

PUBLICITÉ CIBLÉE : VERS UN ÉQUILIBRE ENTRE INNOVATION ET RESPECT DES LIBERTÉS

Par Jean-Baptiste de Moulins d'Amieu de Beaufort et Gabriel Thill

Qui n'a jamais eu l'impression désagréable après une conversation, de voir apparaître sur son téléphone des publicités liées au propos qui viennent d'être tenus. L'on se dit alors inmanquablement "c'est sur, ils nous écoutent".

En réalité on est souvent désarçonné par la précision des publicités qui nous sont présentées, c'est le fait d'un procédé : la publicité ciblée. (1)

Intrusive pour certains, essentielle pour ceux qui l'utilisent, ce qui est sûr, c'est que la publicité ciblée est un enjeu central des droits de la consommation et de la protection des données personnelles de ces dernières années.

Ce sujet grandit peu à peu en importance, tant par l'augmentation de son utilisation par les entreprises que par la multiplication des réglementations qui l'entourent, et par conséquent, du contentieux.

La CNIL déclarait d'ailleurs que la publicité sur Internet ou en ligne est " le carburant de l'économie numérique " (2)

C'est ainsi que ces dernières années ont été le théâtre de procès très médiatisés, notamment en Europe concernant le traitement de nos données par des acteurs majeurs à l'instar récemment de META, dont le procès est toujours en cours.

Pour mieux comprendre les enjeux qui entourent le sujet, il convient de s'intéresser à ce qu'est la publicité ciblée. Pour mieux la définir, l'on se réfère à la définition qu'en donne la CNIL:

"La publicité ciblée (ou personnalisée) est une technique publicitaire qui vise à identifier les personnes individuellement afin de leur diffuser des messages publicitaires spécifiques en fonction de caractéristiques individuelles." Elle nécessite donc de connaître

la personne consultant la publicité et de disposer d'informations sur elle afin de choisir un contenu publicitaire plus pertinent pour la faire interagir, par exemple concernant l'un de ses centres d'intérêt supposés ou une intention d'achat. Pour cela, les acteurs de la publicité constituent des « profils » qui sont associés aux utilisateurs. Sur Internet, ces informations sur les intérêts de la personne sont souvent obtenues via des traceurs comme des cookies, ou bien sont achetées à des tiers. En raison de l'impossibilité de traiter toutes ces informations manuellement, la publicité ciblée est presque exclusivement "programmatische." (2) On le comprend alors par sa seule dénomination, la publicité ciblée a pour particularité de ne pas s'adresser à un public général, mais bien ciblé.

C'est donc une manière d'inciter le public à consommer un produit ou un service, tout comme la publicité qu'on qualifierait de "classique", mais les deux notions présentent d'importantes différences. La publicité classique est définie par l'Union européenne de la manière suivante : « toute forme de communication faite dans le cadre d'une activité commerciale, industrielle, artisanale ou libérale dans le but de promouvoir la fourniture de biens ou de services, y compris les biens immeubles, les droits et les obligations ». (4)



On observe donc que la publicité "classique", de manière générale, a pour objectif de pousser à la consommation les individus, sans vraiment distinguer précisément son audience. A la télévision comme dans la rue, chacun peut être confronté à une annonce publicitaire, en se sentant parfois concerné par son objet, et parfois pas du tout. Mais les progrès fulgurants de la technologie permettant des flux d'information continus (grâce à internet notamment) ont aujourd'hui changé la donne en matière de publicité, favorisant l'avènement de la publicité ciblée. Cette manière de promouvoir un produit ou un service diffère donc de celle traditionnelle en ce qu'elle permet aux annonceurs de s'adresser directement aux individus susceptibles d'être intéressés, et donc de maximiser son efficacité.

Cela se fait donc par la collecte et la revente de données, afin de frapper précisément la bonne personne, et ce, avec l'annonce la plus adéquate. Son succès est d'ailleurs notamment dû à son efficacité, puisqu'elle assure aux annonceurs un meilleur retour sur investissement.

ENJEUX ETHIQUES

Cette technique récente et efficace de traitement des données personnelles des individus à des fins publicitaires présente, avant tout défi juridique, des enjeux éthiques qui peuvent avoir tendance à diviser. Si les enjeux sont nombreux, deux d'entre eux en constituent l'épicentre : La discrimination algorithmique et l'autodétermination

Le premier terme fait référence à la situation où des systèmes informatiques automatisés prennent des décisions ou prédisent des comportements de manière biaisée, en défavorisant certains groupes ou individus en fonction de critères. Pour illustrer, un algorithme de publicité ciblée pourrait ne pas mettre en avant des offres d'emplois ou d'appartement à certaines personnes en raison d'un mauvais traitement des données.

