V. PEZ-PÉRARD, « Partie 1 : Les aspects socio-économiques et éthiques des données personnelles », in *Rapport de Génération Libre, Mes data sont à moi, Pour une patrimonialité des données personnelles* (sous la dir. de LÉGER L.), janvier 2018, p. 31, disponible sur <https://static.latribune.fr/917809/rapport-donnees-generation-libre.pdf>, consulté le 22 juillet 2020).

stockage d'information au sujet de son comportement n'est pas un traitement de données à caractère personnel<sup>58</sup> mais une « *étape préparatoire* » à celui-ci<sup>59</sup>. Ce qui constituera un traitement de données à caractère personnel est l'accès aux données collectées et stockées grâce à l'utilisation de cookies. Dès lors, cet accès sera soumis aux règles du RGPD<sup>60</sup>.

Les paramètres spécifiques d'un ordinateur peuvent également servir pour *traquer* les individus. C'est ce que la technique du *browser fingerprinting*, en exploitant les caractéristiques d'un navigateur déterminé ainsi que les paramètres du système d'un ordinateur, permet de faire, en générant « *a fingerprint associated to the browser* »<sup>61</sup>. En associant « *l'empreinte du navigateur* » à d'autres informations telles qu'une adresse IP<sup>62</sup>, les sites de vente en ligne sont en mesure d'identifier quels sont les consommateurs revenant régulièrement consulter leur page, sans avoir recours à l'usage de cookies. Par conséquent, il est tout à fait possible de traquer des utilisateurs alors qu'ils auraient refusé l'utilisation de cookies.

Pour finir, il est possible d'obtenir des données personnelles en les achetant auprès de sociétés dont l'activité est la collecte d'informations personnelles au sujet des consommateurs et leur revente à des tiers<sup>63</sup>. Ce sont les « *data brokers* »<sup>64</sup>.

Ces techniques permettent de collecter une quantité importante d'information sur un consommateur lambda. Grâce au processus du profilage de ses données, il sera possible de lui créer un profil digital, au départ duquel de nouvelles données seront inférées et qui servira

---

<sup>58</sup> Article 5, § 3 de la Directive (CE) n° 58/2002 du Parlement européen et du Conseil du 12 juillet 2002, concernant le traitement des données à caractère personnel et la protection de la vie privée dans le secteur des communications électroniques (directive vie privée et communications électroniques), J.O.C.E., L 201, du 31 juillet 2002.

<sup>59</sup> J.-F. PUYRAIMOND, *op. cit.*, p. 67.

<sup>60</sup> *Ibid.*, p. 68.

<sup>61</sup> A. VASTEL, P. LAPERDRIX, W. RUDAMETKIN, et R. ROUVOY, *FP-STALKER: Tracking Browser Fingerprint Evolutions*, IEEE S&P 2018 - 39th IEEE Symposium on Security and Privacy, San Francisco, 2018, p. 728.

<sup>62</sup> L'adresse IP est un numéro d'identification attribué à un appareil connecté au réseau Internet., voy. à cet égard L. PAILLER, « Chapitre 1 - L'affaiblissement de la vie privée personnelle par le réseau social », in *Les réseaux sociaux sur internet et le droit au respect de la vie privée*, Bruxelles, Larcier, 2012, pp. 115-116.

<sup>63</sup> Rapport de la Federal Trade Commission, « Data Brokers: A Call for Transparency and Accountability », mai 2014, p. i, disponible sur <https://www.ftc.gov/system/files/documents/reports/data-brokers-call-transparency-accountability-report-federal-trade-commission-may-2014/140527databrokerreport.pdf>, consulté le 22 juillet 2020.

<sup>64</sup> « La pratique du « data broking » soulève elle aussi des problèmes de transparence et d'information. Elle a lieu sans que les *utilisateurs* en aient connaissance. En outre, les « data brokers » collectent des données provenant de sources multiples. Ils les compilent, les « package » et ensuite les revendent. Par conséquent, il est tout à fait possible qu'une entreprise se fournisse en données auprès de différents data brokers et aient ainsi un panel important de données au sujet de ses consommateurs sans qu'ils en soient au courant », voy. à ce sujet le Rapport précité de la Federal Trade Commission, « Data Brokers: A Call for Transparency and Accountability », cité en note 57.

également de base pour fonder des décisions de nature *commerciale* à propos du consommateur auquel il se rapporte.

## B. Le concept de Big Data

Alors que bien souvent les données concernées par le big data sont des données personnelles, le RGPD lui-même s'est refusé à la tâche de l'élaboration d'une définition de ce concept<sup>65</sup>.

De manière générale, le phénomène de big data est défini comme la « pratique qui consiste à combiner d'énormes volumes d'informations provenant de différentes sources et à les analyser en utilisant des algorithmes plus complexes pour mieux étayer les décisions »<sup>66</sup>. En d'autres termes, le big data fait référence à la capacité qu'ont désormais les nouvelles technologies à supporter la collecte massive de données tout en ayant, par ailleurs, la capacité de les analyser et d'en exploiter la valeur<sup>67</sup>. Il est d'usage de se référer aux « **3V** » pour illustrer le big data<sup>68</sup> : « les objets connectés jouent un rôle déterminant en termes de **Vélocité** et de **Variété** en générant constamment des données – structurées ou non – en temps réel . La solution pour faire face au **Volume** de données ainsi collectées est le stockage distribué, entraînant la conservation à différents endroits desdites données »<sup>69</sup>.

Pour pouvoir extraire la **Valeur** – *c'est-à-dire en extraire du sens* – des données ainsi collectées et stockées, ces dernières vont être ingérées par des algorithmes d'analyse<sup>70</sup>. Car les données à elles seules n'ont pas de réel intérêt, c'est l'information produite par la corrélation des données entre elles qui importe et qui leur donne de la valeur, du sens<sup>71</sup>.

---

<sup>65</sup> A. DELFORGE, « Comment (ré)concilier RGPD et big data ? », *R.D.T.I.*, 2018/1, n° 70, pp. 15-16.

<sup>66</sup> Avis n° 7/2015 du Contrôleur européen de la protection des données sur les défis des données massives, 19 novembre 2015, p. 8.

<sup>67</sup> *Ibid.* ; Aux traditionnels « 3V » caractérisant la pratique du big data, est rajouté un troisième « V » faisant référence à la Valeur des données. Voy. à ce sujet A. STROWEL, *op. cit.*, p. 320.

<sup>68</sup> A. STROWEL, « Mutations des propriétés intellectuelles et du droit d'auteur à l'ère des données (data ownership, text and data mining, hyperlinking) », *A&M*, 2017/4, p. 320.

<sup>69</sup> F. DUMORTIER et B. DESCAMPS, « Interconnexions et cybersécurité », *R.D.T.I.*, 2018/1, n° 70, p. 33.

<sup>70</sup> Dumortier, F. et Descamps, B., *op. cit.*, p. 33.

<sup>71</sup> N. BINCTIN, « Partie 2 : Créer une patrimonialité des données à droit constant », in *Rapport de Génération Libre, Mes data sont à moi, Pour une patrimonialité des données personnelles*, (sous la direction de LÉGER L.), janvier 2018, p. 53, disponible sur <https://static.latribune.fr/917809/rapport-donnees-generation-libre.pdf>, dernière consultation le 25 juillet 2020.

Force est de constater que c'est exactement ce que font les sites et plateformes de vente en ligne qui collectent un maximum d'informations à propos de leurs consommateurs. Ainsi, ils tirent profit du big data et des algorithmes pour adapter leurs offres et communications à un consommateur ou à des catégories de consommateurs<sup>72</sup>. Ce schéma pouvant facilement être transposé pour parvenir à adapter les prix des produits en fonction des données collectées (cfr. *supra* p. 13).

## §2 : Le processus du profilage abstrait<sup>73</sup>

Le processus du profilage, également connu sous le terme de « *knowledge discovery process* » se compose de trois étapes : le « *warehousing* » ; le « *data mining* » et, pour finir, l'inférence.

La première étape, immédiatement liée à la notion de big data, se réfère à *l'entreposage de données*. Après leur collecte, les données sont stockées dans des *entrepôts de stockage*<sup>74</sup>. Les données peuvent ainsi être *observées*<sup>75</sup> et regroupées afin de constituer « un ensemble de données anonymes décrivant certains aspects de la personnalité d'un individu non identifiable »<sup>76</sup>. Les plateformes détiennent ainsi une quantité importante d'informations sur leurs consommateurs et peuvent les utiliser afin d'en déterminer la personnalité, du moins la personnalité numérique<sup>77</sup>. Cette première étape du processus du profilage se heurte en toute

---

<sup>72</sup> *Ibid.*

<sup>73</sup> « Le *profilage abstrait* repose sur la mise en évidence d'informations, l'établissement de prédictions et finalement l'inférence tandis que le « *specifying profiling* » engendre des profils sur la base de la collecte de données relatives à une personne déterminée, sans qu'il y ait d'inférence ou de prédictions issues de sources externes », voy. le Rapport du Comité consultatif de la Convention 108 sur l'Application de la Convention 108 au mécanisme de profilage, *op. cit.*, p. 3.

<sup>74</sup> Les données collectées peuvent être personnelles ou non. Si elles sont personnelles, elles seront généralement anonymisées lors de ce processus, voy. en ce sens le Rapport du Comité consultatif de la Convention 108 sur l'Application de la Convention 108 au mécanisme de profilage, *op. cit.*, p. 7. ; Trois techniques distinctes permettent de regrouper les données collectées dans ces entrepôts : 1) les données sont nominatives ou identifiées par un numéro personnel ; 2) les données sont codées et un tiers est en possession d'une clé de décodage ; 3) ce sont des données complètement anonymes. Attention toutefois que ce n'est pas parce que les données sont anonymisées que l'on est complètement protégé. Il se peut qu'au terme d'un traitement automatisé et de corrélations, l'on puisse parvenir à identifier un individu ou un groupe d'individus. Il est donc toujours possible de ré-identifier quelqu'un, sans oublier que l'entreprise dispose certainement de moyens techniques pour défaire ce qu'elle a fait et ainsi « désanonymiser » ce qu'elle a volontairement rendu anonyme, Avis (UE) 05/2014 du « groupe de l'article 29 » relatif aux techniques d'anonymisation, adopté le 10 avril 2014, p. 12, disponible sur <https://www.dataprotection.ro/servlet/ViewDocument?id=1288>, consulté le 25 juillet 2020.

<sup>75</sup> La première étape du processus du profilage, le « *datawarehousing* », est une étape d'observation., voy. à ce sujet le Rapport Comité consultatif de la Convention 108 sur l'Application de la Convention 108 au mécanisme de profilage, *op. cit.*, p. 3. (voy. note 43).

<sup>76</sup> *Ibid.*

<sup>77</sup> N. LEFEVER, et Y. POULLET, « Entrepôts de données et vie privée », *R.D.T.I.*, 2008/1, n° 30, p. 7.

logique au *principe de minimisation* prévu par l'article 5 du RGPD<sup>78</sup>. En effet, les sites marchands détruisent rarement les données après leur collecte en ce que celles-ci *peuvent toujours servir un jour*<sup>79</sup>.

Vient ensuite l'étape où l'on va *faire parler* les données collectées. C'est le « data mining » ou, de manière littérale le *forage* ou l'*extraction* de données. Ainsi, les données sont *préparées*, c'est-à-dire qu'elles sont « filtrées, validées, organisées, synchronisées, éventuellement agrégées, nettoyées, normalisées, consolidées et parfois codées »<sup>80</sup> et l'on applique sur l'ensemble des données ainsi collectées et entreposées « des techniques de statistique, d'analyse de données et d'intelligence artificielle (...) en vue d'extraire des informations nouvelles et utiles pour le détenteur de ces données »<sup>81</sup>. Dans le cadre du profilage, le *data mining* mis en œuvre repose notamment sur des méthodes prédictives qui exploitent un ensemble d'événements observés et historiés afin d'anticiper l'évolution d'une activité<sup>82</sup>. Elles peuvent, par exemple, servir pour prédire le comportement d'un consommateur ou pour déterminer « les profils d'individus présentant une probabilité importante d'achat »<sup>83</sup>.

La dernière étape du processus permet de déduire de nouvelles données au sujet d'« une personne identifiée ou identifiable » grâce aux données préalablement collectées, stockées et analysées »<sup>84</sup>. C'est l'inférence.

### **Sous-section 3 : Les applications du profilage dans le marché numérique : du dynamic pricing à la personnalisation des prix**

---

<sup>78</sup> La Convention 108 conditionne également la licéité de la conservation des données. Il faut pouvoir démontrer que la conservation des données est faite pour une finalité explicite et déterminée. ; voy. *infra* page 42.

<sup>79</sup> Rapport du Comité consultatif sur l'Application de la Convention 108 au mécanisme de profilage, *op. cit.*, p. 3.

<sup>80</sup> N. LEFEVER, et Y. POULLET, *op. cit.*, p. 9.

<sup>81</sup> Rapport du Comité consultatif sur l'Application de la Convention 108 au mécanisme de profilage, *op. cit.*, p. 9. ; S. TUFFÉRY, *Data mining et statistique décisionnelle. L'intelligence dans les bases de données*, éd. Technip, Paris, 2005, p. VII.

<sup>82</sup> Le *data mining* peut reposer sur des méthodes descriptives ou prédictives, voy. à ce sujet le Rapport du Comité consultatif sur l'Application de la Convention 108 au mécanisme de profilage, *op. cit.*, p. 10. ; La méthode descriptive servant à mettre en évidence des informations présentes mais cachées dans la masse de données et la méthode prédictive étant ce qu'elle est, les deux méthodes sont, sont à mon sens, utilisées lors du profilage à la base de la personnalisation des prix.

<sup>83</sup> *Ibid.* ; H. BENALI, « Analyses décisionnelles et data mining », *SUPINFO Projects*, Ecole Supérieure d'Informatique, Paris, 20 août 2006, disponible en ligne sur <http://www.supinfo-projects.com/fr/2006/decisionnel%5Fdatamining/>, dernière consultation le 22 juillet 2020. ; voy. également le chapitre 4 de ce présent travail.

<sup>84</sup> *Ibid.*, *op. cit.*, p. 4.

La possibilité qu'offre le profilage de « monitorer » le comportement des individus représente un avantage tant pour le secteur privé que public. Cette technique peut notamment être utilisée afin de *lutter contre la fraude sur Internet ou, prévenir des comportements à risque en matière de santé*<sup>85</sup>. Pour les entreprises, le profilage représente un intérêt économique considérable. En effet, « les possibilités offertes par le data mining en termes de profilage »<sup>86</sup> ont permis aux entreprises de faire évoluer leurs stratégies marketing et la gestion de leur clientèle en passant « d'un marketing de masse à un marketing véritablement personnalisé »<sup>87</sup>.

Cette sous-section se concentre sur une application du profilage au *marketing stratégique*<sup>88</sup> en matière de modulation des prix en fonction d'un profil.

### §1<sup>er</sup> : La tarification dynamique ou *dynamic pricing*

Cette pratique étant vaste<sup>89</sup>, l'on s'en tiendra à un bref exposé limité aux objectifs du présent paragraphe qui est celui de mettre en évidence le lien entre le profilage et la modulation des prix.

La pratique du *dynamic pricing* n'est pas nouvelle en soi<sup>90</sup> et est courante dans les domaines du secteur aérien et hôtelier – sous d'autres formes/appellations à l'époque<sup>91</sup> –, où il est courant d'observer une grande fluctuation des prix afin d'optimiser, respectivement, le taux de remplissage d'un avion ou d'un hôtel<sup>92</sup>. Ce qui est intéressant dans le cadre de ce paragraphe, c'est de voir comment le développement du commerce sur Internet, le « *e-commerce* », a pu impacter cette volatilité des prix. L'on peut déjà constater que, grâce au commerce en ligne, le

---

<sup>85</sup> A. GROSJEAN, *op. cit.*, p. 280.

<sup>86</sup> Rapport final du Comité consultatif de la Convention 108 sur l'Application de la Convention 108 au mécanisme de profilage, *op. cit.*, p. 10.

<sup>87</sup> *Ibid.*

<sup>88</sup> Le marketing stratégique est « un processus centré sur l'analyse des besoins des individus et des organisations. Son rôle est de suivre l'évolution d'un marché de référence défini en termes de besoins génériques et d'identifier la diversité des besoins à rencontrer au sein de ce marché.(...) Sa tâche est de définir la mission de l'entreprise, de choisir un ciblage et un positionnement, (...) », voy. à ce sujet J.-J LAMBIN et C. DE MOERLOOSE, *Marketing stratégique et opérationnel : La démarche marketing dans l'économie numérique, Management Sup (Marketing – Communication)*, Dunod, Paris, pp. 13-14.

<sup>89</sup> Il existe, par exemple, 4 sortes de pratiques relevant du *dynamique pricing*, voy. à cet égard N. AYADI, C. PARASCHIV, X. ROUSSET, « Tarification dynamique en ligne et éthicalité perçue par le consommateur: synthèse et voies de recherche », *Recherche et Applications en Marketing (French Edition)*, SAGE Publications, 2017, 32 (3), p. 55.

<sup>90</sup> L'adaptation du prix en fonction du marché est courante dans les marchés physiques. Par exemple, le prix des denrées alimentaires diminue lorsqu'elles restent en rayon pendant un certain temps. Ainsi, le commerçant s'assure que ses produits soient vendus et le consommateur profite d'un prix d'achat plus bas.

<sup>91</sup> Le « *yield management* », implanté dans le secteur hôtelier depuis longtemps, est notamment l'un des précurseurs du *dynamic pricing*.

<sup>92</sup> N. AYADI, C. PARASCHIV, X. ROUSSET, *op. cit.*, p. 55.

*dynamic pricing* a pu s'étendre à d'autres domaines d'activités commerciales, notamment la vente de biens de consommation tels que ceux que l'on peut retrouver sur Amazon.

Un site de vente en ligne va généralement utiliser le « *dynamic pricing* » comme stratégie de fixation de ses prix afin de maximiser ses ventes et ses profits en modifiant rapidement et fréquemment ses prix— *souvent à la hausse* —<sup>93</sup> en fonction « de facteurs tels que la demande, les prix des concurrents, le niveau des stocks, les contraintes de réapprovisionnement, **le profil du client**, la géolocalisation, etc. »<sup>94</sup>.

Prenons l'exemple d'Uber et de son « *surge pricing* »<sup>95</sup> pour illustrer le concept de *dynamic pricing*. Cette plateforme de réservation de taxi en ligne adapte ses prix en temps réel grâce à un algorithme qui, de manière automatique, augmente le prix d'un trajet lorsque la demande, dans une zone géographique donnée, est substantiellement plus importante que l'offre. Cette même plateforme a même été plus loin en usant d'un algorithme faisant varier les prix des courses en fonction du niveau de la batterie du smartphone utilisé par l'utilisateur lors de sa commande<sup>96</sup>. Amazon utilise également le *dynamic pricing* pour faire varier ses prix en période de fêtes<sup>97</sup>, lors de la Saint-Valentin par exemple. Au plus la date approche, au plus les prix augmentent.

Le *dynamic pricing* est donc l'adaptation du prix « en fonction **des caractéristiques du consommateur**, de sa localisation, de sa relation au produit ou du temps »<sup>98</sup>. Le lien entre cette pratique et le profilage coule alors de source. Tel que l'on a pu le lire précédemment, le profilage permet de connaître les habitudes comportementales d'un consommateur lorsqu'il navigue sur Internet, ses préférences ainsi que sa localisation. Le profilage est donc très utile

---

<sup>93</sup> H. JACQUEMIN, « Le big data à l'épreuve des pratiques du marché et de la protection du consommateur », *R.D.T.I.*, 2018/1, n° 70, p. 86.

<sup>94</sup> N. AYADI, C. PARASCHIV, X. ROUSSET, *op. cit.*, p. 54.

<sup>95</sup> Site officiel d'Uber où l'on peut trouver des explications quant à la volatilité des prix, <https://help.uber.com/en/driving-and-delivering/article/what-is-surge?nodeId=e9375d5e-917b-4bc5-8142-23b89a440eec>, consulté en juillet 2020.

<sup>96</sup> Voy. entre autre l'article en ligne issu du journal Forbes : « Uber : Users Are More Likely To Pay Surge Pricing If Their Phone Battery Is Low », *Forbes*, 25 mai 2016, disponible sur <https://www.forbes.com/sites/amitchowdhry/2016/05/25/uber-low-battery/#5ad1b03674b3>, dernière consultation le 2 août 2020.

<sup>97</sup> Pour exemple, « Selon une étude de 2016, l'algorithme de prix d'*amazon.de* peut changer plus d'un million de prix durant la seule journée de la Saint-Valentin, avec des fluctuations pouvant atteindre 240 % pour un même produit. À titre d'exemple, le même appareil photo Nikon D610 SLR a vu son prix osciller entre 700 et 1 687 euros en l'espace d'une journée. », E. COMBE, *op. cit.*, p. 21.

<sup>98</sup> N. AYADI, C. PARASCHIV, X. ROUSSET, *op. cit.*, p. 55.

car il procure à une entreprise, l'ensemble des données dont elle a besoin pour pouvoir adapter ses prix de manière globale et en temps réel.

Tout comme la technique du profilage, le *dynamic pricing* pose la question de la protection du consommateur contre la manipulation dont il pourrait faire l'objet de la part des plateformes en ligne. Il est vrai qu'Internet a permis aux consommateurs de plus facilement observer la fluctuation des prix puisqu'il suffit de se connecter à différents moments de la journée sur un même site pour se rendre compte que le prix des produits qui les intéressent a augmenté ou diminué. D'une certaine manière, l'ère du numérique a contribué à la transparence des pratiques de *dynamic pricing*. Néanmoins, les consommateurs sont rarement au courant des règles gouvernant le fonctionnement de cette volatilité des prix<sup>99</sup> et même s'ils l'étaient, il semble peu probable que les consommateurs puissent déchiffrer et anticiper cette variation de prix. Pourquoi ? Parce que l'algorithme qui se cache derrière cette volatilité, l'algorithme de prix, brasse une quantité importante de critères et ne révèle pas le poids respectif qu'a eu chacun de ces critères dans la détermination de tel ou tel prix<sup>100</sup>. Tout au plus est-il possible pour le consommateur de comprendre que les prix varient en fonction de « l'offre et la demande, le niveau des stocks, les prix des concurrents ou des facteurs externes (météo, événements festifs...) »<sup>101</sup>. Il y a donc une réelle asymétrie informationnelle entre le consommateur et la plateforme lorsque ce type de technique est utilisé<sup>102</sup>.

