

# Le big data à l'épreuve des pratiques du marché et de la protection du consommateur

Hervé Jacquemin<sup>1</sup>

## INTRODUCTION

**1. Le phénomène du big data, en évolution constante.** Avec l'utilisation des technologies de l'information et de la communication, une quantité croissante de données sont produites, échangées, conservées et... exploitées, notamment à des fins commerciales.

Elles peuvent être fournies par les utilisateurs eux-mêmes ou les entreprises, volontairement ou pas, sciemment ou pas, à travers les réseaux sociaux, les sites internet transactionnels ou de partage de contenus, les jeux en ligne, etc. En réalité, toute trace laissée à l'occasion d'une activité sur l'internet ou à travers une application dédiée, sur son appareil mobile, constitue une donnée: l'historique de navigation, les pages visitées sur le site d'un marchand ou une simple recherche dans Google peuvent ainsi fournir des informations intéressantes dans le cadre du big data.

Une quantité exponentielle de données, structurées ou non, à caractère personnel ou pas, sont ainsi à la disposition des entreprises ou des autorités publiques. On parle de «big data» ou, en français, de «données massives» ou de «mégadonnées».

**2. Plan et limites de la présente contribution.** Le big data pose de nombreuses questions sur le plan juridique. Dans la présente contribution, on se limite toutefois à l'examen

des règles applicables en matière de pratiques du marché et de protection du consommateur.

Après une brève présentation du phénomène, et de ses enjeux<sup>2 3</sup> (I), on analyse les règles – en vigueur ou en projet – dont les données peuvent faire l'objet, de manière spécifique, en droit de la consommation (II). On se penche ensuite sur la sanction de certaines pratiques fondées sur le big data, par les règles interdi-

<sup>2</sup> Pour une description du phénomène et de ses principales caractéristiques, voy. V. MAYER-SCHÖNBERGER et K. CUKIER, *Big Data – La révolution des données est en marche*, Paris, Éd. Robert Laffont, 2014; A. LATREILLE et C. ZOLYNSKY, «Séance 4: nouvelles pratiques: faut-il de nouvelles protections?», *La proposition de règlement européen relatif aux données à caractère personnel: propositions du réseau Trans Europe Expert*, Paris, Société de Législation comparée, 2014, pp. 262 et s.; M. MAIRLOT, «Big data et vie privée: mariage possible?», *Dr. Banc. Fin.*, 2015/VI, p. 446; A. GROSJEAN, «Le profilage: un défi pour la protection des données à caractère personnel», *Enjeux européens et mondiaux de la protection des données personnelles*, Bruxelles, Larcier, 2015, n°s 17 et s.; P. DE FILIPPI, «Gouvernance algorithmique: vie privée et autonomie individuelle à l'ère des Big Data», *Open Data & Big Data – Nouveaux défis pour la vie privée*, Paris, Mare & Martin, 2016, pp. 99 et s.; E. LUTS, «Big data in de financiële sector», *Rev. Banc. Fin.*, 2016/2, pp. 123 et s. Voy. aussi Groupe 29, «Opinion 03/2013 on purpose limitation», WP203, 2 avril 2013, p. 35 et pp. 45 et s.; A. ROUVROY, «Des données et des hommes – Droits et libertés fondamentaux dans un monde de données massives», rapport rédigé pour le Conseil de l'Europe, 11 janvier 2016, T-PD-DUR(2015)09REV.

<sup>3</sup> Ces considérations introductives sont principalement tirées de l'analyse que nous avons rédigée dans H. JACQUEMIN et J.-M. VAN GYSEGHEM, «Le big data en matière d'assurance à l'épreuve du RGPD», *Bull. Ass.*, dossier 2017, *Data Protection: l'impact du GDPR en assurances*, pp. 233-260.

<sup>1</sup> Chargé de cours à l'Université de Namur (CRIDS). Avocat au barreau de Bruxelles.



sant les pratiques déloyales à l'égard des entreprises et des consommateurs (III).