Certaines personnes pourraient donc être discriminées par un traitement biaisé des données.

Le second terme quant à lui a une origine philosophique. En philosophie, l'autodétermination désigne la capacité d'un individu à choisir librement, sans pression extérieure. Cette notion fait aujourd'hui l'objet d'un principe en droit, celui de "l'autodétermination informationnelle." Cela signifie que les individus doivent être en mesure de décider librement de la manière dont leurs informations personnelles sont traitées.

Ainsi, la collecte massive des données personnelles semble être un obstacle à l'autodétermination. En effet, la publicité ciblée est aujourd'hui vue par beaucoup comme une manipulation des désirs de chacun, ayant pour objectif d'influencer les choix d'achats et les envies, feignant d'être spontanée tout en étant le résultat d'une analyse algorithmique des préférences personnelles. L'individu pense agir librement, mais son choix est le fruit de techniques marketing. Il n'est pas réellement autonome.

En témoigne une étude rendue par la Commission Nationale de l'Informatique et des Libertés. En juin 2022, le taux de refus de la publicité ciblée en ligne en France s'est élevé à plus de 40 %. Presque la moitié des internautes français refuse que leurs données puissent être collectées et transmises à des fins publicitaires. (6) Ce chiffre est par ailleurs à relativiser. En effet, si cela signifie que 60% des individus y adhèrent, c'est également en raison de l'asymétrie d'information en matière de publicité ciblée. Les données sont massivement collectées pour maximiser son efficacité, sans que les individus ne sachent réellement la manière dont sont utilisées ces informations.

Face à ces enjeux, différents mécanismes juridiques, certes limités, ont été instaurés pour une meilleure protection des individus en matière de collecte des données et de publicité ciblée. Cela étant dit, on observe une véritable volonté des juridictions de tendre vers une protection plus complète.

L'EXISTENCE D'UN CADRE JURIDIQUE LIMITÉ

L'établissement d'une réglementation relative à la publicité ciblée est d'origine européenne.

En effet, le RGPD, peu importe le sujet abordé, a posé comme principes directeurs le consentement explicite et éclairé des utilisateurs, la transparence sur l'utilisation des données, la minimisation des données collectées, la limitation de la durée de conservation, et la sécurisation des données.

Les articles 4 et 7 du RGPD (6) posent ainsi un principe : celui d'un consentement libre, spécifique, éclairé, univoque, et l'utilisateur doit être en mesure de le retirer, à tout moment, avec la même simplicité que lorsqu'il l'a donné.

C'est dans cet esprit que l'on applique les règles prévues par le RGPD ou transposées en droit interne pour des situations plus générales aux publicités ciblées.

On pense entre autres à la technique de l'opt in que l'on connaît plus généralement en matière de démarchage téléphonique ou par voie électronique mais qui se matérialise pour la publicité ciblée en l'acceptation des cookies et donc de l'utilisation des données. (7)

Cela dit, cette technique, peu aboutie en matière de publicité a été contrée par les opérateurs qui ont depuis fait en sorte que leur site ne soit accessible qu'en cas d'acceptation des cookies (et donc de collecte des données) par le consommateur, leur permettant de collecter ces données, et de les revendre à des fins commerciales, le plus



souvent permettant un ciblage publicitaire.

Dans ce dernier cas de figure, on peut constater une ambiguïté avec le considérant 42 du RGPD, qui éclaire l'exigence de liberté du consentement posée par son article 4, « le consentement ne devrait pas être considéré comme ayant été donné librement si la personne concernée ne dispose pas d'une véritable liberté de choix ou n'est pas en mesure de refuser ou de retirer son consentement sans subir de préjudice » (6)

Ce que cet exemple permet de mettre en exergue, c'est que si une réglementation existe, son application dans les faits met du temps à s'adapter aux constantes évolutions de la pratique.

Ces considérations nous amènent à questionner l'efficacité de la protection prodiguée par les textes aux consommateurs en matière de collecte et d'utilisation de leurs données personnelles, particulièrement en matière de publicité ciblée.

Si l'utilisation des données personnelles du consommateur en vue de les utiliser pour la pratique de la publicité pose déjà un problème en matière de consentement, une problématique relative à la vie privée existe également. En effet, des cas de collecte et utilisation de données dites sensibles ont pu être relevés (La CNIL définit les données sensibles comme des informations qui révèlent la prétendue 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.)