## §2 : Les prix personnalisés

« Dans le cas d'un prix personnalisé, l'adaptation du prix au client est effectuée à un niveau individuel »<sup>103</sup>.

Comme on a pu le découvrir au travers de ce premier chapitre, cette discrimination par les prix du « *premier degré* » était, il y a encore quelque temps, considérée comme *hypothétique*, car elle requiert une quantité d'information importante sur le consommateur pour être mise en œuvre.

---

<sup>99</sup> E. COMBE, *op. cit.*, p. 23.

<sup>100</sup> *Ibid.*, p. 24.

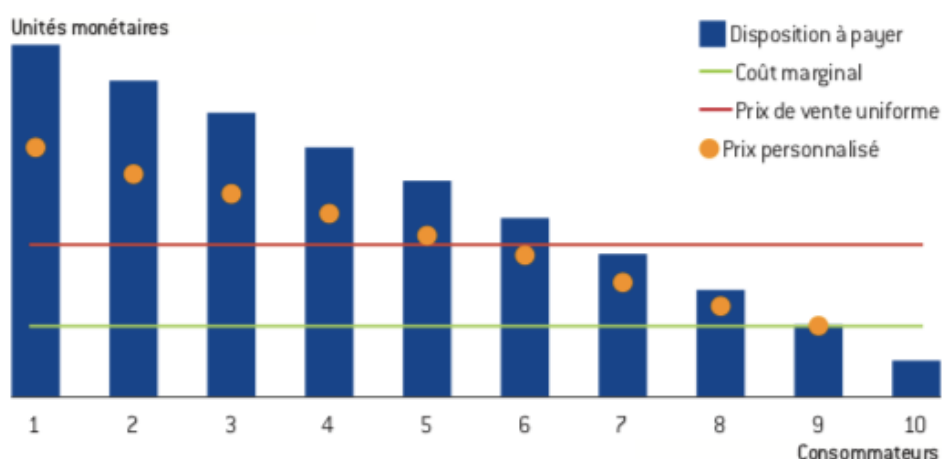
<sup>101</sup> *Ibid.*

<sup>102</sup> Et pourtant, les dernières régulations en matière de protection des consommateurs n'ont pas jugé utile de soumettre cette pratique à une obligation d'information, voy. *infra*, Chapitre 3.

<sup>103</sup> N. AYADI, C. PARASCHIV, X. ROUSSET, *op. cit.*, p. 55.

Sur les marchés numériques, cette difficulté s'évapore au vu des données générées par les outils connectés et brassées par les techniques de data mining.

Illustrons le mécanisme de la tarification personnalisée à l'aide d'un exemple simple et concret.



Source : E. COMBE, *Vers des prix personnalisés à l'heure du numérique*, p. 30.

Ce schéma représente 10 consommateurs, numérotés de 1 à 10, dont la disposition à payer est représentée par les bâtonnets bleus. Une entreprise X met en vente, sur son site internet un produit dont le coût marginal est constant et est représenté par la ligne verte sur le graphique<sup>104</sup>. Dans un souci de clarté et de simplification, le terme « coût marginal » sera remplacé par « coût de production » qui se réfère à l'ensemble des coûts assumés par une entreprise pour la production d'un bien destiné à être vendu.

*Hypothèse n°1* : l'entreprise décide de fixer un prix de vente uniforme, représenté dans le graphique par la ligne rouge. Ce prix de vente sera, en toute logique, supérieur au coût de production afin que l'entreprise reste dans ses frais et soit rentable. Dans cette hypothèse, seuls les consommateurs 1 à 6 achèteront le produit vendu. Leur disposition à payer étant supérieure ou équivalente au prix de vente du bien.

<sup>104</sup> Le coût marginal de production d'un bien est la variation des coûts totaux de production pour le même bien engendrée par la production d'une unité supplémentaire du bien en question. C'est le supplément de coût engendré par une production supplémentaire.

*Hypothèse n°2* : l'entreprise est en mesure de déterminer la disposition à payer du consommateur et peut pratiquer la stratégie des prix personnalisés, représentés par les ronds jaunes sur le graphique. Dans cette seconde hypothèse, l'entreprise a intérêt à ne pas fixer un prix égal à la disposition à payer maximale de chaque consommateur mais plutôt d'ajuster son prix en fonction de cette disposition.

Dans ce second exemple, le consommateur n°1 payera plus cher que si l'entreprise avait décidé d'opter pour un prix de vente uniforme. Il paye également plus cher que les autres consommateurs (n° 2 à 9), car sa disposition à payer est plus importante<sup>105</sup>. Le consommateur n°6 conserve une position identique dans les deux situations. Seul le consommateur n°10 ne sera pas en mesure d'acheter le bien car celui-ci ne lui est pas proposé par l'entreprise, cette dernière ne pouvant pas se permettre de vendre à un prix inférieur à son coût de production.

### **Section 3 : Approche critique de la personnalisation des prix**

Faut-il s'inquiéter des prix personnalisés ? Bien que possible, cette pratique se fait timide sur les marchés numériques<sup>106</sup> en raison des craintes éprouvées par les plateformes en ligne précédemment évoquées et du sentiment de défiance qu'elle est susceptible de faire naître chez les consommateurs<sup>107</sup>.

Néanmoins, se questionner quant à l'encadrement d'une telle pratique reste pertinent au vu de la forte probabilité qui existe de la voir apparaître un jour et des formes indirectes de tarification personnalisée déjà utilisées.

Cette dernière section met en lumière les principales critiques adressées à la personnalisation des prix. Au départ de la dernière critique concernant l'utilisation du profilage

---

<sup>105</sup> C'est intéressant pour une entreprise de fonctionner de la sorte car elle peut faire payer plus cher ses clients les « plus fidèles ». Imaginons une plateforme de streaming de séries en ligne, elle peut décider de faire payer un abonnement plus cher aux abonnés qui regardent des séries de manière fréquente sur une période de temps importante. Ces derniers vont très certainement accepter la situation car ils voudront continuer à regarder leurs séries. La plateforme voit son profit augmenter. Et à côté de cela, cette même plateforme pourrait proposer aux consommateurs de séries moins assidus de payer moins cher. Encore une fois, la plateforme y gagne de l'argent car elle parvient à maintenir et à fidéliser des clients moins enclins à payer un prix élevé parce qu'ils ne consomment pas régulièrement des séries. Par conséquent, l'entreprise a tout intérêt à personnaliser le prix de ses abonnements en fonction des habitudes de visionnage de ses clients.

<sup>106</sup> E. COMBE, *op. cit.*, p. 32.

<sup>107</sup> Voy. p. 7 du présent travail ; E. COMBE, *op. cit.*, p. 45. ; Rappelons également le cas d'Amazon qui, lors d'une tentative de tarification dynamique en 2000, s'est attiré les foudres des clients désavantagés par la technique mise en place. Le groupe a dû présenter ses excuses et rembourser les clients lésés.

dans la pratique des prix personnalisés, il sera possible de mettre en évidence un outil légal pouvant servir de protection des consommateurs face aux prix personnalisés.

### **Sous-section 1 : Une pratique injuste**

C'est la critique la plus évidente : en tirant parti des différences individuelles, la discrimination que constitue le prix personnalisé est une pratique injuste que l'on aurait tendance à condamner<sup>108</sup>.

Cependant, au travers de l'œil d'un économiste qui se questionnerait quant à l'impact d'une telle pratique sur le bien-être des consommateurs dans le marché, sur l'« *economic-welfare* »<sup>109</sup> en anglais, l'on pourrait s'étonner de le voir nous dire que la discrimination par les prix du premier degré s'avère en fait profitable aux consommateurs. En effet, cette pratique aurait comme effet d'élargir la taille du marché et ainsi l'ouvrir à des consommateurs ayant une faible disposition à payer<sup>110</sup>.

*Illustration* : si l'on reprend le graphique vu *supra* de E. COMBE, les prix personnalisés permettent aux consommateurs 7, 8 et 9 d'accéder au marché. Au contraire, quand l'entreprise applique un prix uniforme, ceux-ci n'ont pas accès au produit car ce prix de vente uniforme est largement supérieur à leur disposition maximale à payer. C'est le « *market expansion effect* »<sup>111</sup>.

Pour les consommateurs ayant une disposition à payer élevée, l'on parlera d'« *appropriation effect* »<sup>112</sup> qui exprime le fait que dans un marché où les prix sont personnalisés, les consommateurs avec une disposition à payer élevée payeront le bien plus cher qu'en situation de prix de vente uniforme<sup>113</sup>.

---

<sup>108</sup> E. COMBE, *op. cit.*, p. 40.

<sup>109</sup> M. BOURREAU et A. DE STREEL, *op. cit.*, p. 5.

<sup>110</sup> E. COMBE, *op. cit.*, p. 40.

<sup>111</sup> M. BOURREAU et A. DE STREEL, *op. cit.*, p. 5.

<sup>112</sup> *Ibid.*

<sup>113</sup> *Ibid.* ; Les concepts économiques sont adressés de manière très simple et non poussée pour aider à la compréhension d'un phénomène faisant intervenir une multitude de concepts non familiers aux juristes. Néanmoins, il faut avoir conscience que différents types de modèles économiques existent et que les effets des prix personnalisés ne seront pas les mêmes en fonction que l'on soit dans l'un ou l'autre modèle. Par exemple, l'affirmation selon laquelle les consommateurs avec une disposition à payer élevée payeront un prix plus important en présence de prix personnalisés n'est pas nécessairement vraie lorsqu'on est en-dehors d'une situation de monopole. En effet, une entreprise en situation de monopole peut fixer ses prix un peu comme elle l'entend sans devoir s'adapter à d'autres vu qu'elle est seule sur ce marché. Par conséquent, elle peut se permettre de faire payer un prix correspondant au maximum de ce qu'est prêt à déboursier chaque consommateur. Les

De manière générale, l'on retient l'argument d'ouverture du marché aux nouveaux consommateurs avec une faible disposition à payer pour justifier la pratique des prix personnalisés<sup>114</sup>.

### **Sous-section 2 : La disparition du prix de référence**

D'un point de vue économique, cette pratique remet en cause le principe du *prix de référence* car, poussée à l'extrême la personnalisation des prix aboutit à sa disparition<sup>115</sup>. Ce prix est pourtant fondamental dans la distribution des biens physiques<sup>116</sup>, car *dans la psychologie du consommateur, ce prix représente le prix d'un produit connu et comparable, « le prix standard » ou « le juste prix »*<sup>117</sup>. En fonction de cet indicateur, le consommateur est en mesure de se positionner lors de ses achats et de décider d'acheter ou non le produit.

En sus de la disparition de ce prix de référence, le consommateur perd la possibilité de comparer le prix qu'il paie avec celui payé par les autres consommateurs. En effet, le consommateur n'a pas connaissance du prix personnalisé appliqué à un autre consommateur, *« sauf à échanger entre eux sur les réseaux sociaux »*<sup>118</sup>.

### **Sous-section 3 : Risques de discrimination**

Une troisième critique pouvant être adressée à la pratique des prix personnalisés est celle de discrimination en ce que les critères retenus par les algorithmes pour déterminer le prix peuvent être des critères sur lesquels *le consommateur n'a pas réellement de prise*<sup>119</sup> comme

---

consommateurs qui ont réellement besoin ou envie du bien proposé par cette entreprise payeront ce prix car ils n'ont pas « le choix » vu que cette entreprise est la seule à proposer le produit en question. À l'inverse, en-dehors d'une situation de monopole, l'entreprise a intérêt à ne pas fixer des prix personnalisés correspondant au maximum de ce qu'est prêt à payer le consommateur car il peut se diriger vers une autre entreprise proposant un produit similaire. Ainsi, en-dehors d'une situation de monopole, une entreprise pourrait très bien décider ne pas faire payer plus cher quelqu'un avec une disposition à payer importante dans le but de le maintenir dans son marché, voy. à ce sujet M. BOURREAU et A. DE STREEL, *op. cit.*, p. 5.

<sup>114</sup> « Information can be used to target some consumers with higher prices but the same information can be used to target consumers with a better deal », S. THIELMAN, « Acting Federal Trade Commission head: internet of things should self-regulate », [theguardian.com](http://theguardian.com), 14 mars 2017, disponible sur [www.theguardian.com/technology/2017/mar/14/federal-trade-commission-internet-things-regulation](http://www.theguardian.com/technology/2017/mar/14/federal-trade-commission-internet-things-regulation), consulté le 22 juillet 2020.

<sup>115</sup> E. COMBE, *op. cit.*, p. 41.

<sup>116</sup> *Ibid.*

<sup>117</sup> M. ZOLLINGER, « Le prix de référence interne : Existence Et Images », *Décisions Marketing*, no. 6, 1995, p. 89, disponible sur [www.jstor.org/stable/40592511](http://www.jstor.org/stable/40592511), consulté 14 juillet 2020.

<sup>118</sup> *Ibid.*, p. 31.

<sup>119</sup> *Ibid.*, p. 42.

par exemple *la couleur de peau ou le sexe*<sup>120</sup>. Les critères ainsi utilisés pour fixer un prix préférentiel sont dès lors *socialement inacceptables*<sup>121</sup> et susciteront certainement *des réactions violentes*<sup>122</sup> de la part des consommateurs.

En outre et tel que précisé *supra*, il y a dans le monde virtuel une importante asymétrie informationnelle. Ce sont des algorithmes complexes qui traitent l'amas d'informations collectées sur les consommateurs, qui *décident et sélectionnent* quels sont les critères pertinents et qui sont à retenir pour la création d'un profil servant de base pour appliquer un prix personnalisé et pas un autre. Ces algorithmes, « sans aller jusqu'à mettre en place des critères explicitement discriminatoires »<sup>123</sup> peuvent néanmoins « produire involontairement un résultat discriminatoire : le croisement de variables en apparence anodines ou « neutres » peut conduire à un résultat qui ne l'est pas »<sup>124</sup>.

#### **Sous-section 4 : Le traitement des données et le profilage**

Le traitement des données ainsi que le profilage des individus qu'il rend possible sont à l'origine de la personnalisation des prix sur les marchés numériques. Tel que déjà abordé, le *data mining* à des fins de *profiling* permet d'anticiper le comportement d'un consommateur ainsi que d'établir son profil afin de prendre des décisions à son sujet. Cette dernière critique se réfère donc aux implications qu'ont le profilage et le traitement des données lors de la personnalisation des prix. S'annonce ainsi le second chapitre portant sur l'encadrement juridique du profilage par le Règlement Général sur la Protection des Données à caractère personnel.

Mais avant cela, remarquons que la notion de profilage en amène une autre qui lui est intrinsèquement liée, la *notion de profil*. Au centre de la réflexion portée par ce présent travail, il y a lieu d'en expliquer le sens pour être en mesure d'adresser la problématique qu'elle soulève. Car en s'intéressant à l'étymologie de ce terme ainsi qu'à ses origines, l'on peut remettre en question les décisions de personnalisation prises au regard de ce profil issu des techniques de profilage.

---

<sup>120</sup> *Ibid.* ; ces discriminations existant déjà dans le commerce physique et sur Internet.

<sup>121</sup> *Ibid.*

<sup>122</sup> *Ibid.*

<sup>123</sup> *Ibid.*, p. 44.

<sup>124</sup> *Ibid.*

## §1<sup>er</sup> : La notion de profil

Étymologie : du lat. *pro*, pour, et *filum*, fil, trait, contour.

### **Sous-paragraphe 1<sup>er</sup> : Acception moderne**

Au sens figuré et de manière générale, le terme « profil » désigne un « ensemble des traits caractéristiques d'une chose, d'une situation, d'une catégorie de personnes »<sup>125</sup>. Lorsqu'il s'agit des personnes, l'on parle plus spécifiquement d'un « ensemble des traits caractéristiques que présente une personne ou une catégorie de personnes »<sup>126</sup>.

### **Sous-paragraphe 2 : Distinction entre profil explicite et prédictif**

Cette distinction est notamment utilisée par les sociétés de ciblage publicitaire qui créent les publicités ciblées et personnalisées au profil numérique d'un consommateur<sup>127</sup>.

Les profils explicites sont des profils « établis à partir de données personnelles que l'internaute a lui-même fournies à un service web, notamment à travers son inscription » tandis que les **profils prédictifs** sont produits « par inférence en observant le comportement des internautes dans le temps, notamment en suivant les pages visitées (...) »<sup>128</sup>.

Un consommateur, s'il y consent, pourrait faire l'objet d'un prix personnalisé alors même qu'il n'aurait fourni volontairement aucune de ses données car un profil prédictif peut exister indépendamment de tout profil explicite<sup>129</sup>. Par conséquent, quelles que soient les données collectées lorsqu'un consommateur navigue sur Internet, celles-ci permettent de l'identifier et l'anonymisation sur Internet semble dès lors compliquée à atteindre<sup>130</sup>.

## § 2 : Profil et profilage, comment se pose le problème ?

---

<sup>125</sup> Rapport du Comité consultatif de la Convention 108 sur l'Application de la Convention 108 au mécanisme de profilage, *op. cit.*, p. 5. ; Centre National de Ressources Textuelles et Lexicales (CNRTL), Lexicographie, v° « profil », <http://www.cnrtl.fr/lexicographie/profil>, consulté en juillet 2020.

<sup>126</sup> Rapport du Comité consultatif de la Convention 108 sur l'Application de la Convention 108 au mécanisme de profilage, *op. cit.*, p. 5.

<sup>127</sup> Site officiel de la CNIL, *La publicité ciblée en ligne*, communication présentée en séance plénière, le 5 février 2009, en ligne, p. 11, disponible sur [https://www.cnil.fr/sites/default/files/typo/document/Publicite\\_Ciblee\\_rapport\\_VD.pdf](https://www.cnil.fr/sites/default/files/typo/document/Publicite_Ciblee_rapport_VD.pdf), consulté le 22 juillet 2020.

<sup>128</sup> *Ibid.*

<sup>129</sup> I. LANDREAU, L. LÉGER et V. PEZ-PÉRARD, *op. cit.*, p. 26.

<sup>130</sup> Article 4, §1<sup>er</sup> du RGPD.

Pour saisir le problème, il faut comprendre où cette notion trouve ses racines. Originellement issu de la sphère artistique, plus spécifiquement du milieu de la peinture<sup>131</sup>, le profil désigne le « trait, (la) délinéation du visage d'une personne vu par un de ses côtés »<sup>132</sup> et a vocation de ne constituer qu'une « représentation de la personne, construite à partir de différents traits »<sup>133</sup>.

Cette représentation ainsi construite permet de faire le lien avec le profilage qui, au moyen de corrélations de données – dans le monde artistique, de différents traits –, crée la « représentation numérique » d'un individu. À la différence que dans l'univers d'Internet, cette représentation est utilisée afin de prendre des décisions à l'égard d'un individu. Par exemple, en fonction de cette représentation numérique, il est possible de lui appliquer un prix personnalisé ou d'adapter le contenu qui lui sera proposé. Ainsi, l'individu se voit réduit à une représentation numérique de lui-même, à un profil et, quand ce profil est basé sur un principe *prédictif*, à sa seule conduite (voy. ce sens le chapitre 4).

C'est là que réside le problème car l'on sait que « le profil en tant que représentation ou construction d'un savoir sur la personne ne peut être assimilé à la personne elle-même »<sup>134</sup>. Une personne ne devrait donc pas être réduite à son profil numérique<sup>135</sup>, car ce dernier n'est que son *image*<sup>136</sup>, son « *digital personae* »<sup>137</sup>. Ce n'est pas la personne elle-même.

Or, n'est-ce pas justement vers quoi l'on se dirige lorsqu'un prix individualisé est appliqué à un consommateur en fonction d'un profil composé à partir de données ? Parce qu'en fin de compte, le prix personnalisé est une décision produite par un algorithme qui s'applique à un individu en fonction de l'image qu'il s'est fait de lui par le biais de la collecte des données.

---

<sup>131</sup> Définition du dictionnaire Littré, disponible sur <https://www.littre.org/definition/profil>, consulté le 25 juillet 2020.

<sup>132</sup> *Ibid.*

<sup>133</sup> Rapport du Comité consultatif de la Convention 108 sur l'Application de la Convention 108 au mécanisme de profilage, *op. cit.*, p. 6.

<sup>134</sup> *Ibid.*

<sup>135</sup> *Ibid.*

<sup>136</sup> Au départ de cette analyse et de ces définitions, quelques considérations personnelles : dans le milieu de l'art, une représentation est une image, une figure. *Un peintre dessine un tableau représentant une bataille*. Le tableau est une représentation, une image de la bataille. Le terme représentation peut également faire référence à la qualité d'une personne qui tient la place d'une autre. *Par exemple, le mandataire représente le mandant. De façon intrinsèque, le mandataire n'est pas le mandant*. À notre sens, se limiter au profil numérique pour prendre des décisions est questionnable en ce que les décisions ne se basent que sur une représentation de l'individu et non sur l'individu en lui-même.

<sup>137</sup> Voy. à ce sujet A. ROOSEDAAL, *op. cit.*, p. 53.

Et si cette image n'est pas *juste*, la décision ainsi appliquée à l'utilisateur est injustifiée. Cette réflexion est sans doute celle qui a mené le législateur européen à prévoir, à l'égard des personnes dont les données sont collectées, un régime protecteur contre les pratiques de profilage. Dans le prochain chapitre, l'on analysera comment ce régime peut s'appliquer aux pratiques des prix personnalisés et dans quelle mesure l'on peut s'en servir comme outil de protection.