## I. PRÉSENTATION DU PHÉNOMÈNE ET DES PRINCIPAUX ENJEUX JURIDIQUES

### 3. Éléments caractéristiques du big data.

Le phénomène est rendu possible grâce aux capacités de stockage en augmentation constante, notamment dans le Cloud, et aux infrastructures techniques permettant d'échanger les données rapidement et en grand volume.

Ce volume considérable tend à s'accroître davantage encore grâce aux données collectées par les objets connectés – on parle d'internet des objets ou IoT<sup>4</sup> – qui se multiplient, et qui fournissent, souvent en temps réel, des informations nombreuses et variées, par exemple en termes de géolocalisation: on pense par exemple aux montres connectées, aux applications de domotique ou aux véhicules automobiles.

Enfin, l'existence de données publiques – *open data* – mises à la disposition de tous est une autre explication du succès des big data.

Ce volume considérable de données ne présente de l'intérêt que s'il est possible de l'analyser efficacement, pour en tirer des enseignements utiles, notamment en termes prédictifs. Comme certains l'indiquent pertinemment, il s'agit de «laisser parler les données»<sup>5</sup>. Précisément, les progrès tech-

niques permettent d'atteindre cet objectif, au moyen d'algorithmes de plus en plus sophistiqués, qui livrent des résultats généraux (en identifiant certaines tendances sur le marché, par exemple), ou plus précis (en procédant par exemple au profilage des personnes, de manière à leur appliquer des décisions automatisées). Comme l'a écrit le Contrôleur européen de la protection des données, «l'une des utilisations potentiellement les plus importantes des données massives est de prédire ce qui va probablement se produire, mais ne s'est pas encore produit, et ce que nous allons probablement faire, mais n'avons pas encore fait»<sup>6</sup>. Les progrès de l'intelligence artificielle, qui permet de traiter les données de manière automatisée, voire autonome, sans intervention humaine systématique, sont ainsi étroitement liés au big data<sup>7</sup>.

Pour circonscrire et expliquer le phénomène du big data, on fait traditionnellement référence aux trois V<sup>8</sup>. Ils désignent le Volume massif de données – et en croissance exponentielle – à la disposition de certaines entreprises;

protections?», *La proposition de règlement européen relatif aux données à caractère personnel: propositions du réseau Trans Europe Expert*, Paris, Société de Législation comparée, 2014, p. 265.

<sup>6</sup> EDPS, «Relever les défis des données massives», Avis n° 7/2015, 19 novembre 2015, p. 9.

<sup>7</sup> Voy. à ce sujet A. ROUVROY, «La robotisation de la vie ou la tentation de l'inséparation», *L'intelligence artificielle et le droit*, Coll. CRIDS, n° 41, Bruxelles, Larcier, 2017, pp. 22 et s.

<sup>8</sup> P. DE FILIPPI, «Gouvernance algorithmique: vie privée et autonomie individuelle à l'ère des Big Data», *Open Data & Big Data – Nouveaux défis pour la vie privée*, Paris, Mare & Martin, 2016, pp. 99 et s.; A. LATREILLE et C. ZOLYNSKY, «Séance 4: nouvelles pratiques: faut-il de nouvelles protections?», *La proposition de règlement européen relatif aux données à caractère personnel: propositions du réseau Trans Europe Expert*, Paris, Société de Législation comparée, 2014, p. 263; C. BRION, H. WAEM et Y. HENDRICKS, «The Big Cloud of Things is watching you: le droit de la vie privée et l'internet des objets», *La révolution digitale et les start-ups*, Bruxelles, Larcier, 2016, pp. 233-234.

<sup>4</sup> Voy. à ce sujet Groupe 29, «Avis 8/2014 sur les récentes évolutions relatives à l'internet des objets», WP223, 16 septembre 2014; C. BRION, H. WAEM et Y. HENDRICKS, «The Big Cloud of Things is watching you: le droit de la vie privée et l'internet des objets», *La révolution digitale et les start-ups*, Bruxelles, Larcier, 2016, pp. 213 et s.