C'est ainsi que l'article 26.3 du Digital Services Act interdit aux fournisseurs de plateforme en ligne de présenter sur leurs interfaces des publicités ciblées utilisant les données sensibles des destinataires de ces publicités. (8)

La jurisprudence nationale a eu l'occasion de se prononcer à de très nombreuses reprises sur des cas de collecte et utilisation de données sensibles, ce qui témoigne de la sévérité des juges dans l'application de la règle, mais témoigne également d'une pratique très répandue malgré son interdiction

Cet état (non-exhaustif, loin s'en faut) des lieux, donne à voir une pratique intimement liée à des pratiques déjà cadrées telles que le consentement pour la collecte de données et l'utilisation. Seulement, si l'application d'un corps de règles général est possible à la publicité ciblée, on peut regretter que le législateur ne consacre pas un corps de règles autonome sur le sujet.

Ainsi, on est fondé à déplorer un cadre juridique incomplet donnant lieu à un contentieux très fourni que la jurisprudence peine à endiguer, cela dit, la situation permet d'envisager des axes d'améliorations et permettent d'imaginer un cadre pleinement adapté pour cadrer ces pratiques.

VERS UNE REGLEMENTATION PLUS COMPLÈTE

Afin d'assurer un meilleur respect des normes en matière de protection des données à caractère personnel à des fins de publicité ciblée, et face aux limites d'un tel encadrement, la juridiction européenne maintient l'espoir d'une meilleure transparence dans le traitement des données des individus. Pour ce faire, elle n'hésite pas à sanctionner sévèrement.

En témoigne une récente condamnation à l'encontre du groupe META par l'Union européenne. En effet, le géant mondial des réseaux sociaux a été condamné en janvier 2023 à payer une amende s'élevant à

390 millions d'euros pour violation du RGPD, exprimant qu'il se fondait sur une base juridique erronée « pour son traitement des données à caractère personnel à des fins de publicité » ciblée. (8)

On observe cette même sévérité en France, où la CNIL n'a pas hésité à infliger à Apple une amende de 8 millions d'euros, pour avoir imposé des traceurs publicitaires à ses utilisateurs sans avoir recueilli un consentement explicite. Une décision plus qu'efficace étant donné qu'Apple s'est rapidement mis en conformité, ayant eu vent de l'enquête. (9)

La Cour de Justice de l'Union Européenne interprète par ailleurs le RGPD rigoureusement pour protéger les individus d'un traitement litigieux de leurs données à des fins publicitaires. Un arrêt rendu le 4 octobre 2024 exprime que l'article 9 § 2, sous e), du RGPD doit être interprété en ce que la divulgation d'information personnelle de manière publique n'autorise pas son exploitation par une plateforme de réseau sociaux pour permettre un meilleur ciblage publicitaire. (10)(11)

Enfin, l'Union Européenne continue d'établir de nouvelles règles en la matière. Le Conseil européen a récemment introduit de nouvelles règles en matière de transparence et de

ciblage de la publicité à caractère politique, afin entre autres de permettre aux citoyens de savoir s'ils sont visés par de la publicité ciblée. (12)

Force est donc de constater que cette nouvelle manière de faire de la publicité présente bien des enjeux et des difficultés quant à son encadrement juridique, mais les divers gouvernements et juridictions, nationales comme internationales, continuent de lutter pour une protection accrue des individus en la matière.

SOURCES

1. Underscore, “Finalement, nos téléphones pourraient bel et bien nous écouter”, Youtube, 2024
- 2: CNIL, “La publicité ciblée en ligne”, 5 févr. 2009
- 3: CNIL.fr “Publicité ciblée”
- 4: Règlement n°2006/114/CE du 12 décembre 2006 en matière de publicité trompeuse et de publicité comparative
- 5: CNIL.fr “Publicité en ligne : la CNIL se prépare aux évolutions des modèles d'affaires”, 2024
- 6: 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
- 7: L. Arcelin, “Supports publicitaires”, JCL Concurrence-Consommation, Fasc. 793 : PUBLICITÉ, 2023
8. PE et Cons. UE, règl. (UE) 2022/2065, 19 oct. 2022 : JOUE n° L 277, 27 oct. 2022, et rect. 1er déc. 2023
9. Le monde, “L'Union européenne inflige 390 millions d'euros d'amendes à Meta pour violation du RGPD”, 2023
- 10 : CJUE, 4è Chambre, 4 Octobre 2024 - n° C-446/21
11. dataprotection.ie “Data Protection Commission announces conclusion of two inquiries into Meta Ireland”, 2023
12. Conseil de l'Union Européenne, “L'UE introduit de nouvelles règles en matière de transparence et de ciblage de la publicité à caractère politique”, Communiqué de presse, 2024