## **Chapitre 2 : L'encadrement de la personnalisation des prix à la lumière des dispositions du Règlement Général sur la Protection des Données sur le profilage et la décision automatisée**

### **Aperçu du profilage en droit européen**

Le profilage est encadré par le Règlement relatif à la protection des données de l'Union européenne, mais d'autres instruments peuvent également venir encadrer cette pratique, notamment la Convention n°108 *relative à la protection des personnes à l'égard du traitement automatisé des données à caractère personnel* du Conseil de l'Europe. Dans le souci de fournir une analyse complète, les instruments prévus par le Conseil de l'Europe sont abordés, mais sans entrer plus dans les détails et particularités de ces instruments. En effet, le présent travail se concentre sur l'application du RGPD à la personnalisation des prix afin de voir si le régime de protection qu'il propose est efficace à l'égard de cette pratique.

### **Section 1 : Le profilage au sein du Conseil de l'Europe**

Au sein du Conseil de l'Europe, l'article 8 de la Convention européenne des droits de l'Homme disposant que « toute personne a droit au respect de sa vie privée et familiale, de son domicile et de sa correspondance »<sup>138</sup> s'applique au traitement des données personnelles puisque la Cour de Justice de l'Union Européenne considère que « le simple fait de mémoriser des données relatives à la vie privée d'un individu constitue une ingérence au sens de l'article 8 de la Convention européenne des droits de l'homme (...) »<sup>139</sup>. Cet article peut donc trouver à s'appliquer en présence de profilage de données à caractère personnel.

---

<sup>138</sup> Article 8 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, signée à Rome le 4 novembre 1950, entrée en vigueur le 3 septembre 1953, S.T.C.E. n°5.

<sup>139</sup> Fiche thématique de la Cour. Eur. D. H sur la Protection données personnelles, mai 2020, p. 1, disponible sur [https://www.echr.coe.int/Documents/FS\\_Data\\_FRA.pdf](https://www.echr.coe.int/Documents/FS_Data_FRA.pdf), dernière consultation le 22 juillet 2020. ; Cour Eur. D.

En outre, le Conseil de l'Europe dispose également d'un autre instrument de protection qui est la Convention n°108<sup>140</sup> pour la protection des personnes à l'égard du traitement automatisé des données à caractère personnel. Cette convention, amendée par un Protocole de 2018, prévoit un ensemble de principes et de règles venant encadrer le traitement automatisé des données personnelles et pouvant donc servir d'outils de protection contre le profilage. Elle prévoit notamment, de façon similaire au RGPD, que le traitement des données faisant l'objet d'un traitement automatisé soit réalisé de manière *licite et loyale*, et qu'il soit réalisé *pour des finalités déterminées et légitimes*<sup>141</sup>.

## **Section 2 : Le Règlement Général sur la Protection des Données**

Lorsque la technique du profilage est employée dans le but de fixer un prix personnalisé, ou de personnaliser du contenu de manière générale, un traitement de données à caractère personnel est quasi systématique<sup>142</sup>. Par conséquent, les exigences issues du Règlement Général sur la Protection des Données doivent être rencontrées. Ce règlement, abrogeant la Directive 95/46/CE par son entrée en vigueur en mai 2018<sup>143</sup>, a été adopté afin d'harmoniser les législations relatives à la protection des données personnelles des États Membres en ce qu'il « a vocation à s'appliquer directement sur tout le territoire européen, sans renvoi à une loi nationale »<sup>144</sup>. Ainsi, le RGPD tend à créer une protection homogène lorsqu'un traitement de données à caractère personnel a lieu au sein de l'Union Européenne, en conférant des droits à la personne concernée (le consommateur sur les sites en ligne) et en soumettant le responsable du traitement à certaines obligations.

---

H., arrêt *Leander c. Suède* du 26 mars 1987, § 48 ; Cour Eur. D. H. (gde ch.), arrêt *Satakunnan Markkinapörssi Oy and Satamedia Oy c. Finlande*, 27 juin 2017, §133.

<sup>140</sup> Convention pour la protection des personnes à l'égard du traitement automatisé des données à caractère personnel, signée à Strasbourg le 28 janvier 1981, entrée en vigueur le 1er octobre 1985, S.T.C.E. n°108 (dite Convention 108 ou 108+ après modification par le Protocole d'amendement).

<sup>141</sup> *Ibid.*, article 5.

<sup>142</sup> M. BOURREAU et A. DE STREEL, *op. cit.*, p. 6. ; Le RGPD donne aux données à caractère personnel une définition beaucoup plus large que son prédécesseur (la Directive 95/46/CE) ce qui fait que, dans la plus part des cas, les données collectées au sujet d'un utilisateur seront des données à caractère personnel dont le traitement est soumis au RGPD. En outre, dans son Rapport final sur l'Application de la Convention 108 au mécanisme de profilage, le Comité consultatif de la convention précitée énonce qu'un profil généré de la collecte et de l'analyse de données relatives à la personne concernée, sans inférence ou prédiction issues de sources externes constitue une donnée à caractère personnel., voy. Rapport du Comité consultatif de la convention 108 sur l'Application de la Convention 108 au mécanisme de profilage, *op. cit.*, p. 3.

<sup>143</sup> Article 94 du RGPD.

<sup>144</sup> C. PONSART et R. ROBERT, « Le règlement européen de protection des données personnelles », *J.T.*, 2018, p. 422.

Cette section examine le Règlement précité ainsi que ses exigences et, en bout de course, questionne l'effectivité du régime issu de ces exigences au regard de la personnalisation des prix.

### **Sous-section 1 : Conditions d'application du Règlement**

Il semblait nécessaire de présenter le Règlement et son champ d'application avant de se concentrer sur les principes applicables au traitement des données à caractère personnel et sur les règles encadrant spécifiquement le profilage. À cette fin, le RGPD est présenté selon une méthodologie juridique classique en se référant à son champ d'application matériel, personnel et spatial.

#### **§1<sup>er</sup> : Champ d'application matériel**

Le RGPD s'applique à tout « traitement de données à caractère personnel, automatisé en tout ou en partie, ainsi qu'au traitement non automatisé de données à caractère personnel contenues ou appelées à figurer dans un fichier »<sup>145</sup>.

#### **Sous-paragraphe 1<sup>er</sup> : Les données à caractère personnel**

Au sens de l'article 4, §1<sup>er</sup> du RGPD, une donnée à caractère personnel est « toute information se rapportant à une personne physique identifiée ou identifiable ». C'est une définition de nature à élargir les cas d'application du RGPD en ce qu'elle comprend *n'importe quelle information*<sup>146</sup> pour autant qu'elle puisse être « rattachée directement ou indirectement à un individu »<sup>147</sup>.

Les contours de cette notion, existant déjà sous l'empire de la Directive 95/46/CE, avaient déjà été dessinés par le passé grâce aux travaux du Groupe de travail de l'Article 29 (ci-après G29)<sup>148</sup>. L'analyse de la notion de donnée à caractère personnel fournie par le G29 reste donc pertinente à ce jour<sup>149</sup>.

---

<sup>145</sup> Article 4, §2 du RGPD.

<sup>146</sup> C. DE TERWANGNE, « Titre 2 - Définitions clés et champ d'application du RGPD », in *Le règlement général sur la protection des données (RGPD/GDPR)*, Bruxelles, Larcier, 2018, p. 60.

<sup>147</sup> *Ibid.*

<sup>148</sup> Article 94, §2 et art. 68 et s. du RGPD ; Le G29 porte dorénavant le nom de « *Comité Européen de la Protection des Données (CEPD)* », site officiel de la CNIL, « Le Comité Européen de la Protection des Données (CEPD) », disponible sur <https://www.cnil.fr/fr/le-comite-europeen-de-la-protection-des-donnees-cepd>, consulté le 25 juillet 2020. ; Toutefois, dans un souci de cohérence l'on s'en tiendra à l'abréviation « G29 ».

<sup>149</sup> C. DE TERWANGNE, « Titre 2 - Définitions clés et champ d'application du RGPD », *op. cit.*, p. 60.

Le G29 apporte notamment des précisions quant à l'expression « *toute information* » sur base d'une approche tripartite : la nature de l'information ; son contenu et pour finir, son format.

Au regard de la nature des informations, « le concept de données à caractère personnel englobe toutes sortes de renseignements à propos d'une personne »<sup>150</sup>. Ces renseignements ne devant ni être prouvés ou être vrais pour pouvoir être considérés comme données à caractère personnel<sup>151</sup>. Les informations peuvent être objectives ou subjectives<sup>152</sup>, relever de la sphère professionnelle ou commerciale ainsi que de la sphère privée ou publique<sup>153</sup>. En outre, la Cour de Justice de l'Union Européenne, dans son arrêt *Satamedia*<sup>154</sup> indique que « ce n'est pas parce que des données ont été diffusées, c'est-à-dire portées à la connaissance ou rendues accessibles à un nombre indéfini de personnes, qu'elles ne bénéficient plus d'une protection »<sup>155</sup>.

En termes de contenu, l'information que représente une donnée à caractère personnel couvre les informations considérées comme « sensibles », mais aussi des informations plus générales<sup>156</sup>. De manière globale, « il s'agit d'informations concernant des personnes physiques, indépendamment de leur situation ou de leur qualité »<sup>157</sup>.

Quant au format de l'information ou du support utilisé pour celle-ci<sup>158</sup>, « le concept de données à caractère personnel englobe les informations disponibles sous n'importe quelle forme, qu'elles soient alphabétiques, numériques, graphiques, photographiques ou acoustiques »<sup>159</sup>.

---

<sup>150</sup> Avis n° 4/2007 du Groupe de Travail de l'Article 29 sur le concept de données à caractère personnel, WP 136, 20 juin 2007 (10107/05/FR) pp. 6-10.

<sup>151</sup> *Ibid.*, p. 7.

<sup>152</sup> *Ibid.*

<sup>153</sup> C. DE TERWANGNE, « Titre 2 - Définitions clés et champ d'application du RGPD », *op. cit.*, p. 60.

<sup>154</sup> C.J.C.E., 16 décembre 2008, arrêt *Tietosuojaalvautettu c. Satakunnan markkinapörssi oy et Satamedia oy*, C-73/07, [http://curia.europa.eu/juris/liste.jsf?language=en&num=C-73/07%20\(%20dernière%20consultation%20le%2022%20juillet%202022](http://curia.europa.eu/juris/liste.jsf?language=en&num=C-73/07%20(%20dernière%20consultation%20le%2022%20juillet%202022)) (dernière consultation le 22 juillet 2020).

<sup>155</sup> C. DE TERWANGNE, « Titre 2 - Définitions clés et champ d'application du RGPD », *op. cit.*, p. 61. (voy. note 159). ; C.J.C.E., arrêt *Tietosuojaalvautettu c. Satakunnan markkinapörssi oy et Satamedia oy*, C-73/07, 16 décembre 2008, ECLI:EU:C:2008:727, pt 49.

<sup>156</sup> Avis n° 4/2007 du Groupe de Travail de l'Article 29 sur le concept de données à caractère personnel, WP 136, 20 juin 2007, (10107/05/FR), p. 7.

<sup>157</sup> *Ibid.*

<sup>158</sup> *Ibid.*

<sup>159</sup> *Ibid.*

Soulignons que l'information ne doit pas nécessairement être directement liée à une personne. En effet, cette dernière peut être « *indirectement relative à une personne* »<sup>160</sup> et constituer une information à caractère personnel<sup>161</sup>. Le G29 précise qu'une information concerne une personne lorsque celle-ci présente les critères indispensables mais non cumulatifs suivants : un *critère de contenu*, un *critère de finalité* ou un *critère de résultat*<sup>162</sup>. À cet égard le G29 indique que, sont des données qui concernent les personnes, « les données qui ont trait à l'identité, aux caractéristiques ou au comportement d'une personne ou si cette information est utilisée pour déterminer ou influencer la façon dont cette personne est traitée ou évaluée »<sup>163</sup>.

Pour finir, la référence de l'article 4, §1<sup>er</sup> du RGPD à une « personne physique identifiée ou identifiable » implique que l'information soit en mesure, à elle seule ou combinée à d'autres, d'identifier un individu<sup>164</sup>. À cet égard, le considérant 26 du RGPD dispose que le RGPD ne s'applique pas en cas d'informations anonymes ou « de données à caractère personnel rendues anonymes de telle manière que la personne concernée ne soit pas ou plus identifiable »<sup>165</sup>. Néanmoins, en présence de données ou d'informations qualifiées d'anonymes, il convient de rester prudent puisqu'il n'est pas impossible, grâce au perfectionnement continu des technologies d'analyse et de croisement de données<sup>166</sup>, de réidentifier quelqu'un à partir de données *a priori* anonymes<sup>167</sup>. Et dans un tel cas, le RGPD trouverait à s'appliquer.

## **Sous-paragraphe 2 : Le traitement**

L'on entend par traitement, « toute opération ou tout ensemble d'opérations effectuées ou non à l'aide de procédés automatisés et appliquées à des données ou des

---

<sup>160</sup> A. DELFORGE, *op. cit.*, p. 17.

<sup>161</sup> *Ibid.*

<sup>162</sup> Avis n° 4/2007 du Groupe de Travail de l'Article 29 sur le concept de données à caractère personnel, *op. cit.*, p. 11. ; critères confirmés par la C.J.U.E. dans son arrêt Peter Nowak/Data Protection Commissioner, C-434/16, EU:C:2017:994, pt.35.

<sup>163</sup> Document de travail du groupe de travail de l'Article 29 sur les questions de protection des données liées à la technologie RFID (radio-identification), WP 105, 19 janvier 2005, p. 9.

<sup>164</sup> N. MICHAIL, « Le domaine d'application du GDPR: de sa portée hors de l'Union à sa mise en œuvre dans l'Union », *R.D.C.-T.B.H.*, 2019/1, pp. 56-57. ; Article 4, §1<sup>er</sup> du RGPD.

<sup>165</sup> Considérant 26 du RGPD. ; Ce considérant dispose également que « pour établir si des moyens sont raisonnablement susceptibles d'être utilisés pour identifier une personne physique, il convient de prendre en considération l'ensemble des facteurs objectifs, tels que le coût de l'identification et le temps nécessaire à celle-ci, en tenant compte des technologies disponibles au moment du traitement et de l'évolution de celles-ci ».

<sup>166</sup> A. DELFORGE, *op. cit.*, p. 19. ; voy. également à cet égard la note 74 au sujet de la problématique des données anonymisées.

<sup>167</sup> *Ibid.*

ensembles de données à caractère personnel »<sup>168</sup>. Par procédés automatisés l'on se réfère aux « technologies informatiques permettant de traiter des données », existantes et à venir <sup>(169) (170)</sup>.

En vertu de l'article 4, §2 du RGPD, est considéré comme un traitement de données à caractère personnel « la collecte, l'enregistrement, l'organisation, la structuration, la conservation, l'adaptation ou la modification, l'extraction, la consultation, l'utilisation, la communication par transmission, la diffusion ou toute autre forme de mise à disposition, le **rapprochement ou l'interconnexion**, la limitation, l'effacement ou la destruction ».

## §2 : Champ d'application personnel

Le RGPD ne semble pas contenir, en tant que tel, un champ d'application *personae*<sup>171</sup>. Néanmoins, deux catégories de personnes sont visées par ce règlement.

D'une part, il y a, en toute logique, la personne concernée qui est la personne physique identifiée ou identifiable à laquelle l'article 4, §1<sup>er</sup> du RGPD fait référence. Dans le présent travail, la personne concernée renvoie au consommateur auquel un prix personnalisé est appliqué.

D'autre part, le RGPD s'applique aux responsables du traitement et à leurs sous-traitants. Le responsable du traitement est « la personne physique ou morale, l'autorité publique, le service ou un autre organisme qui, seul ou conjointement avec d'autres, détermine les finalités et les moyens du traitement (...)»<sup>172</sup>. En l'espèce, cette dernière notion renvoie à la plateforme ou le site marchand voulant appliquer la technique des prix personnalisés.

## §3 : Champ d'application territorial

L'article 3 du RGPD met en évidence deux situations distinctes au travers de ses trois premiers paragraphes. Son premier paragraphe dispose que « [le RGPD] s'applique au traitement des données à caractère personnel effectué dans le cadre des activités d'un

---

<sup>168</sup> A. BEELEN, « Fiche de guidance n° 1 - Le champ d'application matériel du RGPD », in *Guide pratique RGPD*, Bruxelles, Bruylant, 2018, p. 21.

<sup>169</sup> A. DELFORGE, *op. cit.*, p. 16.

<sup>170</sup> *Ibid.*

<sup>171</sup> Réflexion personnelle : n'ayant trouvé ni dans le RGPD, ni dans la doctrine une référence explicite à un champ d'application personnel.

<sup>172</sup> Article 4, §7 du RGPD.

établissement, d'un responsable du traitement ou d'un sous-traitant sur le territoire de l'Union, que le traitement ait lieu ou non dans l'Union ».

Quant aux §§2 et 3 de ce même article, ils traitent de la situation dans laquelle le traitement des données est réalisé par un responsable du traitement ou un sous-traitant établi en-dehors de l'Union.

Le Règlement s'appliquera si :

« (...) les activités de traitement sont liées :

a) à l'offre de biens ou de services à ces personnes concernées dans l'Union, qu'un paiement soit exigé ou non desdites personnes; ou

b) au suivi du comportement de ces personnes, dans la mesure où il s'agit d'un comportement qui a lieu au sein de l'Union. »

Ou encore, si : « (...) le responsable du traitement est établi dans un lieu où le droit d'un État membre s'applique en vertu du droit international public. »

En conclusion, la pratique des prix personnalisés peut être régulée par le RGPD. Dans les développements qui vont suivre, il sera question des règles spécifiques issues du Règlement relatives au profilage et de leur application à la personnalisation des prix.

## **Sous-section 2 : Le régime spécifique relatif au profilage et à la décision automatisée appliqué à la personnalisation des prix**

En son article 22, le RGPD encadre spécifiquement la prise de décision automatisée, y compris le profilage<sup>173</sup>. Ces deux éléments sont au cœur de la personnalisation des prix : le profilage est effectué afin de faciliter la prise de décision qui constitue, dans le cas d'espèce, l'application d'un prix individualisé<sup>174</sup>.

### **§1<sup>er</sup> : Préliminaire : une décision automatisée, y compris le profilage**

La notion de profilage ayant déjà été abordée *supra*, on n'y reviendra que dans la mesure où le RGPD fournit de nouveaux éléments de définition. L'article 22 du RGPD, dont

---

<sup>173</sup> Lignes directrices du Groupe de Travail de l'Article 29 relatives à la prise de décision individuelle automatisée et au profilage aux fins du règlement (UE) 2016/679, p. 5. ; Le régime de l'article 22 du RGPD est analysé *infra*.

<sup>174</sup> *Ibid.*

le régime est analysé dans le paragraphe suivant, se réfère également au terme de « *décision automatisée* ». Il est important de déterminer ce que cette nouvelle notion recouvre afin de savoir si la personnalisation des prix peut être soumise à l'article 22 du Règlement précité.

La notion de « *décision automatisée* » renvoie à « la capacité de prendre des décisions par des moyens technologiques sans intervention humaine »<sup>175</sup>, ces décisions automatisées pouvant reposer sur « n'importe quel type de données »<sup>176</sup>. Ces décisions peuvent être prises sans avoir recours au profilage, tout comme le profilage peut être réalisé sans qu'il soit pris une décision automatisée<sup>177</sup>.

L'application d'une tarification personnalisée à un consommateur répond à cette définition. En effet, l'on est en présence d'une décision, celle d'appliquer un prix personnalisé, fondée sur un traitement de données automatisé, notamment le profilage<sup>178</sup>.

En définitive, la personnalisation des prix appartient à la troisième utilisation possible du profilage c'est-à-dire à « une prise de décision exclusivement automatisée qui produit des effets juridiques ou affecte de manière significative de façon similaire la personne concernée »<sup>179</sup>. Ce prix est « appliqué à la personne concernée, sans évaluation préalable et significative par un être humain »<sup>180</sup>. Par conséquent, la tarification personnalisée peut être soumise à l'article 22 du RGPD.

## §2 : Les règles applicables

Cette utilisation du profilage est donc régulée par l'article 22 du RGPD. Toutefois, le RGPD contient des règles « générales » s'appliquant à « tous les profilages et toutes les prises de décisions individuelles automatisées, y compris les processus de décisions individuelles qui ne sont pas exclusivement automatisés »<sup>181</sup>.

---

<sup>175</sup> *Ibid.*, p. 8.

<sup>176</sup> *Ibid.*

<sup>177</sup> *Ibid.* ; En outre, il n'est pas requis que la décision soit totalement automatisée pour inclure du profilage.

<sup>178</sup> C'est l'algorithme de prix qui prend la décision automatisée d'appliquer prix à un utilisateur en fonction de son profil digital construit au départ de la collecte de ses données.

<sup>179</sup> Lignes directrices du Groupe de Travail de l'Article 29 relatives à la prise de décision individuelle automatisée et au profilage aux fins du règlement (UE) 2016/679, p. 8.

<sup>180</sup> *Ibid.*

<sup>181</sup> *Ibid.*

### **Sous-paragraphe 1<sup>er</sup> : Les principes généraux encadrant le traitement de données à caractère personnel**

L'on s'en tiendra à l'exposé des principes considérés comme pertinents au regard de la personnalisation des prix.

#### **A. Le principe de licéité, de loyauté et de transparence**

Dans un premier temps, tout traitement doit être effectué de manière « licite, loyale et transparente au regard de la personne concernée »<sup>182</sup>.

Plus fondamentalement cet article exige une transparence dans le traitement des données à caractère personnel. Le considérant 58 du RGPD précise que « ce principe de transparence exige que toute information adressée au public ou à la personne concernée soit 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 visuels ».

Le profilage est un processus dans lequel interviennent des techniques complexes. Il est par conséquent difficile d'en comprendre entièrement les rouages surtout que la plupart du temps, cette pratique se fait à l'insu de la personne concernée<sup>183</sup>. Dans le but de réduire cette asymétrie informationnelle, le RGPD dispose « que la personne concernée soit informée de l'existence de l'opération de traitement et de ses finalités »<sup>184</sup>.

Le caractère loyal tient essentiellement au fait que certains *consommateurs* ne doivent pas se voir proposer des offres moins attractives que d'autres à cause du profilage effectué de leurs données<sup>185</sup>. Proposer un produit à un prix individualisé peut donc consister en un traitement déloyal des données. Si l'on reprend le graphe vu *supra* d'E. COMBE et que l'on part du principe que l'entreprise sait quoi proposer à ses consommateurs et à quel prix, le consommateur n°10 risque d'être exclu du marché pour certains produits.