<sup>5</sup> V. MAYER-SCHÖNBERGER et K. CUKIER, *Big Data – La révolution des données est en marche*, Paris, Éd. Robert Laffont, 2014, pp. 14 et s.; A. LATREILLE et C. ZOLYNSKY, «Séance 4: nouvelles pratiques: faut-il de nouvelles



leur Variété, puisqu'il peut s'agir de données à caractère personnel ou d'autres catégories d'informations, structurées ou pas, et sous des formats divers (texte, image, son, etc.) et la Vitesse à laquelle il est maintenant possible de les collecter et de les traiter, en temps réel dans certains cas.

On pourrait y ajouter un V supplémentaire, relatif à la Valeur de ces données<sup>9</sup>, spécialement s'il s'agit de données à caractère personnel<sup>10</sup>. Elles constituent d'ailleurs l'un des éléments-clés de notre économie numérique, au point que l'on peut parler d'«économie de la donnée».

#### 4. Perspectives ouvertes par le big data.

Dans de nombreux secteurs d'activités (grande distribution, crédit, assurance, etc.), les entreprises sont soucieuses de tirer le meilleur parti des données à leur disposition. Nombre d'entre elles disposent déjà, en interne, d'un volume important de données, qui peut leur être utile moyennant l'application d'algorithmes correctement configurés. Elles sont en outre intéressées d'enrichir cette base de données, à l'aide de données disponibles librement et publiquement, de données acquises auprès de tiers, ou d'objets connectés utilisés par les personnes concernées.

D'un point de vue marketing, on comprend sans peine l'opportunité d'anticiper, en termes prédictifs, les attentes du marché pour proposer rapidement – et si possible avant les concurrents – des produits qui répondent

adéquatement aux besoins des prospects ou des clients. De même, en combinant les informations recueillies au moyen de cookies installés sur les terminaux des consommateurs, avec d'autres informations les concernant, des publicités ciblées et personnalisées peuvent leur être envoyées.

Avant de conclure un contrat avec un preneur, la compagnie d'assurance souhaite disposer d'autant d'informations que possible, pour évaluer le risque au mieux (et refuser, le cas échéant, de le couvrir) et calculer la tarification. La compagnie pourrait ainsi être intéressée de connaître l'état de santé de son assuré, avant de le couvrir en vie ou en soins de santé, par exemple au moyen des données pertinentes collectées – volontairement ou à son insu – par son smartphone ou sa montre intelligente. Le big data pourrait d'ailleurs permettre d'identifier les risques de santé, sans collecter, en tant que telles, ces données (par le biais d'une prise de sang, par exemple): un modèle prédictif a ainsi été élaboré pour identifier les personnes présentant un plus grand risque d'être victimes d'hypertension artérielle ou de diabète. Il se base sur des données «concernant le style de vie et comparant des centaines de variables relatives aux loisirs, à la visite de tel ou tel site Web, au nombre d'heures passées devant la télévision ainsi que l'estimation du revenu»<sup>11</sup>. C'est dans ce contexte également que l'expérience «*pay how you drive*», commence à être testée et diffusée: il s'agit plus précisément de calculer la prime de l'assuré en fonction de la conduite de l'assuré, dont tous les paramètres sont précisément collectés et analysés au moyen d'objets connectés présents dans le véhicule. On bascule ainsi d'un modèle qui se nourrit des informations générales transmises par l'assuré, et complété par des statistiques, à

<sup>9</sup> A. LATREILLE et C. ZOLYNSKY, «Séance 4: nouvelles pratiques: faut-il de nouvelles protections?», *La proposition de règlement européen relatif aux données à caractère personnel: propositions du réseau Trans Europe Expert*, Paris, Société de Législation comparée, 2014, p. 263.

<sup>10</sup> Nous reviendrons sur cette caractéristique par la suite, en analysant les propositions récentes de la Commission UE en matière de contenus numériques et de services numériques (*infra*, n° 10).