---

<sup>182</sup> Article 5, §1<sup>er</sup>, a) du RGPD.

<sup>183</sup> Lignes directrices du Groupe de Travail de l'Article 29 relatives à la prise de décision individuelle automatisée et au profilage aux fins du règlement (UE) 2016/679, p. 10.

<sup>184</sup> Considérant 60 du RGPD ; L'article du 12, §1<sup>er</sup> du même Règlement prévoit que « le responsable du traitement doit fournir toute information concernant le traitement à la personne concernée d'une façon concise, transparente, compréhensible et aisément accessible. »

<sup>185</sup> *Ibid.*

Ce premier principe appliqué à la personnalisation des prix sous-tend que la personne concernée doit être informée que ses données sont collectées et utilisées à des fins de profilage dont l'objectif est de déterminer un prix personnalisé. En outre, ce profilage et cette personnalisation des prix ne doivent pas affecter de manière trop négative la personne concernée : que les écarts de prix entre les utilisateurs ne soient pas trop larges, par exemple. *A priori*, cette exigence de transparence sera rencontrée au vu des obligations spécifiques d'information prévues d'une part, par le RGPD à l'égard des décisions automatisées et d'autre part, par le droit européen de la consommation à l'égard du professionnel qui entend utiliser la technique des prix personnalisés (voy. *infra*, chapitre 3).

## **B. Le principe de finalité**

Dans un second temps, le RGPD prévoit que les données à caractère personnel soient traitées et collectées pour des finalités « déterminées, explicites et légitimes, et ne pas être traitées ultérieurement d'une manière incompatible avec ces finalités (...) »<sup>186</sup>.

En délimitant, au préalable et de manière claire, les finalités pour lesquelles le traitement est effectué, le responsable du traitement se conforme tant au principe de finalité qu'à celui de transparence parce qu'en indiquant ainsi le but poursuivi par le traitement, les personnes concernées sont davantage en mesure de comprendre la technique et les finalités qu'elle poursuit<sup>187</sup>. Ce principe de finalité est d'autant plus essentiel en ce qu'il est de nature à limiter « les éventuelles réutilisations des données personnelles »<sup>188</sup>. Dans le cas où des données initialement collectées pour une finalité déterminée sont utilisées à d'autres fins, il sera nécessaire de s'assurer que la nouvelle finalité et la finalité originelle sont compatibles. Dans ses lignes directrices relatives à la prise de décision individuelle automatisée et au profilage, le G29 dresse une liste de critères pour évaluer la compatibilité entre deux finalités<sup>189</sup>.

---

<sup>186</sup> Article 5, §1<sup>er</sup>, b) du RGPD.

<sup>187</sup> A. BELEN, « Fiche de guidance n° 3 - Les principes généraux de protection des données », in *Guide pratique RGPD*, Bruxelles, Bruylant, 2018, p. 30.

<sup>188</sup> *Ibid.*

<sup>189</sup> Lignes directrices du Groupe de Travail de l'Article 29 relatives à la prise de décision individuelle automatisée et au profilage aux fins du règlement (UE) 2016/679, p. 12. ; Les critères sont les suivants :

- le lien entre les finalités pour lesquelles les données ont été collectées et les finalités du traitement ultérieur;
- le contexte dans lequel les données à caractère personnel ont été collectées et les attentes raisonnables des personnes concernées quant à leur utilisation ultérieure;
- la nature des données;
- l'impact du traitement ultérieur sur les personnes concernées; et

Le responsable du traitement devra donc clairement indiquer que la finalité du traitement des données à caractère personnel est la personnalisation des prix. C'est important puisqu'il se pourrait très bien qu'il ait collecté les données dans le but de fournir un contenu ciblé mais qu'au regard des profits dont il pourrait bénéficier en personnalisant ses prix, il se décide à réutiliser les données collectées à cette dernière fin. Le consommateur serait donc trompé et manipulé puisqu'il serait au courant que ses données sont collectées pour lui fournir un contenu personnalisé mais pas qu'elles le sont également pour adapter les prix des produits qu'il souhaite acheter. En contrôlant la compatibilité entre deux finalités, on évite de prendre le consommateur par surprise.

### **C. Le principe de minimisation**

Consacré par l'article 5, §1<sup>er</sup>, c) du RGPD, le principe de minimisation tend à endiguer la collecte abusive de données personnelles par les sites internet. La possibilité de traiter une très grande quantité de données à moindre coût pousse les plateformes à collecter plus qu'il ne faut de données. Celles-ci pourront, en effet, toujours s'avérer utiles un jour mais aussi parce que plus il y a de données, plus le profil devient précis et plus il sera précis, plus l'adaptation des intérêts économiques de la plateforme au profil sera efficiente<sup>190</sup>.

La personnalisation des prix entre quasi inévitablement en conflit avec ce principe de minimisation car cette technique repose sur une collecte massive de données, mais aussi sur la création de nouvelles données grâce à l'inférence.

### **Sous-paragraphe 2 : Le régime spécifique de l'article 22 du RGPD**

Pour rappel, le profilage peut être utilisé pour *effectuer un profilage général, fonder une prise de décision ou encore pour fonder une prise de décision exclusivement automatisée produisant des effets juridiques ou affectant de manière significative de façon similaire la personne concernée (article 22, §1<sup>er</sup>)*<sup>191</sup>. C'est cette dernière et troisième forme d'utilisation du profilage qui est retenue et analysée au regard de la personnalisation des prix.

- 
- les garanties appliquées par le responsable du traitement afin d'assurer un traitement loyal et d'éviter tout impact indu sur les personnes concernées.

<sup>190</sup> *Ibid.*

<sup>191</sup> *Ibid.*, p. 9.

## **A. L'article 22 du RGPD et son interdiction**

L'article 22, §1<sup>er</sup> dispose ce qui suit :

« La personne concernée a le droit de ne pas faire l'objet d'une décision fondée exclusivement sur un **traitement automatisé**, y compris le profilage, **produisant des effets juridiques** la concernant ou **l'affectant de manière significative de façon similaire**. »

Cette disposition s'inscrit à la quatrième section relative au « *droit d'opposition et prise de décision individuelle automatisée* » du troisième chapitre du RGPD concernant les droits conférés à la personne concernée. Cet article lui octroie notamment le droit de ne pas faire l'objet d'une décision fondée sur un traitement exclusivement automatisé. Plus fondamentalement, cette interdiction générale à la prise de décisions sur la base d'un traitement exclusivement automatisé reflète la volonté de l'être humain de ne pas être complètement soumis à la machine<sup>192</sup>. L'idée sous-jacente étant de pouvoir refuser que nous soit imposée une décision fondée sur la seule base de conclusions auxquelles une machine serait parvenue<sup>193</sup>.

Cette interdiction connaît néanmoins trois exceptions, cas dans lesquels il sera alors possible de procéder à une décision individuelle exclusivement fondée sur un traitement automatisé (voy. *infra*, point C du présent sous-paragraphe)<sup>194</sup>.

## **B. Conditions d'application**

Il est requis que l'utilisateur soit concerné par un traitement automatisé produisant des effets juridiques à son égard ou l'affectant de manière significative de façon similaire.

### *1. Un traitement automatisé*

Dans ses lignes directrices, le G29 précise qu'une décision prise sur base d'un tel traitement signifie « qu'il n'y a pas d'intervention humaine dans le processus de décision »<sup>195</sup>, c'est-à-dire que la décision finale est prise sans qu'un être humain ne l'examine ni ne tienne compte d'autres facteurs<sup>196</sup>. L'intervention humaine à laquelle le G29 fait référence ne doit pas

---

<sup>192</sup> T. TOMBAL, « Section 8. - Droit de ne pas faire l'objet d'une décision fondée exclusivement sur un traitement automatisé (art. 22 du RGPD) », in *Le règlement général sur la protection des données (RGPD/GDPR)*, Bruxelles, Larcier, 2018, p. 532. ; Cette volonté ressort également de la Convention n°108. ; Précisions encore que le traitement automatisé auquel il est fait référence peut être le profilage.

<sup>193</sup> *Ibid.*

<sup>194</sup> Lignes directrices du Groupe de Travail de l'Article 29 relatives à la prise de décision individuelle automatisée et au profilage aux fins du règlement (UE) 2016/679, p. 21.

<sup>195</sup> *Ibid.*, p. 23.

<sup>196</sup> *Ibid.*

consister en un geste symbolique ; elle doit avoir une réelle influence sur le résultat<sup>197</sup>. En d'autres termes, « si quelqu'un applique systématiquement des [décisions générées] automatiquement à des individus sans aucune **influence réelle sur le résultat**, il s'agirait quand même d'une décision fondée exclusivement sur un traitement automatisé »<sup>198</sup>.

Dans le cadre de la personnalisation des prix, un traitement automatisé des données personnelles – *par le biais du profilage* – est réalisé afin d'évaluer et de déterminer la disposition à payer d'un individu. Dans un tel processus, il semble peu probable qu'un être humain puisse examiner chaque achat et intervenir en « temps réel » dans le processus de fixation du prix personnalisé pour le modifier ou non en se basant sur d'autres critères que ceux que l'algorithme aurait déjà traités. Par conséquent et comme cela a été déjà énoncé précédemment, lorsque la personne concernée se voit appliquer un prix personnalisé, elle fait l'objet d'une décision fondée exclusivement sur un traitement automatisé.

## *2. Produisant des effets juridiques ou affectant la personne concernée de manière significative de façon similaire*

Le RGPD ne donne aucune précision quant aux termes suivants : « effets juridiques » ou « effets affectant *la personne concernée* de manière significative de façon similaire » de l'article 22. Cependant, en se basant sur l'interprétation donnée par le G29, la disposition tend à couvrir des effets ayant une *incidence grave*.

Par « effets juridiques », l'on se réfère aux décisions adoptées sur la base d'un traitement automatisé ayant un impact sur les droits juridiques d'une personne ou sur son statut juridique<sup>199</sup>. Est-ce que la personnalisation des prix entre dans cette première hypothèse ? Reprenons, grâce aux prix personnalisés, un bien est offert à un certain prix correspondant à la disposition à payer d'un consommateur (la personne concernée) évaluée sur la base du profilage de ses données, et *a fortiori*, de son profil. Par conséquent, cette personnalisation a pu avoir une influence sur sa décision d'acheter ou pas le produit et, *in fine*, de conclure ou non un contrat avec le responsable du traitement. Sous cet angle, le prix personnalisé est une décision individuelle exclusivement fondée sur un traitement automatisé ayant un effet juridique sur la personne concernée ; la conclusion d'un contrat crée des effets juridiques et la

---

<sup>197</sup> *Ibid.*

<sup>198</sup> *Ibid.*

<sup>199</sup> *Ibid.*

personnalisation des prix a joué un rôle dans la décision de conclure ou non ce contrat <sup>200</sup>. Néanmoins, bien que le contrat sera source d'effets juridiques à l'égard de la personne concernée, il sera difficile de considérer ce contrat comme étant la conséquence directe du traitement automatisé des données. Par conséquent, il faut se demander si la tarification personnalisée n'entre pas dans le champ de l'article 22 en raison de la deuxième hypothèse.

Un processus décisionnel qui n'affecterait pas le statut ou les droits juridiques d'une personne peut néanmoins tomber sous le coup de l'application de l'article 22 du RGPD « *s'il produit un effet équivalent ou qui affecte la personne concernée de manière significative de façon similaire* »<sup>201</sup>. En d'autres termes, c'est une décision qui n'impacte pas les droits ou le statut juridique d'une personne mais qui a le même niveau d'importance et dont l'impact est significatif. Le considérant 71 du RGPD donne comme exemple « le rejet automatique d'une demande de crédit en ligne ou des pratiques de recrutement en ligne sans aucune intervention humaine ». Le G29 fournit certains critères afin d'évaluer si les effets du traitement sont suffisamment conséquents que pour activer la protection de l'article 22 du RGPD<sup>202</sup>. La décision doit, en outre, être susceptible d'engendrer les effets suivant : « affecter de manière significative la situation, le comportement ou les choix des personnes concernées ; avoir un impact prolongé ou permanent sur la personne concernée ; ou à l'extrême, entraîner l'exclusion ou la discrimination des personnes »<sup>203</sup>. Les prix personnalisés sont de nature à affecter le comportement ou les choix des consommateurs. En outre, le G29 fait explicitement référence à l'application de prix personnalisés comme décision ayant un effet significatif similaire à une décision produisant des effets juridiques, surtout s'il s'agit d'empêcher une personne d'accéder à certains biens ou services<sup>204</sup>.

En conclusion, les prix personnalisés peuvent être encadrés par l'article 22, §1<sup>er</sup> du RGPD. Si l'on s'en tient à ce premier paragraphe, la prise de décision se traduisant par l'application de prix personnalisés fondée sur un traitement automatisé de données à caractère

---

<sup>200</sup> Article 1101 et 1134 du Code Civil. En outre, si l'annulation d'un contrat est considérée comme ayant des effets juridiques, il doit en aller de même pour sa conclusion., voy. Lignes directrices du Groupe de Travail de l'Article 29 relatives à la prise de décision individuelle automatisée et au profilage aux fins du règlement (UE) 2016/679, p. 23.

<sup>201</sup> Lignes directrices du Groupe de Travail de l'Article 29 relatives à la prise de décision individuelle automatisée et au profilage aux fins du règlement (UE) 2016/679., p. 24 ; Le « *de façon similaire* » est rajoutée par le RGPD, il n'était pas présent dans l'article 15 de la Directive 95/46/CE.

<sup>202</sup> *Ibid*, p. 24

<sup>203</sup> *Ibid*.

<sup>204</sup> *Ibid.*, p. 25.

personnel est en principe interdite<sup>205</sup>. Néanmoins, le concept de prix personnalisés ne perd pas en intérêt au vu des exceptions que connaît cette interdiction.

### **C. Les exceptions à l'interdiction du §1<sup>er</sup> de l'article 22**

En vertu de l'article 22, §2, la décision automatisée qui est « **a)** nécessaire à la conclusion ou à l'exécution d'un contrat entre la personne concernée et un responsable du traitement ; **b)** autorisée par le droit de l'Union ou le droit de l'État membre auquel le responsable du traitement est soumis et qui prévoit également des mesures appropriées pour la sauvegarde des droits et libertés et des intérêts légitimes de la personne concernée ou ; **c)** fondée sur le consentement explicite de la personne concernée » tombe en-dehors de l'interdiction précitée.

Lorsque ces exceptions s'appliquent, il est impératif que des mesures soient mises en place afin de garantir la sauvegarde des droits et libertés de la personne concernée ainsi que ses intérêts légitimes<sup>206</sup>. À cette fin, la personne concernée devrait notamment être en mesure « d'obtenir une intervention humaine, d'exprimer son point de vue et de contester la décision »<sup>207</sup>.

Analysons ces exceptions au regard des prix personnalisés :

#### *1. La décision est nécessaire pour la conclusion d'un contrat*

Dans le cadre de cette exception, le responsable du traitement doit démontrer que tant la décision individuelle automatisée que le traitement automatisé – *in casu*, le profilage – dont elle découle est nécessaire à la conclusion d'un contrat<sup>208</sup>. La nécessité s'interprétant de manière stricte<sup>209</sup>, il est essentiel pour le responsable du traitement de s'assurer qu'il n'existe pas d'autres méthodes tout aussi efficaces mais moins intrusives pour atteindre son but<sup>210</sup>. Dans

---

<sup>205</sup> *Ibid.*

<sup>206</sup> *Ibid.*, p. 22 et Considérant 71 du RGPD.

<sup>207</sup> *Ibid.*, p. 30.

<sup>208</sup> *Ibid.*, p. 14.

<sup>209</sup> Avis n° 6/2014 sur la notion d'intérêt légitime poursuivi par le responsable du traitement des données au sens de l'article 7 de la directive 95/46/CE, Commission européenne, 9 avril 2014, disponible sur [http://ec.europa.eu/justice/data-protection/article-29/documentation/opinion-recommendation/files/2014/wp217\\_fr.pdf](http://ec.europa.eu/justice/data-protection/article-29/documentation/opinion-recommendation/files/2014/wp217_fr.pdf), consulté le 22 juillet 2020.

<sup>210</sup> Lignes directrices du Groupe de Travail de l'Article 29 relatives à la prise de décision individuelle automatisée et au profilage aux fins du règlement (UE) 2016/679, p. 26.

le cas contraire, le traitement ne sera pas considéré comme nécessaire et le responsable du traitement se verra contraint de respecter l'interdiction du §1<sup>er</sup> de l'article 22 du RGPD.

En l'espèce, il semblerait compliqué pour un site de vente en ligne de justifier le traitement automatisé à des fins de prix personnalisés par la nécessité que représenteraient ces méthodes pour conclure un contrat. Il n'est en effet pas nécessaire de personnaliser les prix pour pouvoir vendre des produits sur Internet, à moins d'invoquer l'argument d'ouverture du marché aux consommateurs ayant un faible pouvoir d'achat. Toutefois, le fait que d'autres méthodes plus respectueuses de la vie privée existent, il sera compliqué de justifier les prix personnalisés par cette première exception.

## *2. La décision est autorisée par le droit de l'Union ou d'un État membre*

La prise de décision individuelle automatisée, y compris le profilage pourrait avoir lieu si une règle de droit de l'Union ou d'un État Membre en permettait l'utilisation. Dans un tel cas, les législations amenées à autoriser ce genre de pratique « devront prévoir des mesures appropriées pour sauvegarder les droits et libertés et les intérêts légitimes de la personne concernée »<sup>211</sup>. Cette méthode pourrait notamment être autorisée et utilisée « aux fins de contrôler et de prévenir les fraudes et l'évasion fiscale »<sup>212</sup>.

La personnalisation des prix ayant pour principal objectif d'augmenter les profits d'entreprises privées, cette exception ne trouve pas à s'appliquer pour en valider l'usage par le responsable du traitement.

## *3. La décision est fondée sur le consentement explicite de la personne concernée*

En vertu de l'article, 22, §2, c), la personne concernée peut consentir de manière explicite à ce que ses données soient traitées et profilées dans le but que lui soit appliqué un prix personnalisé.

Au regard de cette exception se pose la question plus globale de la place et du poids réel du consentement dans l'environnement numérique. Cette question permet notamment de

---

<sup>211</sup> *Ibid.*

<sup>212</sup> Considérant 71 du RGPD.

remettre en cause le régime protecteur qu'offre le RGPD auquel elle est pourtant étroitement liée. L'ensemble de cette réflexion est l'objet de la section 3 du présent chapitre.

#### **D. Les catégories de données particulières**

En vertu du quatrième paragraphe de l'article 22, il n'est pas possible de fonder une décision automatisée sur la base de données dites « sensibles »<sup>213</sup> même si elle tombe sous le coup d'une des exceptions de l'article 22, §2. Néanmoins, ce même paragraphe prévoit une exception qui autorise la prise de décision automatisée sur base de cette catégorie particulière de données si la personne a donné son *consentement explicite au traitement de ces données à caractère personnel*<sup>214</sup> ou si le traitement est *nécessaire pour des motifs d'intérêt public important*<sup>215</sup> pour autant que *des mesures appropriées pour la sauvegarde des droits et libertés et des intérêts légitimes de la personne concernée ne soient en place*<sup>216</sup>.

#### **E. Les droits de la personne concernée**

Le droit d'être informé quant au traitement de données à caractère personnel ainsi que le droit d'accès à ces données sont encadrés par les articles 13 et 14 du RGPD<sup>217</sup>. Ces derniers contiennent une obligation générale d'information de la personne concernée et prévoient également, en leur sein, des garanties spécifiques et complémentaires lorsqu'il s'agit d'une prise de décision automatisée, y compris le profilage. L'exercice de ces droits étant organisé par l'article 12 du RGPD.

##### *1. Le droit d'être informé*

---

<sup>213</sup> Art. 9, §1<sup>er</sup> du RGPD. ; Cet article interdit le traitement des données à caractère personnel qui « révèle l'origine raciale ou ethnique, les opinions politiques, les convictions religieuses ou philosophiques ou l'appartenance syndicale, ainsi que le traitement des données génétiques, des données biométriques aux fins d'identifier une personne physique de manière unique, des données concernant la santé ou des données concernant la vie sexuelle ou l'orientation sexuelle d'une personne physique ».

<sup>214</sup> Art. 9, §1<sup>er</sup>, a) du RGPD

<sup>215</sup> Art. 9, §1<sup>er</sup>, g) du RGPD.

<sup>216</sup> Art. 22, §4 du RGPD.

<sup>217</sup> Ce sont les exigences en matière d'information que le responsable du traitement est tenu de respecter en toutes circonstances. ; Le fait que l'article 13, §2, f) et 14, §2, g) ne renvoient qu'aux §§1<sup>er</sup> et 4 de l'article 22 du RGPD ne signifie pas qu'il ne s'applique pas au §3 de ce même article. En effet, le responsable du traitement est tenu **d'une obligation de transparence** par l'article 5, §1, a) du RGPD. En outre, le considérant 60 précise que la fourniture d'information en rapport à ses activités de profilage est contenue dans l'obligation de transparence à laquelle le responsable du traitement est tenu, voy. A. BEELEN, « Fiche de guidance n° 25 - Droit 8 : Le droit à ne pas faire l'objet d'une décision automatique, y compris le profilage », in *Guide pratique RGPD*, Bruxelles, Bruylant, 2018, p. 180.

Selon que les données à caractère personnel aient été collectées directement auprès de la personne concernée ou non, le RGPD distingue deux régimes concernant le droit d'information.

Lorsque les données ont été directement collectées auprès de la personne, l'article 13, §2, f) du RGPD dispose qu'en présence d'une prise de décision visée par l'article 22 du même Règlement, le responsable du traitement doit fournir des « informations utiles concernant la **logique sous-jacente**, ainsi que **l'importance et les conséquences prévues de ce traitement** pour la personne concernée »<sup>218</sup>. En vertu de l'article 14, §2, g), la même obligation s'applique au responsable du traitement lorsque les données n'ont pas été collectées auprès de la personne concernée.

Le responsable du traitement est donc tenu d'avertir la personne concernée qu'il entend procéder à un traitement visé par l'article 22 du RGPD et de l'informer de la **logique sous-jacente du traitement** ainsi que **de son importance et de ses conséquences prévues**. Le G29 indique qu'au regard de « la complexité de l'apprentissage automatique »<sup>219</sup>, l'information donnée à la personne concernée doit être suffisante pour comprendre les raisons de la décision<sup>220</sup>. Il indique également que l'information doit être donnée aux moyens de techniques simples, compréhensibles et utiles, sans qu'il soit « nécessaire d'aller dans le détail du fonctionnement de l'algorithme »<sup>221</sup>. Le G29 précise que les informations concernant « les traitements prévus et futurs et la manière dont la prise de décision automatisée pourrait affecter la personne concernée »<sup>222</sup> doivent être également fournies au moyen « d'exemples réels ou tangibles du type d'effets possibles »<sup>223</sup>.

Au travers de ce droit, l'on comprend que le responsable du traitement est tenu d'une obligation de transparence envers la personne concernée<sup>224</sup>.

---

<sup>218</sup> Article 13, §2, f) du RGPD.

<sup>219</sup> Lignes directrices du Groupe de Travail de l'Article 29 relatives à la prise de décision individuelle automatisée et au profilage aux fins du règlement (UE) 2016/679, p. 28.

<sup>220</sup> *Ibid.*

<sup>221</sup> A. BEELEN, « Fiche de guidance n° 25 - Droit 8 : Le droit à ne pas faire l'objet d'une décision automatique, y compris le profilage », *op. cit.*, p. 180.

<sup>222</sup> Lignes directrices du Groupe de Travail de l'Article 29 relatives à la prise de décision individuelle automatisée et au profilage aux fins du règlement (UE) 2016/679, p. 29.

<sup>223</sup> *Ibid.*

<sup>224</sup> Obligation de transparence contenue également à l'article 5, §1, a) du RGPD

## 2. Le droit d'accès

L'article 15 du RGPD, traitant de la décision automatisée et du profilage en son point h), dispose que :

*« La personne concernée a le droit d'obtenir du responsable du traitement la confirmation que des données à caractère personnel la concernant sont ou ne sont pas traitées et, lorsqu'elles le sont, l'accès auxdites données à caractère personnel ».*

Par conséquent, « en exerçant ses droits en vertu de l'article 15, la personne concernée peut prendre connaissance d'une décision prise à son égard, y compris une décision fondée sur un profilage »<sup>225</sup>.

## **Section 3 : Le régime de transparence, un régime protecteur défaillant**

Comme constaté au travers de l'analyse du RGPD, ce règlement exige que la personne concernée soit informée du traitement de ses données. Par conséquent, afin de renforcer le contrôle sur ses données ainsi que de minimiser l'asymétrie informationnelle qui existe au sein de la sphère numérique, le Règlement met à charge du responsable du traitement de lourdes obligations d'information et permet ainsi à la personne concernée de consentir de manière libre et éclairée au traitement de ses données. La notion de consentement occupe une place prépondérante dans le RGPD, notamment en se positionnant comme l'outil de protection central. C'est ainsi que le régime protecteur du RGPD repose sur un principe de transparence ; la personne concernées est informée que ses données vont être traitées et elle peut décider d'y consentir ou non, si tant est qu'elle en ait vraiment la possibilité. Et cette dernière remarque est d'importance en ce qu'un régime de transparence n'est utile que dans la mesure où la personne concernée peut avoir un réel impact sur l'information qui lui est fournie<sup>226</sup>. Toute la critique de cette présente section réside dans l'efficacité ou non de la protection offerte par ce régime de transparence.

Consacré par différentes dispositions du RGPD, telles que par son article 6<sup>227</sup> indiquant que le consentement de la personne concernée rend le traitement de ses données à caractère personnel licite, ou encore par l'article 9<sup>228</sup> exigeant le consentement explicite afin d'autoriser

---

<sup>225</sup> *Ibid.*, p. 30.

<sup>226</sup> M. BOURREAU et A. DE STREEL, *op. cit.*, p. 12.

<sup>227</sup> 6, §1<sup>er</sup>, a) du RGPD.

<sup>228</sup> Art 9, §2, a) du RGPD

le traitement de données dites « sensibles » ; l'on comprend que le consentement est la pierre angulaire du RGPD et qu'il peut servir de fondement à la pratique de personnalisation des prix.

Mais quelle qualité revêt ce consentement à l'heure du numérique ? Cette question est intimement liée à l'obligation d'information<sup>229</sup> ou plutôt à l'information elle-même, celle devant être fournie à la personne concernée – en l'occurrence, le consommateur –. En effet, l'inertie du *e-consommateur* rend toute mise à disposition d'information, tant nécessaire à sa protection, *inutile*<sup>230</sup>. À l'heure actuelle, qui prend le temps de lire cet amas vertigineux et souvent incompréhensible que représente les *privacy policies* lorsque le numérique nous a tant habitués à la satisfaction immédiate en *un clic*<sup>231</sup> et qu'il suffit de cocher une case pour *consentir* ? M. HUNYADI parle d'un « *principe de commodité* » des outils numériques et de l'utilité que ceux-ci représentent pour l'utilisateur en ce qu'ils se manifestent comme « *quelque chose de pratique* ». Ce qui est pratique « doit, d'une part, servir à quelque chose (c'est le caractère instrumental de ce qui permet de réaliser une fin) mais, d'autre part, servir de la manière la plus commode et la plus confortable possible »<sup>232</sup>. Cette *praticité* caractérisant ces nouveaux outils du monde numérique et le besoin d'immédiateté qu'ils nourrissent renforcent l'inertie des consommateurs et les incitent à se débarrasser le plus rapidement de toutes entraves entre eux et ce dont ils ont besoin en ligne.

Ainsi apparaît l'érosion progressive de la qualité du consentement dans la sphère numérique venant remettre en question ce régime de transparence, que l'on sait aujourd'hui être une protection inefficace tant au regard de la personnalisation des prix qu'au regard de la personnalisation en général ainsi qu'au regard d'autres traitements de données à caractère personnel<sup>233</sup>.

---

<sup>229</sup> « (...) 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 comprennent (...) », A.-L. SIBONY et D. CLIFFORD, *op. cit.*, p. 263.

<sup>230</sup> *Ibid.*, p. 264.

<sup>231</sup> A leurs débuts, les sites marchands fonctionnaient selon la « règle des trois clics ». Selon cette règle, l'utilisateur doit pouvoir accéder au produit qu'il recherche en 3 clics maximum à partir de la page d'accueil. Désormais, la technologie a évolué et il est possible d'accéder aux contenus et aux produits de manière encore plus rapide.

<sup>232</sup> M. HUNYADI, « Du sujet de droit au sujet libidinal. L'emprise du numérique sur nos sociétés », *Esprit*, Vol. 3, mars 2019, p. 117.

<sup>233</sup> A.-L. SIBONY et D. CLIFFORD, *op. cit.*, pp. 261 et 263.

En raison de cela, le chapitre suivant examine la possibilité de réguler la pratique des prix personnalisés au travers du droit européen de la consommation.

## **Chapitre 3 : L'encadrement de la personnalisation des prix en droit européen de la consommation**

### **Section 1 : Mise en contexte et instruments juridiques en jeu**

#### **Sous-section 1 : Le choix du droit européen de la consommation**

Il existe une « *boucle juridique* »<sup>234</sup> entre le RGPD et le droit européen de la consommation, ces deux sources pouvant se compléter l'une l'autre<sup>235</sup>. Par conséquent, le présent chapitre se penche sur l'application de certaines règles issues du droit européen de la consommation à certaines pratiques issues du big data et en l'espèce, à la pratique de la personnalisation des prix<sup>236</sup>.

Le droit européen de la consommation s'est développé en vue de la construction du marché intérieur et il se caractérise par une ambivalence. D'une part, il vise la protection des consommateurs, l'accent étant mis sur le développement de réglementations de nature à renforcer la confiance des consommateurs dans le marché<sup>237</sup>. Cet objectif s'illustre également au niveau de l'économie numérique *européenne* où l'on retrouve de plus en plus de réglementations axées sur le renforcement de la confiance des consommateurs dans le marché en ligne, notamment dans le but soutenir le développement du marché numérique européen<sup>238</sup>. D'autre part, ce droit vise également *l'intérêt supérieur du marché*<sup>239</sup>. Au regard de cette

---

<sup>234</sup> *Ibid.*, p. 254.

<sup>235</sup> Le RGPD renvoi notamment au droit européen de la consommation pour certaines définitions. Par exemple, pour l'exigence de consentement prévu en son sein, le RGPD renvoi à la directive sur les clauses abusives pour interpréter cette notion., Voy. le considérant 42 du RGPD ainsi que A.-L. SIBONY et D. CLIFFORD, *op. cit.*, p. 254.

<sup>236</sup> Le régime des clauses abusives peut encadrer la personnalisation des prix. En effet, peut être qualifiée de clause abusive, la clause d'une charte de confidentialité d'un site marchand qui autoriserait le traitement et l'exploitation des données pour en tirer profit, voy. A.-L. SIBONY et D. CLIFFORD, *op. cit.*, p. 250 et H. JACQUEMIN, « Le big data à l'épreuve des pratiques du marché et de la protection du consommateur », *op.cit.*, p. 84. ; Cependant, au regard de l'inertie du *e-consommateur* abordée en page 51 et des conséquences que celle-ci a sur l'information qui est donnée, le choix a été fait de ne pas aborder le régime des clauses abusives.

<sup>237</sup> A.-L. SIBONY et D. CLIFFORD, *op. cit.*, p. 25. ; Si les consommateurs ont confiance dans le marché, ils participeront davantage au commerce le faisant ainsi prospérer.

<sup>238</sup> La directive dite « Omnibus », aussi appelée « Modernisation », en est un exemple. ; Rapport du Bureau européen des consommateurs, *op. cit.*, pp. 4-5. ; Note du Secrétariat de l'Organisation de Coopération et de Développement Économiques (OCDE), « Personalised Pricing in the Digital Era », *op. cit.*, pp. 23-26. ; L'on pense notamment à l'ensemble des stratégies développées dans le cadre du *Digital Single Market*, voy. à ce sujet le site officiel de la Commission Européenne, <https://ec.europa.eu/digital-single-market/>.

<sup>239</sup> A.-L. SIBONY et D. CLIFFORD, *op. cit.* p. 249.

ambivalence, l'on peut dire que personnalisation des prix et droit européen de la consommation se rejoignent. En effet, la personnalisation des prix sur Internet est également soumise à cette tension entre promotion du commerce et protection du consommateur<sup>240</sup>. La personnalisation des prix engendre, d'une part, l'ouverture du marché pour certains consommateurs et des profits pour les entreprises. Ces profits viennent renforcer l'innovation, au sein des entreprises concernées, qui profite, *in fine*, aux consommateurs puisque l'entreprise est en mesure de leur proposer de meilleurs produits. D'autre part, cette pratique suppose un traitement de données à caractère personnel qui ne peuvent être traitées n'importe comment afin d'assurer la protection maximale de la personne concernée. Le tout est de trouver un équilibre entre ces deux perspectives ; entre intérêt du marché et protection du consommateur/de la personne concernée, qui sont la même personne sur les sites marchands.

### **Sous-section 2 : Introduction des directives analysées**

Il sera question de la Directive 2011/83/UE relative aux droits des consommateurs<sup>241</sup> ainsi que de la directive 2005/29/CE<sup>242</sup> relative aux pratiques commerciales déloyales, toutes deux transposées en droit belge par une loi de 2013 dans le livre VI « pratique du marché et protection du consommateur » du CDE<sup>243</sup>.

En 2019, ces deux directives européennes ont été modifiées par une troisième, la Directive 2019/2161<sup>244</sup> (dite « Omnibus » ou « Modernisation ») concernant une meilleure application et une modernisation des règles de l'Union en matière de protection des consommateurs.

---

<sup>240</sup> *Ibid.* p. 252.

<sup>241</sup> Directive (UE) 2011/83 du Parlement Européen et du Conseil du 25 octobre 2011 relative aux droits des consommateurs, modifiant la directive 93/13/CEE du Conseil et la directive 1999/44/CE du Parlement européen et du Conseil et abrogeant la directive 85/577/CEE du Conseil et la directive 97/7/CE du Parlement européen et du Conseil.

<sup>242</sup> Directive (CE) 2005/29 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) no 2006/2004 du Parlement européen et du Conseil, («directive sur les pratiques commerciales déloyales»).

<sup>243</sup> L. du 21 décembre 2013 portant insertion du titre VI " Pratiques du marché et protection du consommateur " dans le Code de droit économique et portant insertion des définitions propres au livre VI, et des dispositions d'application de la loi propres au livre VI, dans les Livres Ier et XV du Code de droit économique, *M.B.*, 30 décembre 2013, p. 103506.

<sup>244</sup> Directive (UE) 2019/2161 du Parlement européen et du Conseil du 27 novembre 2019 modifiant la directive 93/13/CEE du Conseil et les directives 98/6/CE, 2005/29/CE et 2011/83/UE du Parlement européen et du Conseil en ce qui concerne une meilleure application et une modernisation des règles de l'Union en matière de protection des consommateurs.

## **Section 2 : La protection offerte par la Directive relative aux droits des consommateurs**

### **Sous-section 1 : De la reconnaissance des prix personnalisés en droit européen**

La modification apportée par la Directive Omnibus à la Directive relative aux droits des consommateurs est intéressante en ce qu'elle lui ajoute un point **ebis**) en son article 6, introduisant ainsi le concept de prix personnalisés au sein du droit européen de la consommation. L'article 6 ainsi modifié dispose que :

*« 1. Avant que le consommateur ne soit lié par un contrat à distance ou hors établissement ou par une offre du même type, le professionnel lui fournit, sous une forme claire et compréhensible, les informations suivantes: (...)*

*e) le prix total des biens ou services toutes taxes comprises ou, lorsque le prix ne peut être raisonnablement calculé à l'avance du fait de la nature du bien ou du service, le mode de calcul du prix et, (...) ;*

***e bis) s'il y a lieu, l'application d'un prix personnalisé sur la base d'une prise de décision automatisée** ».*

La directive Omnibus fait donc explicitement référence aux prix personnalisés et l'intègre dans une législation européenne dédiée aux droits du consommateur et à sa protection. Désormais, lorsqu'un professionnel entend personnaliser le prix de son offre « au moyen d'une prise de décision automatisée qui procède à une analyse et à un profilage du comportement du consommateur [lui] permettant d'évaluer le pouvoir d'achat de ce dernier »<sup>245</sup>, il devra en informer le consommateur concerné afin qu'il « puisse tenir compte des risques potentiels que comporte [sa] décision d'achat »<sup>246</sup>. *In fine*, c'est une obligation d'information spécifique qui est ajoutée à la Directive 2011/83/UE « afin d'indiquer au consommateur que le prix est personnalisé sur la base d'une prise de décision automatisée »<sup>247</sup>. Cette obligation d'information s'appliquant sans préjudice du RGPD et de son article 22<sup>248</sup>.

---

<sup>245</sup> Considérant 45 de la Directive dite « Omnibus ».

<sup>246</sup> *Ibid.*

<sup>247</sup> *Ibid.*

<sup>248</sup> En donnant ainsi la priorité au RGPD, la Directive règle directement la question d'un conflit potentiel entre les deux normes européennes.

## **Sous-section 2 : Des limites de la Directive et de ses exigences protectrices**

### **§1<sup>er</sup> : Une obligation d'information limitée aux contrats conclus à distance et aux seuls prix personnalisés**

Tout d'abord, la Directive Omnibus est une législation européenne portant sur la protection du consommateur lors de la conclusion de ventes à distance<sup>249</sup>. Lorsque le contrat est conclu en ligne, il est par définition conclu à distance parce que les parties ne sont *pas en présence physique et simultanée l'une de l'autre*<sup>250</sup>. De prime abord, cette limitation ne devrait pas être de nature à poser problème en ce que les prix personnalisés, comme l'on a pu le développer ultérieurement, interviennent quasi systématiquement dans un contexte de vente en ligne. Néanmoins, l'on ne peut exclure l'hypothèse dans laquelle un prix personnalisé serait appliqué lors d'une vente physique. Prenons l'exemple, d'un magasin de bijoux. L'on décide de s'y rendre pour effectuer nos achats, mais avant de passer à la caisse l'enseigne nous demande que l'on donne, sur un support électronique, un ensemble d'informations basiques telles que notre adresse mail, nom, prénom, mais aussi d'autres informations plus spécifiques à nos goûts telles que la taille des bagues, les tons que l'on affectionne, si l'on est plutôt or ou argent, etc. L'enseigne dispose ainsi de notre profil contenant notamment nos préférences et l'historique de nos achats. De cette manière, il serait tout à fait possible pour cette enseigne de bijoux de personnaliser ses prix en fonction du profil d'un de ses clients lors de son prochain passage en magasin<sup>251</sup>. Et cette personnalisation des prix passerait sous le radar de la Directive Omnibus et de son obligation d'information.

---

<sup>249</sup> G. SCHULTZ, « Le contrat de vente conclu à distance au prisme des vulnérabilités du consommateur : état des lieux et évolutions européennes récentes », *D.C.C.R.*, 2020/2, p. 67.

<sup>250</sup> Lorsque le contrat est conclu en ligne, il est par définition conclu à distance, car les parties ne sont pas en présence physique et simultanée l'une de l'autre, voy. en ce sens H. JACQUEMIN, « Contrats en ligne et protection du consommateur numérique », *J.T.*, 2012/40-41, n° 6500, p. 806.

<sup>251</sup> L'enseigne est en mesure d'anticiper nos préférences en croisant notre historique d'achats avec le profil ainsi créé et être en mesure de personnaliser ses prix en fonction des informations qu'elle dispose sur nous. Ceci est un exemple personnel né d'une réflexion lors de discussions avec Florent LORIAUX diplômé du Master en ICT à Namur et ayant réalisé son travail de fin de cycle sur la personnalisation des prix. ; En outre, le profilage peut avoir lieu en « physique » comme nous l'illustre le Rapport du Comité consultatif de la Convention 108 sur l'Application de la Convention 108 au mécanisme de profilage, *op. cit.*, pp. 4 et 8. :

« Dans un magasin, des tubes de rouges à lèvres sont librement proposés à l'essai devant un miroir. Chaque personne peut donc se maquiller les lèvres devant ce miroir pour en observer les effets. Chaque tube de rouge à lèvres est doté d'une puce RFID qui permet à un système équipé d'une caméra de filmer les lèvres des clients et de connaître les caractéristiques de chaque rouge à lèvres employé. Il y a conservation et analyse des images (...) Dans la mesure où le système de surveillance visé est couplé avec un lecteur de puce RFID et où cette puce RFID contient, ainsi que la norme l'exige, un identifiant global unique (numéro de série), il serait possible, lors du passage aux caisses du bâton de rouge à lèvres flanqué de sa puce RFID, de lier un client particulier à une séquence vidéo particulière et d'ainsi pouvoir en déduire son appartenance ethnique, son genre et, voir éventuellement, ses préférences sexuelles si l'essayeur du rouge à lèvres est identifié comme un homme ».

Ensuite, la Directive opère une distinction entre prix personnalisés et tarification dynamique (voy. *supra* page 22). En effet, son considérant 45<sup>252</sup> précise que la condition d'information prévue pour les prix personnalisés ne s'applique pas en cas de *dynamic pricing* ce qui, au sens de A.-L. SIBONY et D. CLIFFORD, est de nature à porter confusion tant du point de vue de la protection des données à caractère personnel que du point de vue de 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 »<sup>253</sup>.

## §2 : Le choix d'un régime de transparence

Plus encore, la Directive Omnibus en conditionnant les pratiques de personnalisation des prix – et les pratiques de personnalisation en général – à une obligation d'information, soumet cette pratique à un régime de transparence<sup>254</sup>. Or, on l'a vu, ce régime est critiqué et est même considéré comme un outil de protection inadapté<sup>255</sup>. Suivant A.-L. SIBONY et D. CLIFFORD, cette volonté de légitimer une telle pratique sous la condition d'information du consommateur « paraît avoir été dictée par l'idéologie du marché intérieur plutôt que par une volonté de protection du consommateur »<sup>256</sup> et révèle une attitude libérale du législateur européen au sujet de la personnalisation<sup>257</sup>.

Pour ces raisons nous analyserons la possibilité de réguler les cas de prix personnalisés au regard de la Directive relative aux pratiques déloyales.

## **Section 3 : La Directive relative aux pratiques commerciales déloyales**

### **Sous-section 1 : Application aux prix personnalisés**

Contrairement à la Directive relative aux droits des consommateurs, la Directive Omnibus n'intègre pas telle quelle la notion de prix personnalisés dans la Directive relative aux pratiques déloyales.

---

<sup>252</sup> Ce considérant dispose ce qui suit « cette condition d'information ne devrait pas s'appliquer 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 automatisée ».

<sup>253</sup> A.-L. SIBONY et D. CLIFFORD, *op. cit* pp 271-272.

<sup>254</sup> *Ibid.*, p. 258.

<sup>255</sup> *Ibid.*, p. 263.

<sup>256</sup> *Ibid.*

<sup>257</sup> *Ibid.*, p. 258.

Néanmoins, les règles contenues dans cette dernière Directive peuvent s'appliquer au contexte de l'utilisation massive de données et ainsi venir encadrer, dans une certaine mesure, les cas de personnalisations abusives<sup>258</sup>. En outre, la violation des règles édictées par le RGPD applicables lors de la détermination d'un prix personnalisé peut être prise en compte dans l'*appréciation du caractère général déloyal des pratiques commerciales*<sup>259</sup>. À cet égard, H. JACQUEMIN avance, dans son article « *Le big data à l'épreuve des pratiques du marché et de la protection du consommateur* », que « la violation des principes<sup>260</sup> posés par le RGPD peut en effet constituer une pratique interdite au sens du livre VI du Code de droit économique »<sup>261</sup>. La Commission européenne va également dans ce sens en ce qu'elle admet la combinaison entre la personnalisation des prix et les pratiques commerciales déloyales en violation du RGPD<sup>262</sup>. Les règles applicables en matière de protection du consommateur s'appliqueront alors de manière indirecte venant sanctionner la violation des dispositions issues du RGPD<sup>263</sup>.