<sup>11</sup> V. MAYER-SCHÖNBERGER et K. CUKIER, *Big Data – La révolution des données est en marche*, Paris, Éd. Robert Laffont, 2014, p. 73.



un examen en temps réel (ou presque) extrêmement précis, qui permet d'individualiser la prime pour chacun. Pour de jeunes « bons » conducteurs, cela permet d'obtenir une réduction des primes.

Le secteur du crédit est également intéressé d'évaluer la solvabilité des emprunteurs potentiels en se fondant sur les données dont les prêteurs disposent déjà, de préférence enrichies d'informations complémentaires tirées du big data. Dans le domaine du crédit hypothécaire, par exemple, l'article VII.133 du Code de droit économique énonce que « le prêteur procède, avant la conclusion du contrat de crédit, à l'évaluation rigoureuse de la solvabilité du consommateur et vérifie que le consommateur sera à même de respecter ses obligations de remboursement. Il procède également à l'évaluation de la solvabilité des personnes qui ont constitué une sûreté personnelle. L'évaluation de la solvabilité s'effectue sur la base d'informations nécessaires, suffisantes et proportionnées relatives aux revenus et dépenses du consommateur ainsi que d'autres critères économiques et financiers. Ces informations sont obtenues par le prêteur auprès de sources internes ou externes pertinentes, y compris auprès du consommateur, et comprennent notamment les informations fournies à l'intermédiaire de crédit au cours de la procédure de demande de crédit ».

Des algorithmes sophistiqués peuvent également faciliter l'identification des fraudes commises par certains assurés ou contribuables.

En définitive, les potentialités offertes par le big data sont extrêmement nombreuses, et devraient d'ailleurs se multiplier à l'avenir, à mesure que la masse de données augmente, ainsi que l'efficacité de algorithmes chargés de les « faire parler ».

**5. Risques et enjeux du big data.** Le big data présente des avantages indéniables, à titre individuel et collectif: on pense aux progrès susceptibles d'être engrangés dans le domaine de la recherche médicale, de la prévention de certaines épidémies ou de catastrophes naturelles, ainsi qu'en matière de la détection des fraudes<sup>12</sup>.

Malheureusement, ces forces sont souvent éclipsées par les risques posés par le big data. Lorsque des données à caractère personnel sont concernées (ce qui sera souvent le cas), on peut en effet craindre que le traitement réalisé porte atteinte à la vie privée des individus<sup>13</sup> et que des choix discriminatoires, illégitimes ou injustes soient faits sur cette base. Ce sera plus particulièrement le cas lorsque des décisions sont prises, en termes d'octroi d'un crédit ou de calcul des primes d'assurance, sur la base des informations tirées des big data analysées. On peut craindre que certaines personnes soient finalement exclues du marché normal du crédit, ou doivent payer des primes particulièrement élevées.

Le risque existe également d'un certain conformisme, auquel les personnes pourraient être tentées de se soumettre, pour être en phase

<sup>12</sup> Voy. not. la Communication de la Commission au Parlement européen, au Conseil, au Comité économique et social européen et au Comité des régions, «Vers une économie de la donnée prospère», COM(2014) 442 final.

<sup>13</sup> Pointant certains risques du big data en termes de vie privée et de traitement des données à caractère personnel, voy. M. MAILOT, «Big Data et vie privée: mariage possible?», *Dr. Banc. Fin.*, 2015/VI, pp. 448 et s.; P. DE FILIPPI, «Gouvernance algorithmique: vie privée et autonomie individuelle à l'ère des Big Data», *Open Data & Big Data – Nouveaux défis pour la vie privée*, Paris, Mare & Martin, 2016, pp. 104 et s.; L. MERLAND, «L'identité civile des personnes: "Is big data beautiful?"», *R.L.D.I.*, 2015/121, pp. 37 et s. Voy. aussi Groupe 29, «Opinion 03/2013 on purpose limitation», WP203, 2 avril 2013, p. 35 et pp. 45 et s.; EDPS, «Relever les défis des données massives», Avis n° 7/2015, 19 novembre 2015, pp. 8 et s.



avec les critères dégagés d'une analyse big data (correspondant par exemple à ce que fait le plus grand nombre et qu'un algorithme a désigné comme étant la norme à suivre) et, ainsi, bénéficier de conditions tarifaires plus réduites<sup>14</sup>. Ce faisant, on brise les velléités d'innovation ou de choix différents, guidés par la liberté individuelle et le libre arbitre et qui pourraient pourtant être sources de progrès.