### **Sous-section 2 : Aperçu du régime légal de la Directive**

En vertu de l'article 5 de la Directive, une pratique commerciale<sup>264</sup> est déloyale lorsqu' « elle est contraire aux exigences de la diligence professionnelle et qu'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

---

<sup>258</sup> *Ibid.*, p. 252.

<sup>259</sup> L'appréciation du caractère déloyal se fait au regard du consommateur moyen, *cfr.* note 37 et voy. en ce sens H. JACQUEMIN, « *Le big data à l'épreuve des pratiques du marché et de la protection du consommateur* », *op. cit.*, pp. 85-86.

<sup>260</sup> Tel que celui d'avoir le droit de ne pas faire l'objet d'une décision exclusivement automatisée, y compris le profilage de l'article 22 du RGPD.

<sup>261</sup> H. JACQUEMIN, « *Le big data à l'épreuve des pratiques du marché et de la protection du consommateur* », *op. cit.*, p. 79.

<sup>262</sup> Commission U.E., *Orientations concernant la mise en œuvre/l'application de la directive 2005/29/CE relative aux pratiques commerciales déloyales, accompagnant le document Communication de la Commission au Parlement européen, au Conseil, au Comité économique et social européen et au Comité des Régions, Une approche globale visant à stimuler le commerce électronique transfrontière pour les citoyens et les entreprises d'Europe*, COM(2016) 320 final., p.172. ; La Commission fait référence à la Directive et non au Règlement, mais cela ne change rien *in concreto*.

<sup>263</sup> H. JACQUEMIN, « *Le big data à l'épreuve des pratiques du marché et de la protection du consommateur* », *op. cit.*, p. 91.

<sup>264</sup> L'article 2, d) de la Directive relative aux pratiques commerciales définit la **pratique commerciale** (*des entreprises vis-à-vis des consommateurs*) comme « toute action, omission, conduite, démarche ou communication commerciale, y compris la publicité et le marketing, de la part d'une entreprise, en relation directe avec la promotion, la vente ou la fourniture d'un produit ». Cette définition étant large, les pratiques des entreprises en ligne dans le contexte du big data peuvent être qualifiées de pratique commerciale, voy. en ce sens H. JACQUEMIN, « *Le big data à l'épreuve des pratiques du marché et de la protection du consommateur* », *op. cit.*, p. 85.

consommateurs ». Ceci est la règle générale et elle ne s'applique que dans l'hypothèse où les règles plus spécifiques prévues par la même directive ne trouvent pas à s'appliquer<sup>265</sup>. En effet, il existe deux autres séries de dispositions légales auxquelles il y a lieu de donner priorité. D'une part, il y a la liste noire contenant l'ensemble des pratiques réputées déloyales en toutes circonstances et d'autre part, il existe un ensemble de règles dites « *semi-générales* » interdisant les pratiques trompeuses et agressives<sup>266</sup>. Au vu de l'espace limité du présent travail, l'on concentrera l'analyse sur l'encadrement de la personnalisation des prix par cette dernière catégorie de règles<sup>267</sup>.

### **Sous-section 3 : Focus sur les pratiques trompeuses et agressives**

#### **§1<sup>er</sup> : Les pratiques trompeuses**

La notion de pratiques trompeuses recouvre les actions trompeuses et les omissions trompeuses consacrées par les articles 6 et 7 de la Directive relative aux pratiques déloyales<sup>268</sup>. Si le consommateur n'est pas mis au courant du fait que ses données vont être utilisées à des fins commerciales, notamment pour personnaliser les prix, la personnalisation ainsi opérée sera considérée comme une pratique trompeuse<sup>269</sup>. En effet, il s'agit d'une omission trompeuse d'une information substantielle « dont le consommateur moyen a besoin, compte tenu du contexte, pour prendre une décision commerciale en connaissance de cause »<sup>270</sup>.

Tel que mis en évidence dans la précédente section, la Directive Omnibus met à charge du professionnel une obligation d'information, lorsqu'il entend personnaliser les prix, et le respect de cette obligation est considéré comme un élément déterminant dans la qualification ou non d'une pratique d'omission trompeuse au sens de l'article 7 de la Directive sur les

---

<sup>265</sup> A.-L. SIBONY et D. CLIFFORD, *op. cit* pp 252..

<sup>266</sup> Articles 6-7 et 8-9 de la Directive relative aux pratiques déloyales.

<sup>267</sup> Pour l'application de la règle générale, voy. H. JACQUEMIN, « Le big data à l'épreuve des pratiques du marché et de la protection du consommateur », *op. cit.*, p. 88. ; Quant à la liste noire, aucune référence explicite n'est faite à la personnalisation des prix. Cependant, le ciblage des publicités et des offres est mentionné et est autorisé *sous réserve de transparence.*, voy. à cet égard A.-L. SIBONY et D. CLIFFORD, *op. cit*, pp. 253-259.

<sup>268</sup> Articles 6 et 7 de la Directive relative aux pratiques déloyales.

<sup>269</sup> H. JACQUEMIN, « Le big data à l'épreuve des pratiques du marché et de la protection du consommateur », *op. cit.*, p. 86.

<sup>270</sup> Article 7, §1<sup>er</sup> de la Directive relative aux pratiques déloyales. ; Le §4 de cette même disposition précise que le prix et la manière dont il est déterminé constitue une information substantielle. ; En outre, le §2 de cette même directive indique qu'il y a également omission trompeuse « lorsqu'un professionnel, compte tenu des aspects mentionnés au paragraphe 1, dissimule une information substantielle visée audit paragraphe ou la fournit de façon peu claire, inintelligible, ambiguë ou à contretemps, ou lorsqu'il n'indique pas sa véritable intention commerciale dès lors que celle-ci ne ressort pas déjà du contexte et lorsque, dans l'un ou l'autre cas, le consommateur moyen est ainsi amené ou est susceptible d'être amené à prendre une décision commerciale qu'il n'aurait pas prise autrement ».

pratiques commerciales déloyales<sup>271</sup>. Ne pas informer le consommateur que les prix sont personnalisés sera dès lors qualifié d'omission trompeuse.

## §2 : Les pratiques agressives

Pour être agressive, une pratique commerciale doit répondre à deux conditions : 1) elle doit être de nature à pouvoir altérer la liberté de choix ou de conduite du consommateur et 2) elle doit amener ou être susceptible d'amener le consommateur à prendre une décision commerciale qu'il n'aurait pas prise autrement<sup>272</sup>.

À l'heure du big data et de l'économie numérique, il est plus que probable que les sites de vente en ligne trouvent dans l'ensemble des données qu'ils collectent des *arguments pertinents pour convaincre le consommateur de s'engager*<sup>273</sup> car les techniques de personnalisations réalisées au moyen du profilage mettent à leur disposition un ensemble d'informations, directes ou inférées par une analyse de données, sur la situation de vulnérabilité d'un consommateur. Or, l'article 9, c) de la Directive sur les pratiques commerciales déloyales 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 ».

## **Remarque conclusive intermédiaire**

Faut-il automatiquement qualifier les prix personnalisés de pratiques commerciales déloyales ? Ce serait un peu trop catégorique dans la mesure où cette technique aboutit à des gains d'efficacité et génère, en ce sens, des effets positifs sur le bien-être du consommateur dans le marché<sup>274</sup>. Ce qui paraît essentiel à l'heure actuelle, c'est de trouver un équilibre entre intérêt du marché et protection du consommateur ainsi que d'encadrer les pratiques issues du big data par des outils mieux adaptés à l'environnement numérique<sup>275</sup>.

---

<sup>271</sup> A.-L. SIBONY et D. CLIFFORD, *op. cit.*, p. 259.

<sup>272</sup> Article 8, §1<sup>er</sup> de la Directive sur les pratiques commerciales déloyales.

<sup>273</sup> H. JACQUEMIN, « Le big data à l'épreuve des pratiques du marché et de la protection du consommateur », *op. cit.*, p. 87.

<sup>274</sup> A.-L. SIBONY et D. CLIFFORD, *op. cit.*, p. 267. ; Par exemple, dans le secteur de l'énergie ou de l'eau personnaliser les prix personnalisés pourraient être intéressants d'un point de vue de l'efficacité surtout si cela permet d'élargir l'accès à ces services de base.

<sup>275</sup> En s'aidant par exemple du « *legal desing* » pour rendre les *privacy policies* plus accessibles au moyen d'icônes voy. en ce sens les travaux de M. HANSEN, « Putting Privacy Pictograms into Practice – A European Perspective », Conference paper : Informatik 2009: Im Focus das Leben, LNI P-154, pp. 1703-1716. Köllen Verlag, Bonn

De plus, cette tarification personnalisée pose la question de savoir ce qui se trouve au fondement de nos jugements sur la loyauté ou la déloyauté des pratiques de personnalisation. Est-ce le résultat que l'on trouve injuste, à savoir la différence entre les prix que payent les uns et les autres ou, est-ce le processus de personnalisation, à savoir le fait de payer un prix différent en raison de la collecte et du traitement de nos données à caractère personnel ? Dans cette dernière hypothèse, la déloyauté de la pratique résiderait dans le fait qu'elle se fonde sur un profil construit au départ de la collecte d'une multitude de données à caractère personnel dont il est possible de déduire la disposition à payer d'un consommateur pour personnaliser les prix.

Au travers de ce dernier paragraphe, l'on voit ressurgir les difficultés que soulève l'utilisation du profil numérique à des fins de personnalisation.

## **Chapitre 4 : Du profil numérique et de la personnalisation des contenus : quelle place pour l'individu ? Réflexion sur un profil qui nous limite au travers du concept de *Filter Bubble***

### **Section 1 : Introduction**

Le phénomène de personnalisation possible grâce à notre environnement sociotechnique s'accroît et se diversifie. La preuve en est avec le présent travail illustrant la problématique des prix personnalisés, peut-être encore « hypothétique » dans sa forme « brute », mais pas tant que ça lorsque l'on s'intéresse aux méthodes alternatives par lesquelles elle peut se présenter. La personnalisation des prix met donc en évidence l'hyperpersonnalisation caractérisant notre environnement et univers numérique. La mise en lumière de l'omniprésence de ce phénomène nous permet d'aborder la personnalisation sous un angle plus *humain*, s'éloignant quelque peu des étiquettes « consommateur / personne concernée » issues des approches économiques et juridiques.

### **Section 2 : Contexte**

---

(2009), disponible sur <http://subs.emis.de/LNI/Proceedings/Proceedings154/gi-proc-154-134.pdf>, consulté le 22 juillet 2020 et A. ROSSI, and M. PALMIRANI, "DaPIS: an Ontology-Based Data Protection Icon Set., Knowledge of the Law in the Big Data Age", vol. 317, 2019, pp. 181-195, disponible sur <https://orbi.lu.uni.lu/bitstream/10993/40117/1/dapis-lvi18%20printed.pdf>, consulté le 22 juillet 2020. ; L'on peut également penser aux *smart disclosure*, voy. en ce sens A.-L. SIBONY et D. CLIFFORD, *op. cit.*, p. 265.

### **Sous-section 1 : Une société qui ne se laisse plus appréhender de la même manière**

Ce phénomène de personnalisation des contenus naît et peut prendre de l'ampleur dans nos vies en raison de l'environnement dans lequel l'on évolue. Au sens de D. CARDON nous baignons désormais dans la société des comportements, société dans laquelle « se recompose la relation entre le centre de la société et des individus de plus en plus autonomes »<sup>276</sup> et dans laquelle l'accroissement des opportunités sociales a contribué à la volatilité des opinions et à la naissance de nouvelles appétences, ces dernières étant suscitées par l'ampleur considérable du processus d'individualisation des modes de vie<sup>277</sup>. L'avènement des prix personnalisés ne fait que confirmer l'idée d'une société plus individuelle, où il existerait autant de prix que de personnes. Ce pullulement des trajectoires individuelles complexifie la société, qui ne se laisse plus *calculer* aussi facilement qu'avant<sup>278</sup>.

Pour pallier à cela et continuer à *calculer la société*, de nouveaux outils techniques, tels que des algorithmes de personnalisation, ont vu le jour. À la différence que ces derniers ont pénétré notre quotidien et se greffent désormais à nos moindres actions quotidiennes grâce à la pléthore d'objets connectés nous entourant.

### **Sous-section 2 : Une histoire d'algorithmes**

Tel que développé précédemment, la personnalisation des contenus est rendue possible grâce à différents facteurs, notamment grâce à de puissants algorithmes capables de traiter et d'analyser les quantités monstrueuses de données générées par notre présence sur Internet au travers de l'ensemble d'outils connectés se vivant comme une prolongation de nous-mêmes.

Les techniques de personnalisation ont de spécial qu'elles ne s'intéressent pas au « *pourquoi* » des comportements mais à leur enregistrement pour en inférer les particularités qui les rendent probables et permettront, dans une certaine mesure, de prédire le futur<sup>279</sup>. Mais cette anticipation du futur basée sur notre passé s'avère problématique.

---

<sup>276</sup> D. CARDON, *A quoi rêvent les algorithmes. Nos vies à l'heure du big data*, Paris, Seuil, 2015, p. 10 (version *e-book*).

<sup>277</sup> *Ibid.*, p. 9.

<sup>278</sup> Vouloir « chiffrer » le monde ou la société, ce n'est pas nouveau. Les mesures statistiques existent depuis longtemps, servent encore et représentent tant pour le secteur public que privé, des techniques de gouvernement., voy. pour plus de détails D. CARDON, *op. cit.*, pp. 3-4 (version *e-book*).

<sup>279</sup> *Ibid.*, p. 35.

Ce chapitre tend à mettre en lumière, notamment au travers du concept de bulle filtrante (ou *filter bubble*), les enjeux éthiques soulevés par la personnalisation des contenus au regard de notre profil numérique et ce que cela révèle sur notre rapport au monde. L'on se limitera aux enjeux suivants : l'enfermement de l'individu dans « une sphère limitée de possibilités et de ségrégation des expériences »<sup>280</sup> et le risque qui existe de réduire l'individu à sa simple « nature numérique ». Ces enjeux constituent un danger pour les droits et libertés fondamentaux, notamment le droit pour chaque individu à pouvoir s'autodéterminer.

### **Section 3 : La bulle de filtre, une prison dorée**

#### **Sous-section 1 : Une cellule à notre image**

Le terme de *filter bubble* trouve son origine dans les travaux du militant E. PARISER et plus spécifiquement, dans son livre « The Filter Bubble: What The Internet Is Hiding From You ». Selon cet auteur, le filtrage silencieux de l'information opéré par les systèmes de personnalisation place l'individu dans un état d'isolement puisqu'au départ de ses données, l'algorithme sélectionne quel contenu lui montrer, ce contenu correspondant à une sphère unique et optimisée pour lui<sup>281</sup>. Ces algorithmes créent une *bulle cognitive* qui vient conforter et enfermer l'individu dans ses représentations intellectuelles, dans ses habitudes et lui fait perdre tout attrait pour toute stimulation extérieure lui permettant de s'ouvrir à autre chose. D'une certaine manière, cette bulle empêche l'individu de se confronter au monde, elle supprime toute rugosité et limite son champ de vision à un univers poli qui lui ressemble. Ce concept a été mis en évidence car il représente un risque pour la démocratie libérale puisqu'il est de nature à limiter le pluralisme et renforcer la polarisation des opinions politiques des citoyens<sup>282</sup>. Bien que cruciale, cette problématique ne fait pas l'objet de ce travail.

La bulle de filtre d'Eli PARISER fonctionne sur le filtrage d'informations réalisé, entre autres, par Facebook et Google. Il illustre ce phénomène en prenant l'exemple de la hiérarchisation des résultats en fonction du profil numérique de la personne à l'origine de la recherche, rendant ainsi difficile pour cette dernière d'accéder à un contenu qui n'aurait pas été

---

<sup>280</sup> A. BENSOUSSAN, « 3. - Les algorithmes prédictifs » in *IA, robots et droit*, Bruxelles, Bruylant, 2019, p. 219.

<sup>281</sup> E. PARISER, Conférence Ted : « Eli Pariser nous met en garde contre “les bulles de filtres” en ligne », en ligne, disponible sur [https://www.ted.com/talks/eli\\_pariser\\_beware\\_online\\_filter\\_bubbles/up-next?language=fr](https://www.ted.com/talks/eli_pariser_beware_online_filter_bubbles/up-next?language=fr), visionnée le 11 novembre 2019.

<sup>282</sup> Voy. à cet égard E. BOZDAG et J. VAN DEN HOVEN, *Breaking the filter bubble: democracy and design*, *Ethics Inf Technol* 17, 2015, pp. 249-265. ; Voy. également l'affaire Cambridge Analytica.

fait *sur mesure* pour elle. Il n'est donc *a priori*, pas difficile d'appréhender l'isolement intellectuel pouvant être subi par un individu en raison de ce filtrage basé sur la construction de son profil numérique. Mais il y a plus encore.

### **Sous-section 2 : Anticiper pour personnaliser, les barreaux**

Dans son livre « *A quoi rêvent les algorithmes. Nos vies à l'heure du big data* », D. CADRON évoque la bulle de filtre en partant de la technique sous-jacente à celle-ci, l'algorithme prédictif<sup>283</sup>. Il existerait différents algorithmes et ils ne se baseraient pas tous sur les mêmes critères pour hiérarchiser l'information ici comprise comme « une masse de données gigantesques ». Selon D. CARDON, il existerait quatre critères sur lesquels les algorithmes peuvent se baser pour filtrer l'information à savoir la popularité, l'autorité, l'affinité et la prévision.

La présente section souhaite démontrer que la bulle de filtre, créée au moyen d'algorithmes fonctionnant sur la base du critère de prévision, représente plus qu'une limite informationnelle dangereuse pour le débat citoyen et que son effet tend à nous limiter de manière intrinsèque, en tant que personne.

L'algorithme prédictif est un algorithme auto-apprenant (*machine learning*) construisant son modèle prédictif au départ de corrélations significatives réalisées automatiquement dans le « big data »<sup>284</sup>. Ce dernier « *[peut]* utiliser des concepts qui leur sont propres et établir des corrélations dont la signification échappe à l'entendement humain »<sup>285</sup>. Cet algorithme enregistre les comportements des utilisateurs sur Internet, puis avec ces traces<sup>286</sup> de navigation, il dresse le profil d'un utilisateur – *ou d'un groupe d'utilisateurs* – et *prédit le futur* en « comparant *[le]* profil d'un internaute à ceux d'autres internautes qui ont

---

<sup>283</sup> Un algorithme, si l'on reprend les termes de D. CARDON, est « comme la recette de cuisine, une série d'instructions permettant d'obtenir un résultat. À très grande vitesse, il opère un ensemble de calculs à partir de gigantesques masses de données (les « big data »). Il hiérarchise l'information, devine ce qui nous intéresse, sélectionne les biens que nous préférons et s'efforce de nous suppléer dans de nombreuses tâches ».

<sup>284</sup> « L'algorithme prédictif traduit le désir qu'ont toujours eu les hommes de pouvoir prédire le futur », Voy. C. LAZARO, « Le pouvoir « divinatoire » des algorithmes : de la prédiction à la préemption du futur », *Anthropologie et sociétés*, 2018, pp. 127-150.

<sup>285</sup> *Ibid.*, p. 128.

<sup>286</sup> « La trace numérique se distingue ainsi de la donnée par le fait qu'elle n'est pas pré-formatée et qu'elle nécessite d'être mise en relation avec d'autres attributs pour acquérir du sens », voy en ce sens Le Dictionnaire encyclopédique et critique des Publics, disponible sur <http://publictionnaire.huma-num.fr/notice/traces-numeriques/>, consulté le 1<sup>er</sup> aout 2020.

effectué la même action »<sup>287</sup>. À la suite de cette comparaison, l'algorithme a *appris* du comportement des uns et des autres, et il est en mesure d'anticiper ce que n'aurait pas encore fait un utilisateur en fonction de ce qu'auraient déjà fait ceux qui lui ressemblent<sup>288</sup>. Cette dernière étape, c'est de la personnalisation : le contenu proposé est adapté à notre profil, correspond à ce que l'on aurait potentiellement envie de voir, d'écouter, de lire, d'acheter en raison de ce que dit notre profil à notre sujet ainsi que ce que traduit la comparaison de ce profil avec d'autres.

Par conséquent, cet algorithme est prédictif non pas parce qu'il lirait « en nous », anticipant nos moindres désirs, au contraire l'algorithme est prédictif parce qu'il fonctionne sur base de nos comportements antérieurs et nous considère, de manière violente, comme des êtres « sans histoire, sans intériorité, sans représentation ni projet »<sup>289</sup>. Il fait confiance à la *régularité des structures de nos goûts et de nos intérêts* et nous dépouille de notre singularité en nous rappelant avec force que nos comportements restent soumis à *des habitudes routinières profondément inscrites dans notre socialisation* qui font de nous des êtres prévisibles<sup>290</sup>. Et c'est ainsi que l'individu s'enferme dans la bulle de ses propres choix, son futur étant conditionné par son comportement passé.

### **Sous-section 3 : L'évasion d'un prisonnier**

Pour contrer cette boucle et sortir de cette bulle, il faut échapper à nos régularités. Et il ne suffira pas d'avoir envie de découvrir de nouvelles choses, il faudra pouvoir le prouver à l'algorithme par l'accomplissement d'actes concrets. Car, comme l'exprime D. CARDON dans son livre, l'algorithme opère selon le postulat que les « individus ne sont que rarement à la hauteur de leurs désirs »<sup>291</sup>. Pour exemple, même en ayant envie de voir des films d'auteur, il y a beaucoup de chance qu'une personne continue de consommer les films qu'elle visionne habituellement, disons des blockbusters américains. Les algorithmes se fient à cette régularité et la renforcera. En nous considérant de manière très conservatrice, les algorithmes nous enferment dans nos conformismes puisqu'ils nous poussent à répéter ce que l'on a déjà fait.

---

<sup>287</sup> D. CARDON, *op. cit.*, p. 20.

<sup>288</sup> *Ibid.*

<sup>289</sup> *Ibid.*, p. 47.

<sup>290</sup> *Ibid.*, p. 43.

<sup>291</sup> *Ibid.*, p. 47.

L'on pourrait alors penser que tout cela *est de notre faute*, qu'il nous suffit d'être conscient de nos régularités et d'en prendre la direction diamétralement opposée. Mais, est-ce si simple ? Pour répondre à cette question, il faut rappeler l'emprise qu'a l'environnement dans lequel s'inscrit l'ensemble de ce phénomène.

Cet environnement, c'est la société dans laquelle nous vivons, celle du numérique et celle-ci a de particulier que les objets connectés qui la composent, ces *outils numériques*<sup>292</sup> ont la force « de savoir épouser les contours de la vie psychique des [utilisateurs], en s'y fondant, en s'y lovant, en la flattant, pour rendre les tâches instrumentales agréables »<sup>293</sup> et d'exploiter « la tendance congénitale de l'homme à aller au plus commode, au plus agréable, à ce qui est énergétiquement le moins dispendieux »<sup>294</sup>. C'est peut-être là que réside, par exemple, l'explication à la consommation de blockbusters au lieu de films d'auteur. Si l'algorithme nous propose des films de type blockbusters correspondant à notre profil, l'on se dirigera vers ce contenu plutôt qu'un autre car c'est *pratique*, parce que cela représente la certitude de vivre une expérience agréable et que cela ne nous demande aucune *énergie*, à l'inverse du film d'auteur qui requiert un certain effort de recherche, de sélection et de comparaison. Pourquoi faire cela alors que l'on pourrait regarder un film que l'on sait pertinemment qu'il nous plaira ? D'une certaine manière, cette bulle personnalisée ne cherche pas à développer la curiosité de l'individu ni à *faire évoluer* son désir. Non, elle cherche simplement à le satisfaire.

Citant les mots du professeur M. HUNYADI, « en visant le confort, l'esprit émousse sa curiosité et ne se préoccupe que de ses propres sécrétions »<sup>295</sup>. Faire ainsi dépendre notre futur de notre passé, c'est prendre le risque que soit accentuée la plus petite des dérives – telle que se diriger vers un contenu facile à regarder – mais c'est aussi, et surtout, laisser la porte ouverte à *l'exploitation de nos faiblesses d'Être Humain* nous faisant ainsi glisser vers la « médiocrité » du (ré)confort<sup>296</sup>. Pour finir, cette manière d'anticiper le futur assigne les individus à la reproduction automatique d'eux-mêmes ainsi que de la société mais, surtout, les réduit à leurs *traces* c'est-à-dire leur « nature numérique ». Et, les voilà assujettis à leur profil, à leur *image* (cfr. *supra*, page 30) sans qu'il soit possible pour eux de raconter leur histoire, qui ils sont ou qui ils voudraient être.

---

<sup>292</sup> Outils connectés, par exemple les smartphones, tablette, etc.

<sup>293</sup> M. HUNYADI, *op. cit.*, p. 118.

<sup>294</sup> *Ibid.*

<sup>295</sup> *Ibid.*, p. 121

Au fond, quel sens recouvre le « dire » de prédire, s'il n'y a plus rien à raconter ? En plus d'être contraints à ce nouvel univers numérique, les *objets connectés* étant devenus omniprésents, nous perdons également la liberté d'*être pleinement* et de s'inventer.

## **Section 4 : L'autodétermination de la personne à la lumière des pratiques de personnalisation**

### **Sous-section 1 : Le pouvoir de choisir**

Tel qu'on l'a vu dans la dernière section, il est indéniable que la liberté pour l'individu de pouvoir pleinement se déterminer est quelque peu mise à mal par le phénomène de personnalisation des contenus.

La présente sous-section ne s'intéresse pas à l'*autodétermination informationnelle* caractérisant les règles relatives à la protection des données à caractère personnel et traduisant le contrôle de personne concernée sur ses données. En l'espèce, la notion d'*autodétermination* s'apparente plus à celle que l'on retrouve en droit des personnes. À cet égard, pouvoir s'autodéterminer c'est « le pouvoir de se donner à soi-même sa propre détermination, c'est-à-dire le pouvoir de choisir, entre plusieurs options, celle qui correspond à nos aspirations personnelles »<sup>297</sup>. En outre, l'on retrouve également cette notion dans les lignes directrices Robolaw en matière de soins à la personne. Le droit à l'autodétermination se réfère alors à la possibilité pour la personne ayant besoin de soin de choisir entre les différentes options de soins personnels qui lui sont proposés (par exemple, pouvoir choisir entre *soins traditionnels* ou *soins d'assistance par robot*)<sup>298</sup>.

Adapté au contexte de la personnalisation, le pouvoir de s'autodéterminer serait alors le pouvoir de choisir entre un environnement personnalisé et un environnement non personnalisé. Cela a d'intéressant qu'en 2019, un projet de loi américain relatif au concept de *filter bubble* a été voté et ce dernier prévoit, notamment, le droit pour les utilisateurs de désactiver la personnalisation des contenus qui serait effectuée au regard de la collecte de leurs données.

---

<sup>297</sup> S.-M. FERRIE, *Le droit à l'autodétermination de la personne humaine : Essai en faveur du renouvellement des pouvoirs de la personne sur son corps*, Paris, IRJS, 2018.

<sup>298</sup> A. BENSOUSSAN, « 3. - Les droits fondamentaux » *op. cit.*, p. 447.

La sous-section suivante introduit brièvement la législation américaine précitée.

### **Sous-section 2 : The Filter Bubble Transparency Act**

Le législateur américain a entrepris, de manière explicite, une réflexion autour du concept de bulle de filtre en conférant aux utilisateurs, dans une certaine mesure, la possibilité d'en sortir.

#### **§1<sup>er</sup> : Le projet de loi**

Au vu de la collecte importante de données opérée par les plateformes en ligne afin de fournir un contenu personnalisé, le Sénat américain a introduit un projet de loi en octobre 2019. Ce projet de loi, connu sous le nom de « Filter Bubble Transparency Act », met en place une exigence de transparence pour certains grands sites en ligne quant à l'utilisation d'algorithmes pour filtrer et adapter les résultats ou le contenu qu'ils proposent en fonction, notamment, de l'historique de recherche d'un utilisateur, de ses préférences ou de sa situation géographique. En pratique, l'utilisateur devra être *informé* que le site qu'il consulte personnalise le contenu proposé sur la base de ses données et devra être en mesure de pouvoir *facilement* s'opposer à cette personnalisation en pouvant décider de la désactiver.

#### **§2 : Ses limites**

Ce projet de loi présente néanmoins des limites. Premièrement, cette loi n'a vocation à s'appliquer qu'aux grosses plateformes, c'est-à-dire à celles gagnant plus de 50 millions de dollars par an et collectant les données de plus d'un million d'utilisateurs. Pour la personnalisation des prix, différente de la personnalisation des contenus et du filtrage de l'information mais restant une forme de personnalisation quand même, on doutera de l'impact de cette mesure car dans l'immédiat, ce sont les petites plateformes qui s'essayent à l'exercice des prix personnalisés<sup>299</sup>.

Ensuite, cette obligation d'information ainsi que la possibilité pour l'utilisateur de désactiver cette personnalisation n'est d'application qu'en présence d'un filtrage réalisé au départ de données à caractère personnel que l'utilisateur n'aurait pas *explicitement* fournies

---

<sup>299</sup> A.-L. SIBONY et D. CLIFFORD, *op. cit.*, p. 262.

(« *user-supplied data* »<sup>300</sup>). À cette fin, le projet de loi se réfère au concept de « *input-transparent algorithm* » qui indique que l'exigence de transparence est rencontrée lorsque l'algorithme personnalise le contenu et/ou filtre l'information au départ de données qui ne sont pas des « *user-specific data* »<sup>301</sup> de l'utilisateur. Par exemple, si un utilisateur souhaite se faire livrer des pizzas et que l'algorithme de Google Search adapte les résultats de la recherche en fonction de la localisation de l'utilisateur, ceci sera considéré comme un « *opaque algorithm* »<sup>302</sup> au sens du projet de loi, et Google devra fournir à l'utilisateur une version de la recherche ne se basant pas sur cet « *user-specific data* » qu'est la géolocalisation (voy. annexe 2 et 2(bis)<sup>303</sup>). Cette version ainsi générée est l'« *input-transparent algorithm* ». L'utilisateur devrait, au sens de ce projet de loi, pouvoir choisir entre les deux versions ainsi proposées par Google (voy. Filter Bubble Transparency Act, pt. 17 (B), p. 8). Au contraire, la personnalisation de contenus et/ou d'information effectuée sur base des profils que nous avons décidé de suivre sur YouTube ou sur Instagram est considérée comme transparente en ce que « *the social media profiles the user follows* » sont considérés par le projet de loi comme étant un « *user-supplied data* » de l'utilisateur (voy. annexe 3 et 3(bis)<sup>304</sup>).

Outre la critique générale quant au choix d'un régime de transparence comme protection des utilisateurs – toutefois accompagnée dans ce texte d'un droit pour l'utilisateur de désactiver la personnalisation –, l'on peut reprocher également à ce projet de loi de manquer

<sup>300</sup> “shall include **data supplied** to the platform by the user that expresses the user’s desire that information be furnished to them, such as the social media profiles the user follows, the video channels the user subscribes to, or other sources of content on the platform the user follows”, Filter Bubble Transparency Act (S. 2763), projet de loi américain introduit le 31 octobre 2019 disponible en ligne sur [https://www.thune.senate.gov/public/\\_cache/files/c3a43550-7c36-4f77-b05c-d2275c0d568c/CE3DDB84DDB9284CC6D372833D039A20.filter-bubble-final.pdf](https://www.thune.senate.gov/public/_cache/files/c3a43550-7c36-4f77-b05c-d2275c0d568c/CE3DDB84DDB9284CC6D372833D039A20.filter-bubble-final.pdf) et <https://www.govtrack.us/congress/bills/116/s2763>, dernière consultation le 1<sup>er</sup> août 2020. ; L’on peut faire le lien avec la distinction vue *supra* entre profil explicite et profil prédictif avec cette notion de « *user-supplied data* », voy. la page 30 du présent travail.

<sup>301</sup> “shall include **user-supplied** search terms, filters, speech patterns (if provided for the purpose of enabling the platform to accept spoken input or selecting the language in which the user interacts with the platform), saved preferences, and the user’s current geographical location”, voy. Filter Bubble Transparency Act (S. 2763), en ligne, *op. cit.*, dernière consultation le 1<sup>er</sup> août 2020.

<sup>302</sup> “The term “opaque algorithm” means an algorithmic ranking system that determines the order or manner that information is furnished to a user on a covered internet platform based, in whole or part, on user-specific data that was not expressly provided by the user to the platform for such purpose”, voy. Filter Bubble Transparency Act (S. 2763), en ligne, *op. cit.*, dernière consultation le 1<sup>er</sup> août 2020.

<sup>303</sup> Les annexes 2 et 2(bis) montrent sur quels critères YouTube s’est basé pour lancer une publicité *personnalisée* avant le lancement de notre vidéo. La plateforme s’est notamment fondée sur notre géolocalisation et notre historique de recherche.

<sup>304</sup> L’annexe 3 montre que l’algorithme d’Instagram est en mesure d’évaluer le nombre de profils similaires auxquels l’utilisateur est abonné. L’annexe 3bis poursuit en illustrant que ce même algorithme est en mesure de personnaliser le fil d’actualité de ce même utilisateur (le flux de comptes auxquels il n’est pas abonné) en fonction des comptes suivis par ce dernier. Au regard du projet de loi américain, cette personnalisation du fil d’actualité est considérée comme transparente.

à son objectif si ce dernier est effectivement la protection des individus. En effet, au regard des développements énoncés dans la précédente section, l'on se rend bien compte que la distinction qu'opère ce projet de loi entre les différentes données ne permet pas de lutter efficacement contre la bulle de filtre et l'appauvrissement tant intellectuel que physique qu'elle génère.

## **Conclusion**

Par une analyse des prix personnalisés, cette recherche de fin d'études avait comme but de mettre en lumière l'utilisation du profilage ainsi que des techniques de personnalisation à des fins de manipulation des choix des consommateurs.

Pour y parvenir, il a d'abord été nécessaire de révéler l'interconnexion qui existait entre un concept économique et une pratique issue du big data. Dès lors, le premier chapitre s'est attelé à présenter les différentes formes de discrimination par les prix ainsi que d'exposer comment celles-ci ont pu évoluer et se complexifier grâce au profilage. Plus encore, ce premier chapitre voulait mettre en avant le problème que représente la prise de décision, telle que l'application d'un prix personnalisé, au regard d'un profil numérique. C'est notamment autour de cette dernière réflexion que s'est articulée l'ensemble de la présente recherche.

Une fois les implications du profilage et du traitement de données à caractère personnel dans la personnalisation des prix présentée, il nous a été possible d'aborder la protection du consommateur par le biais des règles sur la protection de ses données. À ce titre, le second chapitre a analysé les règles issues de Règlement Général sur la Protection des Données à caractère personnel et a illustré la manière dont le régime mis sur pied par ce Règlement est de nature à protéger le consommateur en présence de prix personnalisés. Néanmoins, après examen de ce régime de transparence fondé d'une part, sur des obligations d'information à charge du responsable du traitement et d'autre part, sur le consentement libre et éclairé du consommateur, force est de constater que ce régime manque à son objectif. À l'heure des *smart devices* et du besoin d'immédiateté qu'ils génèrent, il semble quelque peu naïf de croire que de simples obligations d'information seraient de nature à protéger le consommateur des manipulations dont il pourrait faire l'objet au moyen du profilage de ses données. Ce régime de transparence est à notre sens un outil de protection nécessaire mais insuffisant et inadapté au contexte du *e-commerce*.

Il a donc été question de savoir s'il n'y avait pas d'autres moyens de protéger le consommateur. Naturellement, le droit européen de la consommation s'est présenté comme pouvant être une source de protection complémentaire et distincte au RGPD. À cette fin, le troisième chapitre s'est concentré sur l'analyse de la Directive relative aux droits des consommateurs et de la Directive relative aux pratiques commerciales déloyales. Cependant,

il ressort des dernières modifications apportées en droit européen de la consommation que le législateur européen a, certes, reconnu l'existence des prix personnalisés mais s'est borné à l'encadrer au moyen d'un régime qu'il sait inadapté, à savoir un régime de transparence. Alors que ce régime fait l'objet de toutes les critiques, le voilà délibérément réintroduit par une Directive se targuant de moderniser les règles de l'Union en matière de protection des consommateurs.

Pour finir, la personnalisation des prix a également pu mettre en exergue le phénomène *d'hyper-personnalisation* des contenus caractérisant notre société numérique du 21<sup>e</sup> siècle. Au travers du concept de bulle filtrante, le quatrième chapitre pointe la manière dont ce phénomène, essentiellement basé sur un principe prédictif, est de nature à limiter intrinsèquement les personnes. Ce dernier chapitre propose également une réflexion autour du droit à l'autodétermination de la personne humaine dans la perspective finale de pouvoir s'opposer à ce qu'on la réduise à un simple profil numérique.

Faut-il bannir la personnalisation des prix ou de manière plus globale encore, la personnalisation des contenus, en raison des dangers qui pèsent sur les consommateurs ? Premièrement, ce serait illusoire d'imaginer un monde sans personnalisation car, bien que critiquée, ces techniques n'ont pas que des effets négatifs. Deuxièmement, ce n'est pas en bannissant ces pratiques que l'on sera en mesure de relever les défis qu'elles nous imposent, mais en décidant, enfin, d'adapter le droit au monde qui est le nôtre. Le numérique s'est lové dans les moindre recoins de nos vies et a, par la même occasion, transfiguré la société et son mode de fonctionnement. On ne peut continuer à réguler un nouveau monde au moyen d'anciennes règles que l'on sait inadaptées.

Cette recherche a également été l'occasion de prendre conscience de l'influence qu'a notre environnement sociotechnique sur nos moyens d'action, nous incitant à sombrer dans le confort plutôt que de nous confronter au monde. Dès lors, ne faudrait-il pas tabler sur ce pouvoir d'incitation pour renverser la vapeur ? Et si le législateur, au lieu de prévoir une énième obligation d'information, se décidait à revoir l'accessibilité de celle-ci en prenant, notamment parti du caractère libidineux des outils numériques ? Ainsi, l'information donnée au consommateur ne serait plus perçue comme une entrave mais attiserait sa curiosité et, *in fine*, favoriserait sa protection dans le marché.



## **Annexes**

1.

10:21



[← Mailboxes](#)

[Edit](#)

# All Inboxes

 Search

**Amazon.fr**

09:25 >

A quoi rêvent les algorithmes....

Nous avons des recommandations pour vous. Ama...

1(bis).



2.

~~11,99 € par mois~~  
**Offre étudiante à 6,99 €**

Video will play after ads

Offre destinée aux étudiants à temps plein inscrits auprès d'un établissement d'enseignement supérieur reconnu par l'État, tels que déterminés par SheerID

Ad · 1 of 2 · 0:03 ⓘ



# YouTube Premium

Ad [youtube.com/premium/...](https://youtube.com/premium/)

**S'ABONNER**

.. (partie 2)

286K views · 4 months ago



15K



146



Share



Download



Save



**Edward Sad**  
470K subscribers

**SUBSCRIBE**

## 2 (bis).

07:12

This ad is based on:

- The time of day, the website you were viewing or your general location (for example country or city).
- Google's estimation of your interests, based on your activity while you were signed in to Google (for example, your searches)
- Your activity, while you were signed in to Google
- The age you added to your Google Account
- Google's estimation of your Education Status

**Advertiser:** YouTube, Inc.  
**Location:** United States  
Learn about [Google advertiser identity verification](#)

Visit Google's [Ad Settings](#) to learn more about how ads are targeted or to opt out of personalized ads.

[CLOSE](#)

JE POS  
FRÈRE  
286K vie  
15K  
ave  
CRIBE  
déo  
Up next

WEG  
ERMEE

JAWADDE  
DADDE

MediaMarkt

NU WINKELN

3.

07:09

mercredie



1.777

Posts

28,2 k

Followers

563

Following

Priscilla Rossi | blogger

A Frenchie in #Geneva 

✨ style & natural hair blogger since 2012

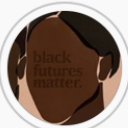
💡 strategy director

 model... more

[www.mercredie.com](http://www.mercredie.com)

Follow

Message











BLACKLIVE... BLACKLIVE... BLACKLIVE... BLACKLIVE... MATERNITÉ











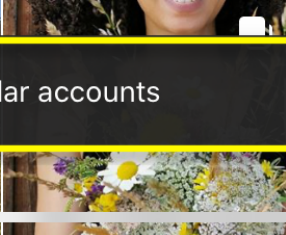










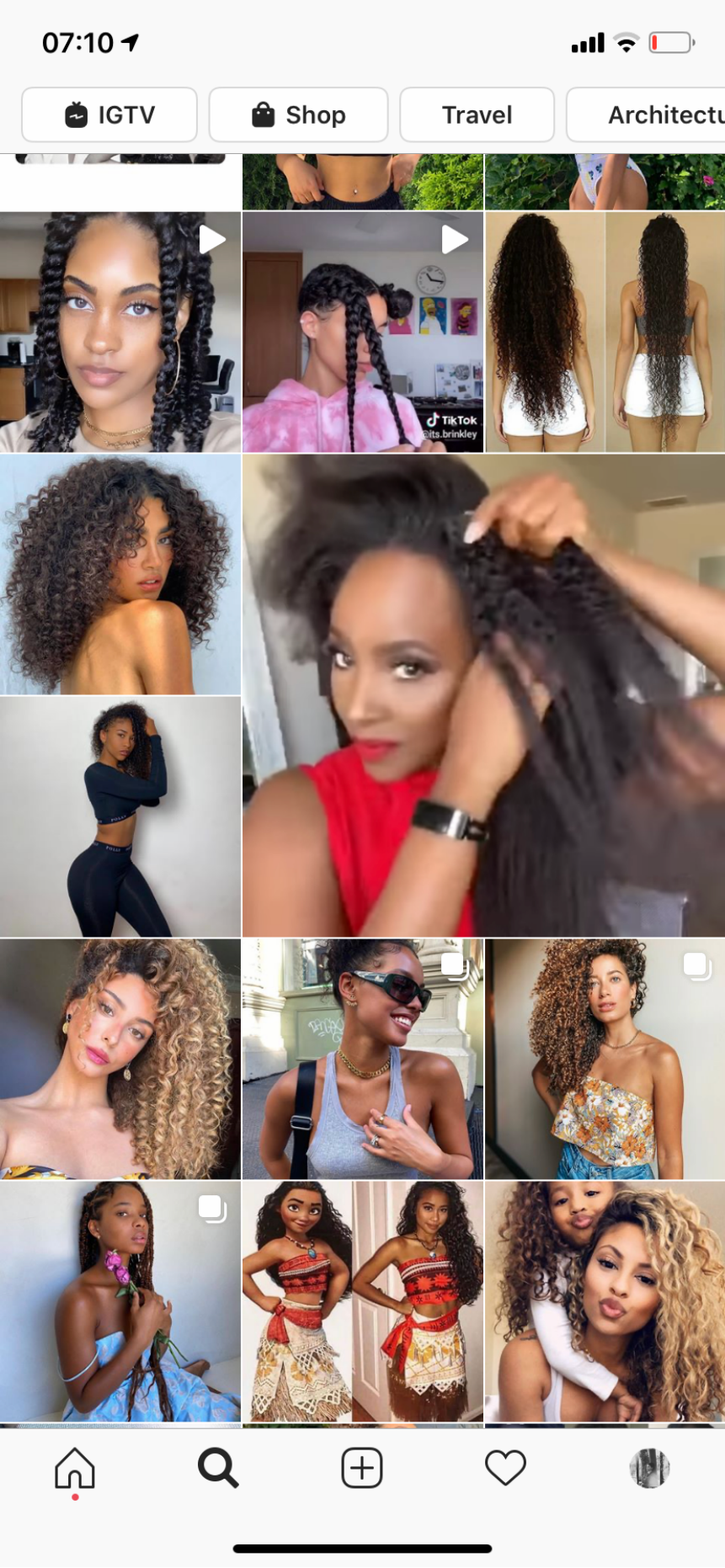




You follow 10 similar accounts

Review

3 (bis).