De manière plus générale, le big data pose d'évidentes questions de nature philosophique ou éthique, puisqu'on accepte désormais d'être gouverné par les données et les algorithmes chargés de leur donner sens. Dans la présente contribution, il nous est malheureusement difficile de développer ce point.

**6. Enjeux juridiques du big data.** La présente contribution examine le big data sous l'angle des pratiques du marché et de la protection du consommateur.

Le phénomène pose, à l'évidence, de nombreuses autres questions, spécialement en matière de protection des données, de propriété intellectuelle ou de droit des obligations (responsabilité et contrat). À ce propos, nous renvoyons aux autres contributions du présent numéro de la *Revue*.

Des dispositions légales ou réglementaires particulières doivent en effet être respectées en amont, au moment de collecter les données et de les traiter en vue de leur donner un sens, et en aval, pour lancer une campagne de marke-

ting ciblée, fixer le prix d'un produit ou définir des conditions contractuelles spécifiques.

La violation de ces règles n'est pas sans conséquence, au moment d'appliquer le droit des pratiques du marché : comme on le verra (*infra*, n°s 12 et s.), la violation des principes posés par le Règlement général de protection des données<sup>15</sup> (ci-après, «RGPD») peut en effet constituer une pratique interdite au sens du livre VI du Code de droit économique. Tel peut par exemple être le cas lorsque les principes de limitation des finalités, de minimisation des données, ou de limitation de la conservation sont méconnus<sup>16</sup>. On songe également aux obligations de transparence à l'égard de la personne concernée, ainsi qu'au droit qui lui est octroyé par l'article 22 du RGPD, 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 ». Des données traitées dans un contexte de big data peuvent par ailleurs être collectées au moyen de cookies installés sur les appareils des utilisateurs. Sur ce point, il faudra avoir égard aux exigences spécifiques, figurant à l'article 129 de la loi du

<sup>14</sup> Voy. en ce sens EDPS, «Relever les défis des données massives», Avis n° 7/2015, 19 novembre 2015, p. 10 : «la nécessité d'obtenir un prêt ou une couverture d'assurance pourrait pousser ou contraindre des individus à éviter le contact avec certaines personnes ou entreprises ou à visiter des quartiers où les taux de criminalité sont élevés de la même manière que des personnes sont incitées à installer des "boîtes noires" qui permettent à un responsable de traitement externe de les contrôler pendant qu'elles conduisent».

<sup>15</sup> 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 (règlement général sur la protection des données), *J.O.*, L 119 du 4 mai 2016. Pour une première analyse du règlement, voy. C. DE TERWANGNE, K. ROSIER et B. LOSDYCK, «Lignes de force du nouveau règlement relatif à la protection des données à caractère personnel», *R.D.T.I.*, 2016/62, pp. 5 et s.; E. DEGRAVE, «La protection des données à caractère personnel enfin réformée», *J.D.E.*, 2016, pp. 136 et s. Voy. également le commentaire article par article réalisé par Th. LÉONARD et D. CHAUMONT et disponible sur le site [www.GDPR-expert.eu](http://www.GDPR-expert.eu).

<sup>16</sup> *Cfr* art. 5 du RGPD. On comprend immédiatement qu'une logique big data est *a priori* peu compatible avec ces principes.





13 juin 2005 relative aux communications électroniques.

En aval également, il échet d'appliquer les normes en vigueur dans le domaine de la publicité et du marketing<sup>17</sup>, de la segmentation en assurances, du devoir d'investigation du prêteur en droit du crédit à la consommation ou hypothécaire, etc.

## II. LES DONNÉES, NOUVEL OBJET DU DROIT DE LA CONSOMMATION

**7. Vers une économie de la donnée.** Avec le développement des technologies de l'information et de la communication ou, suivant la terminologie désormais plus répandue, du « numérique », le législateur est intervenu à diverses reprises en vue d'encadrer les échanges noués à distance et par voie électronique, de manière à protéger les parties des risques engendrés par ce mode spécifique de contracter, tout en levant les obstacles formels posés par la dématérialisation des procédures.

Parallèlement, le numérique est également devenu un objet du contrat, peu importe, par ailleurs, le mode de conclusion de la convention. Aux catégories traditionnelles de « produits », « biens » et « services », la notion de « contenu numérique » a été introduite, à l'initiative du législateur européen<sup>18</sup>.

Après un bref rappel des règles actuellement applicables aux contenus numériques<sup>19</sup> (A), on se penche sur les projets actuellement en discussion en droit de l'Union (B), et qui posent d'intéressantes questions en matière de big data, puisqu'ils sont susceptibles de renforcer les obligations des entreprises à l'occasion des traitements de données, en complément aux exigences prévues, par ailleurs, par le RGPD.

### A. Régime en vigueur – Une protection limitée des contenus numériques

**8. Notion de contenu numérique.** La notion de « contenu numérique », utilisée dans le livre VI du Code de droit économique, vise les « données produites et fournies sous forme numérique »<sup>20</sup>. La définition est particulièrement large. Il doit d'abord s'agir de « données ». Le dictionnaire *Larousse* définit notamment la « donnée » comme « la représentation conventionnelle d'une information en vue de son traitement informatique ». Quant à l'adjectif « numérique », il renvoie à ce qui se fait avec des nombres même si, plus récemment, le « numérique » désigne plus largement ce qui a trait aux technologies de l'information et de la communication. Sans prétendre à l'exhaustivité, il peut ainsi s'agir de texte, de son, d'image, de vidéo ou d'un logiciel, pour autant que dans le langage informatique, il se matérialise, concrètement, en une suite numérique de 0 et de 1, en hexadécimal (de manière à pouvoir être lu par un ordinateur ou un appareil mobile).

Des exemples sont donnés au considérant n° 19 de cette directive, et sont par ailleurs repris dans les travaux préparatoires de la loi

<sup>17</sup> On pense par exemple à l'interdiction des courriers électroniques publicitaires non sollicités (art. XII.13 du C.D.E.) ou, de manière générale, aux communications non souhaitées (art. VI.110 et s. du C.D.E.).

<sup>18</sup> Les dispositions applicables en matière de contenus numériques ont en effet été introduites pour transposer la directive 2011/83/UE sur les droits des consommateurs (directive 2011/83/UE 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, *J.O.*, L 304 du 22 novembre 2011).

<sup>19</sup> À ce sujet, voy. H. JACQUEMIN, « La protection du consommateur de contenus numériques », *D.C.C.R.*, 2015/108-109, pp. 5-33.

<sup>20</sup> Art. I.8, 32°, du C.D.E.



belge<sup>21</sup>. Sont ainsi visés « les programmes informatiques, les applications, les jeux, la musique, les vidéos ou les textes, que l'accès à ces données ait lieu au moyen du téléchargement ou du streaming, depuis un support matériel ou par tout autre moyen ».

**9. Régime de protection applicable au contenu numérique.** Deux mesures de protection sont introduites pour protéger le consommateur de contenus numériques.

Le législateur impose d'abord à l'entreprise une obligation spécifique d'information, en matière de contrats à distance<sup>22</sup>, de contrats hors établissement<sup>23</sup> et, de manière générale, pour tout autre contrat que ceux-ci<sup>24</sup>.