# **Bibliographie**

## **1. Législation**

### Étrangère

- ◇ Projet de loi américain « Filter Bubble Transparency Act », (S. 2763), introduit le 31 octobre 2019.

Disponible en ligne sur [https://www.thune.senate.gov/public/\\_cache/files/c3a43550-7c36-4f77-b05c-d2275c0d568c/CE3DDB84DDB9284CC6D372833D039A20.filter-bubble-final.pdf](https://www.thune.senate.gov/public/_cache/files/c3a43550-7c36-4f77-b05c-d2275c0d568c/CE3DDB84DDB9284CC6D372833D039A20.filter-bubble-final.pdf).

### Du Conseil de l'Europe

- ◇ Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, signée à Rome le 4 novembre 1950, entrée en vigueur le 3 septembre 1953, S.T.C.E. n°5.
- ◇ Convention pour la protection des personnes à l'égard du traitement automatisé des données à caractère personnel, signée à Strasbourg le 28 janvier 1981, entrée en vigueur le 1er octobre 1985, S.T.C.E. n°108.

### Autres documents du Conseil de l'Europe :

- ◇ Rapport du Comité consultatif de la Convention 108 sur l'Application de la Convention 108 au mécanisme de profilage, du 11 janvier 2008, Strasbourg.

### De l'Union Européenne

- ◇ Directive (UE) 2019/2161 du Parlement européen et du Conseil du 27 novembre 2019 modifiant la directive 93/13/CEE du Conseil et les directives 98/6/CE, 2005/29/CE et 2011/83/UE du Parlement européen et du Conseil en ce qui concerne une meilleure application et une modernisation des règles de l'Union en matière de protection des consommateurs.
- ◇ Directive (UE) 2011/83 du Parlement Européen et du Conseil du 25 octobre 2011 relative aux droits des consommateurs, modifiant la directive 93/13/CEE du Conseil et la directive 1999/44/CE du Parlement européen et du Conseil et abrogeant la directive 85/577/CEE du Conseil et la directive 97/7/CE du Parlement européen et du Conseil.

- ◇ Directive (CE) 2005/29 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) no 2006/2004 du Parlement européen et du Conseil, («directive sur les pratiques commerciales déloyales»).
- ◇ Directive (CE) 58/2002 du Parlement européen et du Conseil du 12 juillet 2002, concernant le traitement des données à caractère personnel et la protection de la vie privée dans le secteur des communications électroniques (directive vie privée et communications électroniques), J.O.C.E., L 201, du 31 juillet 2002.
- ◇ 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, fait à Bruxelles le 27 avril 2016, J.O.U.E., 119, le 4 mai 2016.

#### Autres documents de l'Union européenne

- ◇ Avis (UE) n° 7/2015 du Contrôleur européen de la protection des données sur les défis des données massives, 19 novembre 2015.
- ◇ Avis (UE) n° 6/2014 sur la notion d'intérêt légitime poursuivi par le responsable du traitement des données au sens de l'article 7 de la directive 95/46/CE, Commission européenne, 9 avril 2014.  
Disponible sur [http://ec.europa.eu/justice/data-protection/article-29/documentation/opinion-recommendation/files/2014/wp217\\_fr.pdf](http://ec.europa.eu/justice/data-protection/article-29/documentation/opinion-recommendation/files/2014/wp217_fr.pdf)
- ◇ Avis (UE) n° 05/2014 du « Groupe de Travail de l'Article 29 » relatif aux techniques d'anonymisation, adopté le 10 avril 2014.  
Disponible sur <https://www.dataprotection.ro/servlet/ViewDocument?id=1288>

- ◇ Avis (UE) n° 4/2007 du Groupe de Travail de l'Article 29 sur le concept de données à caractère personnel, WP 136, 20 juin 2007 (10107/05/FR) .
- ◇ Rapport de la Commission U.E., « Consumer market study on online market segmentation through personalised pricing/offers in the European Union », juin 2018.  
Disponible sur [https://ec.europa.eu/info/sites/info/files/aid\\_development\\_cooperation\\_fundamental\\_rights/aid\\_and\\_development\\_by\\_topic/documents/synthesis\\_report\\_online\\_personalisation\\_study\\_final\\_0.pdf](https://ec.europa.eu/info/sites/info/files/aid_development_cooperation_fundamental_rights/aid_and_development_by_topic/documents/synthesis_report_online_personalisation_study_final_0.pdf).
- ◇ Orientations de la Commission U.E., *Orientations concernant la mise en œuvre/l'application de la directive 2005/29/CE relative aux pratiques commerciales déloyales, accompagnant le document Communication de la Commission au Parlement européen, au Conseil, au Comité économique et social européen et au Comité des Régions, Une approche globale visant à stimuler le commerce électronique transfrontière pour les citoyens et les entreprises d'Europe*, COM(2016) 320 final.
- ◇ Lignes directrices (UE) 2016/679 du Groupe de Travail de l'Article 29 relatives à la prise de décision individuelle automatisée et au profilage aux fins du règlement (UE) 2016/679.
- ◇ Document de travail du groupe de travail de l'Article 29 sur les questions de protection des données liées à la technologie RFID (radio-identification), WP 105, 19 janvier 2005.

### Belge

- ◇ Code civil, art. 1101 et 1134.
- ◇ Code de droit économique, art. I., 1<sup>er</sup>, 2°.
- ◇ L. du 21 décembre 2013 portant insertion du titre VI " Pratiques du marché et protection du consommateur " dans le Code de droit économique et portant insertion des définitions propres au livre VI, et des dispositions d'application de la loi propres au livre VI, dans les Livres Ier et XV du Code de droit économique, *M.B.*, 30 décembre 2013, p. 103506.

## **2. Jurisprudence**

### De la Cour de Justice de l'Union européenne

- ◇ C.J.U.E., arrêt Peter Nowak/Data Protection Commissioner, C-434/16, 20 décembre 2017, ECLI:EU:C:2017:994.
- ◇ C.J.U.E., arrêt Canal Digital A/S, C-611/14, 26 octobre 2016, ECLI:EU:C:2016:800.
- ◇ C.J.C.E., arrêt Tietosuoja-valtuutettu c. Satakunnan markkinapörssi oy et Satamedia oy, C-73/07, 16 décembre 2008, ECLI:EU:C:2008:727

### De la Cour européenne des droits de l'homme

- ◇ Cour Eur. D. H., arrêt Leander c. Suède, 26 mars 1987.
- ◇ Cour Eur. D. H. (gde ch.), arrêt Satakunnan Markkinapörssi Oy and Satamedia Oy c. Finlande, 27 juin 2017.

### Autre documents de la Cour européenne des droits de l'homme

- ◇ Fiche thématique de la Cour. Eur. D. H sur la Protection données personnelles, mai 2020.  
Disponible en ligne sur [https://www.echr.coe.int/Documents/FS\\_Data\\_FRA.pdf](https://www.echr.coe.int/Documents/FS_Data_FRA.pdf).

## **3. Doctrine**

### Monographies

- ◇ CARDON D., *A quoi rêvent les algorithmes. Nos vies à l'heure du big data*, Paris, Seuil, 2015 (version e-book).
- ◇ FERRIE S-M., *Le droit à l'autodétermination de la personne humaine : Essai en faveur du renouvellement des pouvoirs de la personne sur son corps*, Paris, IRJS, 2018.
- ◇ LAMBIN J.-J et DE MOERLOOSE C., *Marketing stratégique et opérationnel : La démarche marketing dans l'économie numérique, Management Sup (Marketing – Communication)*, Dunod, Paris, 2016.

- ◇ NETTER E., « Sanction à 50 millions d’euros : au-delà de Google, la CNIL s’attaque aux politiques de confidentialité obscures et aux consentements creux », Dalloz IP/IT, 2019.
- ◇ ROOSEENDAAL A., *Digital personae and profiles in law: Protecting individuals’ rights in online contexts*, Wolf Legal Publishers, Oisterwijk, 2013.
- ◇ TUFFÉRY S., *Data mining et statistique décisionnelle. L’intelligence dans les bases de données*, éd. Technip, Paris, 2005.
- ◇ VASTEL A., LAPERDRIX P., RUDAMETKIN W., et ROUVOY R., *FP-STALKER: Tracking Browser Fingerprint Evolutions*, IEEE S&P 2018 - 39th IEEE Symposium on Security and Privacy, San Francisco, 2018.

#### Contributions à des ouvrages collectifs

- ◇ BEELEN A., « Fiche de guidance n° 1 - Le champ d’application matériel du RGPD », in *Guide pratique RGPD*, Bruxelles, Bruylant, 2018, pp. 19-23.
- ◇ BEELEN A., « Fiche de guidance n° 3 - Les principes généraux de protection des données », in *Guide pratique RGPD*, Bruxelles, Bruylant, 2018, pp. 29-34..
- ◇ BEELEN A., « Fiche de guidance n° 25 - Droit 8 : Le droit à ne pas faire l’objet d’une décision automatique, y compris le profilage », in *Guide pratique RGPD*, Bruxelles, Bruylant, 2018, pp. 173-185
- ◇ BENSOUSSAN A., « 3. - Les algorithmes prédictifs », in *IA, robots et droit*, Bruxelles, Bruylant, 2019, pp. 213-226.
- ◇ BENSOUSSAN A., « 3. - Les droits fondamentaux », in *IA, robots et droit*, Bruxelles, Bruylant, 2019, pp. 441-450.
- ◇ BINCTIN N., « Partie 2 : Créer une patrimonialité des données à droit constant », in *Rapport de Génération Libre, Mes data sont à moi, Pour une patrimonialité des données personnelles*, (Sous la direction de LÉGER L.), janvier 2018, pp. 46-100.

Disponible en ligne sur <https://static.latribune.fr/917809/rapport-donnees-generation-libre.pdf>.

- ◇ COTON F. et LIMBREE P., « 1. - Les données, des armes de déduction massive (données massives, recherche scientifique, profilage et décision automatisée à l'ère du Règlement Général sur la Protection des Données) », in *Le droit des MachinTech (FinTech, LegalTech, MedTech,...)*, Bruxelles, Larcier, 2018, pp. 9-78
- ◇ DE TERWANGNE C., « Titre 2 - Définitions clés et champ d'application du RGPD » in *Le règlement général sur la protection des données (RGPD/GDPR)*, Bruxelles, Larcier, 2018, pp. 59-84.
- ◇ DE TERWANGNE C., « La réforme de la Convention 108 du Conseil de l'Europe pour la protection des personnes à l'égard du traitement automatisé des données à caractère personnel », in *Quelle protection des données personnelles en Europe ?*, Bruxelles, Larcier, 2015, pp. 81-120.
- ◇ GROSJEAN A., « Chapitre 4 - Le profilage : un défi pour la protection des données à caractère personnel », in *Enjeux européens et mondiaux de la protection des données personnelles*, Bruxelles, Larcier, 2015, pp. 277-310.
- ◇ LANDREAU I., LÉGER L. et PEZ-PÉRARD V., « Partie 1 : Les aspects socio-économiques et éthiques des données personnelles », in *Rapport de Génération Libre, Mes data sont à moi, Pour une patrimonialité des données personnelles* (Sous la direction de LÉGER L.), janvier 2018, pp. 20-44.  
Disponible en ligne sur <https://static.latribune.fr/917809/rapport-donnees-generation-libre.pdf>.
- ◇ PAILLER L., « Chapitre 1 - L'affaiblissement de la vie privée personnelle par le réseau social », in *Les réseaux sociaux sur internet et le droit au respect de la vie privée*, Bruxelles, Larcier, 2012, pp. 109-147.

- ◇ SIBONY A.-L. et CLIFFORD D., « La personnalisation illicite - La perspective du droit européen de la consommation », in : *Florence G'sell, Le big data et le droit*, Dalloz, Paris 2020, pp. 249-272.
- ◇ TOMBAL T., « Section 8. - Droit de ne pas faire l'objet d'une décision fondée exclusivement sur un traitement automatisé (art. 22 du RGPD) » in *Le règlement général sur la protection des données (RGPD/GDPR)*, Bruxelles, Larcier, 2018, pp. 531-538.

### Périodiques

- ◇ AYADI N., PARASCHIV C. et ROUSSET X., « Tarification dynamique en ligne et éthicalité perçue par le consommateur: synthèse et voies de recherche », *Recherche et Applications en Marketing (French Edition)*, SAGE Publications, 2017, 32 (3), pp. 53-75.
- ◇ BOURREAU M. et DE STREEL A., « The Regulation of Personalised Pricing in the Digital Era », *SRN Electronic Journal*, 2018, pp. 1-16.  
Disponible sur <https://ssrn.com/abstract=3312158>.
- ◇ BOTTA M. et WIEDEMANN K., « To discriminate or not to discriminate? Personalised pricing in online markets as exploitative abuse of dominance », *European Journal of Law and Economics* (2019), décembre 2019.  
Disponible sur <https://doi.org/10.1007/s10657-019-09636-3>.
- ◇ BOZDAG E. et VANDEN HOVEN J., « Breaking the filter bubble: democracy and design », *Ethics Inf Technol* 17, 2015, pp. 249-265.  
Disponible sur <https://doi.org/10.1007/s10676-015-9380-y>.
- ◇ CLIFFORD D., GRAEF I. et VALKE, P. « 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.

- ◇ COMBE E., « Vers des prix personnalisés à l'heure du numérique ? », *Fondation pour l'innovation politique (fondapol.org)*, Paris, octobre 2019, pp. 1-65.
  
- ◇ DELFORGE A., « Comment (ré)concilier RGPD et big data ? », *R.D.T.I.*, 2018/1, n° 70, pp.15-29.
  
- ◇ DUMORTIER F. et DESCAMPS B., « Interconnexions et cybersécurité », *R.D.T.I.*, 2018/1, n° 70, p. 31-52.
  
- ◇ HELBERGER N., ZUIDERVEEN BORGESIOUS F. et REYNA A., « The Perfect Match ? A Closer Look at The Relationship Between EU Consumer Law and Data Protection Law », *Common Market Law Review*, 2017, n°5, pp. 1-28.
  
- ◇ HUNYADI M., « Du sujet de droit au sujet libidinal. L'emprise du numérique sur nos sociétés », *Esprit*, Vol. 3, mars 2019, pp. 114-128.
  
- ◇ JACQUEMIN H., « Contrats en ligne et protection du consommateur numérique », *J.T.*, 2012/40-41, n° 6500, pp. 805-809.
  
- ◇ JACQUEMIN H., « Le big data à l'épreuve des pratiques du marché et de la protection du consommateur », *R.D.T.I.*, 2018/1, n° 70, p. 75-91.
  
- ◇ LAZARO C., « Le pouvoir « divinatoire » des algorithmes : de la prédiction à la préemption du futur », *Anthropologie et sociétés*, 2018, pp. 127-150.
  
- ◇ LEFEVER, N. et POULLET Y., « Entrepôts de données et vie privée », *R.D.T.I.*, 2008/1, n° 30, pp. 7-20.
  
- ◇ MICHAÏL N., « Le domaine d'application du GDPR: de sa portée hors de l'Union à sa mise en œuvre dans l'Union », *R.D.C.-T.B.H.*, 2019/1, pp. 52-79.
  
- ◇ PONSART C. et ROBERT R., « Le règlement européen de protection des données personnelles », *J.T.*, 2018, p. 421-438.

- ◇ PUYRAIMOND J.-F., « L'intérêt légitime du responsable du traitement dans le RGPD : in cauda venenum ? », *D.C.C.R.*, 2019/1-2, n°122-123, pp. 39-77.
- ◇ SCHULTZ G., « Le contrat de vente conclu à distance au prisme des vulnérabilités du consommateur : état des lieux et évolutions européennes récentes », *D.C.C.R.*, 2020/2, p. 63-92.
- ◇ SHAPIRO C. et VARIAN H., « Information rules: a strategic guide to the network economy », in *Harvard Business School Press*, Boston, 1999, pp. 39-40
- ◇ STROWEL A., « Mutations des propriétés intellectuelles et du droit d'auteur à l'ère des données (data ownership, text and data mining, hyperlinking) », *A&M*, 2017/4, p. 319-332.
- ◇ ZOLLINGER M., « Le prix de référence interne : Existence Et Images », *Décisions Marketing*, no. 6, 1995, p. 89-101.  
Disponible sur [www.jstor.org/stable/40592511](http://www.jstor.org/stable/40592511).

#### **4. Autres sources**

##### Articles en ligne

- ◇ CHOWDHRY A., « Uber : Users Are More Likely To Pay Surge Pricing If Their Phone Battery Is Low », *Forbes*, 25 mai 2016, disponible sur <https://www.forbes.com/sites/amitchowdhry/2016/05/25/uber-low-battery/#5ad1b03674b3>.
- ◇ DE LA VIEJA A., « Personalised pricing, the future of dynamic pricing », Disponible sur <https://www.minderest.com/blog/2018/10/18/personalised-pricing-future-dynamic-pricing>.
- ◇ RAMASASTRY A., « Web sites change prices based on customers' habits », le 24 juin 2005

Disponible sur <http://edition.cnn.com/2005/LAW/06/24/ramasastry.website.prices/>.

- ◇ THIELMAN S., « Acting Federal Trade Commission head: internet of things should self-regulate », theguardian.com, 14 mars 2017,

Disponible sur [www.theguardian.com/technology/2017/mar/14/federal-trade-commission-internet-things-regulation](http://www.theguardian.com/technology/2017/mar/14/federal-trade-commission-internet-things-regulation).

### Rapports et études scientifiques

- ◇ Rapport du Bureau européen des consommateurs, « Ensuring consumer protection in the platform economy », 2018.

Disponible sur [https://www.beuc.eu/publications/beuc-x-2018-080\\_ensuring\\_consumer\\_protection\\_in\\_the\\_platform\\_economy.pdf](https://www.beuc.eu/publications/beuc-x-2018-080_ensuring_consumer_protection_in_the_platform_economy.pdf).

- ◇ Rapport du Bureau européen des consommateurs, “Automated decision making and artificial intelligence - a consumer perspective”, 2018.

Disponible sur [https://www.beuc.eu/publications/beuc-x-2018-058\\_automated\\_decision\\_making\\_and\\_artificial\\_intelligence.pdf](https://www.beuc.eu/publications/beuc-x-2018-058_automated_decision_making_and_artificial_intelligence.pdf).

- ◇ Note du Secrétariat de l’Organisation de Coopération et de Développement Économiques (OCDE), « Personalised Pricing in the Digital Era », 2018.

Disponible sur [https://one.oecd.org/document/DAF/COMP\(2018\)13/en/pdf](https://one.oecd.org/document/DAF/COMP(2018)13/en/pdf).

- ◇ M. WILD and M. THORNE, “A price of one’s own : An investigation into personalised pricing in essential markets”, Citizens advice, 2018.

Disponible sur <https://www.citizensadvice.org.uk/Global/CitizensAdvice/Consumer%20publications/A%20price%20of%20one's%20own%20final.pdf>

- ◇ CHRISTL W., “Corporate surveillance in everyday life: How companies collect, combine, analyse, trade, and use personal data on billions”, Rapport, Cracked Labs (2017), Vienne, Juin 2017.

Disponible sur [https://crackedlabs.org/dl/CrackedLabs\\_Christl\\_CorporateSurveillance.pdf](https://crackedlabs.org/dl/CrackedLabs_Christl_CorporateSurveillance.pdf).

- ◇ Rapport de la Federal Trade Commission, « Data Brokers: A Call for Transparency and Accountability », mai 2014.  
Disponible sur <https://www.ftc.gov/system/files/documents/reports/data-brokers-call-transparency-accountability-report-federal-trade-commission-may-2014/140527databrokerreport.pdf>.
- ◇ Office of Fair Trading (OFT), “Personalised pricing : increasing transparency to improve trust”, mai 2013, p.14

### Conférences

- ◇ COMBE E., Conférence SKEMA : « Des prix différenciés aux prix personnalisés », en ligne.  
Disponible sur <https://www.youtube.com/watch?v=LRvcW6xtBzU>.
- ◇ PARISER E., Conférence Ted : « Eli Pariser nous met en garde contre “les bulles de filtres” en ligne », en ligne.  
Disponible sur [https://www.ted.com/talks/eli\\_pariser\\_beware\\_online\\_filter\\_bubbles/up-next?language=fr](https://www.ted.com/talks/eli_pariser_beware_online_filter_bubbles/up-next?language=fr).

### Site internet

- ◇ Site officiel de la CNIL, « Profilage et décision entièrement automatisée », le 29 mai 2018, <https://www.cnil.fr/fr/profilage-et-decision-entierement-automatisee>.
- ◇ Site officiel de Minderest, “Personalised pricing, the future of dynamic pricing”, 2018, <https://www.minderest.com/blog/2018/10/18/personalised-pricing-future-dynamic-pricing>
- ◇ Site officiel de la CNIL, *La publicité ciblée en ligne*, communication présentée en séance plénière, le 5 février 2009, [https://www.cnil.fr/sites/default/files/typo/document/Publicite\\_Ciblee\\_rapport\\_VD.pdf](https://www.cnil.fr/sites/default/files/typo/document/Publicite_Ciblee_rapport_VD.pdf).

- ◇ Site officiel d'Uber, <https://help.uber.com/en/driving-and-delivering/article/what-is-surge?nodeId=e9375d5e-917b-4bc5-8142-23b89a440eec>.

### Divers

- ◇ BENALI H., « Analyses décisionnelles et data mining », SUPINFO Projects, Ecole Supérieure d'Informatique, Paris, 20 août 2006.
- ◇ HANSEN M., "Putting Privacy Pictograms into Practice – A European Perspective", Conference paper : Informatik 2009: Im Focus das Leben, LNI P-154, pp. 1703-1716. Köllen Verlag, Bonn (2009).  
Disponbile sur <http://subs.emis.de/LNI/Proceedings/Proceedings154/gi-proc-154-134.pdf>.