L'information porte sur les « fonctionnalités du contenu numérique, y compris les mesures de protection technique applicables ». Suivant le contenu concerné, les fonctionnalités peuvent viser la langue de celui-ci, la manière de le fournir au consommateur (par *streaming*, téléchargement, etc.), la durée (pour un film par exemple), la taille (pour des fichiers) ou toute limitation concernant l'utilisation (avec l'exigence de paiements additionnels pour bénéficier d'éléments du contenu, par exemple)<sup>25</sup>. L'information concerne également « toute interopérabilité pertinente du contenu numérique avec certains matériels ou logiciels et autres services dont l'entreprise a ou devrait

raisonnablement avoir connaissance ». Sur ce point, le considérant n° 19 de la directive sur les droits des consommateurs indique qu'« on entend les informations relatives au matériel standard et à l'environnement logiciel avec lesquelles le contenu numérique est compatible, par exemple le système d'exploitation, la version nécessaire et certaines caractéristiques de matériel »<sup>26</sup>.

L'autre mesure de protection concerne uniquement les contenus numériques fournis à l'occasion d'un contrat à distance ou hors établissement. Une distinction est ainsi faite entre le contenu numérique fourni sur un support matériel (un DVD, par exemple) et le contenu numérique non fourni sur un support matériel (dans le cadre d'un téléchargement, par exemple). Dans cette dernière hypothèse, aucun droit de rétractation n'est octroyé au consommateur « si l'exécution a commencé avec l'accord préalable exprès du consommateur, lequel a également reconnu qu'il perdra ainsi son droit de rétractation »<sup>27</sup>. En pratique, l'hypothèse sera normalement rencontrée – le consommateur acceptant rarement de patienter 14 jours avant d'obtenir le contenu numérique –; aussi le législateur veille-t-il à informer le consommateur de l'absence de tout droit de rétractation, tout en sanctionnant le non-respect de cette exigence en déclarant que le consommateur ne sera redevable d'aucun coût lorsque « a) le consommateur n'a pas donné son accord préalable exprès pour que l'exécution commence avant la fin du délai de 14 jours visé à l'article VI.47; ou b) le consommateur n'a pas reconnu perdre son

<sup>21</sup> *Doc. parl.*, Ch. repr., sess. ord. 2012-2013, n° 3018/001, p. 16.

<sup>22</sup> Art. VI.45, 18° et 19°, du C.D.E.

<sup>23</sup> Art. VI.67, 17° et 18°, du C.D.E.

<sup>24</sup> Art. VI.2, 8° et 9°, du C.D.E.

<sup>25</sup> À ce sujet, voy. Commission UE, *DG Justice Guidance document concerning Directive 2011/83/EU of the European Parliament and of the Council of 25 October 2011 on consumer rights, amending Council Directive 93/13/EEC and Directive 1999/44/EC of the European Parliament and of the Council and repealing Council Directive 85/577/EEC and Directive 97/7/EC of the European Parliament and of the Council*, Juin 2014, disponible sur [http://ec.europa.eu/justice/consumer-marketing/files/crd\\_guidance\\_en.pdf](http://ec.europa.eu/justice/consumer-marketing/files/crd_guidance_en.pdf), pp. 67-68.

<sup>26</sup> On peut aussi mentionner les travaux préparatoires de la loi belge, qui indiquent qu'« on vise ici l'information à fournir au consommateur concernant, par exemple, la compatibilité entre des programmes et des logiciels; l'utilisation exclusive de tel logiciel pour faire fonctionner le programme, etc. » (*Doc. parl.*, Ch. repr., sess. ord. 2012-2013, n° 3018/001, p. 34).

<sup>27</sup> Art. VI.53, 13°, du C.D.E.



droit de rétractation en donnant son accord; ou c) l'entreprise a omis de fournir une confirmation conformément à l'article VI.46, § 7»<sup>28</sup>.

## B. Aperçu des projets actuellement en discussion en droit de l'Union

**10. Propositions de la Commission UE.** De nombreuses propositions ont été introduites par la Commission européenne, dans le cadre de sa Stratégie pour un marché unique numérique<sup>29</sup>. Plusieurs d'entre elles portent sur les contenus numériques (ou, de manière générale, sur les données comme objet du droit de la consommation).

Fin 2015, elle a ainsi déposé une proposition de directive en matière de contrats portant sur la fourniture de contenus numériques<sup>30</sup>. Elle est toujours en cours de discussion.

Le 11 avril 2018, un *New Deal* pour les consommateurs a également été présenté par la Commission<sup>31</sup>. Sur le plan normatif, deux propositions de directives sont déposées dans la foulée. L'une d'elles modifie plusieurs directives en vue de renforcer la protection du consommateur numérique (ci-après, la proposition de directive du 11 avril 2018)<sup>32</sup>.

**11. Nouvelles notions.** Dans la proposition de directive du 11 avril 2018, la définition du «contenu numérique» est revue<sup>33</sup> et trois nouvelles notions sont introduites dans la directive 2011/83/UE, tout en recevant une acception spécifique: «le contrat de fourniture de contenu numérique non fourni sur un support matériel»<sup>34</sup>, le «service numérique»<sup>35</sup>

règles de protection des consommateurs dans l'UE, COM(2018) 185 final.

<sup>33</sup> Nouvel art. 2, 11°, de la directive 2011/83/UE: «des données produites et fournies sous forme numérique, y compris des fichiers vidéo, des fichiers audio, des applications, des jeux numériques et tout autre logiciel».

<sup>34</sup> Nouvel art. 2, 16°, de la directive 2011/83/UE: «tout contrat en vertu duquel un professionnel fournit ou s'engage à fournir un contenu numérique spécifique au consommateur, et le consommateur paie ou s'engage à payer le prix de celui-ci. Sont également inclus les contrats en vertu desquels le consommateur fournit ou s'engage à fournir des données à caractère personnel au professionnel, sauf si les données à caractère personnel fournies par le consommateur sont exclusivement traitées par le professionnel afin de fournir le contenu numérique ou de lui permettre de respecter les exigences légales qui lui incombent, pour autant qu'il ne traite pas ces données à une autre fin».

<sup>35</sup> Nouvel art. 2, 17°, de la directive 2011/83/UE: «a) tout service permettant au consommateur de créer, traiter ou stocker des données sous forme numérique ou d'y accéder; ou b) tout service permettant le partage de données sous forme numérique fournies en téléchargement ou créées par le consommateur et d'autres utilisateurs de ce service ou permettant toute autre interaction avec ces données, y compris le partage vidéo et audio, et d'autres formes d'hébergement de fichiers, les traitements de textes ou les jeux proposés dans le nuage et les réseaux sociaux». À cet égard, voy. aussi le considérant n° 21 de la proposition de directive: «les services numériques se caractérisent par une implication continue du professionnel pendant toute la durée du contrat pour permettre au consommateur d'utiliser le service, par exemple la création, le traitement, le stockage et le partage de données sous forme numérique ou l'accès à celles-ci. Des contrats d'abonnement à des plateformes de contenus, des services de stockage dans le nuage, des messageries web, des réseaux sociaux et des applications dans le nuage sont autant d'exemples de services numériques».

<sup>28</sup> Art. VI.51, § 4, 2°, du C.D.E.

<sup>29</sup> COM(2015) 192 final.

<sup>30</sup> Proposition de directive du Parlement européen et du Conseil concernant certains aspects des contrats de fourniture de contenus numériques, COM(2015) 634 final. À ce sujet, voy. E. TERRY, «[Actualiteit] Voorstellen voor nieuwe richtlijnen voor digitale overeenkomsten en online verkoop in de EU», *D.C.C.R.*, 2016/110, pp. 77-78.

<sup>31</sup> Communication de la Commission au Parlement européen, au Conseil et au Comité économique et social européen, «Une nouvelle donne pour les consommateurs», COM(2018) 183 final.

<sup>32</sup> Proposition de directive du Parlement européen et du Conseil modifiant la directive 93/13/CEE du Conseil du 5 avril 1993, la directive 98/6/CE du Parlement européen et du Conseil, la directive 2005/29/CE du Parlement européen et du Conseil et la directive 2011/83/UE du Parlement européen et du Conseil concernant une meilleure application et une modernisation des





et le « contrat de service numérique »<sup>36</sup>. La proposition de directive en matière de contrats portant sur la fourniture de contenus numériques contenait également une nouvelle définition du « contenu numérique », plus détaillée que celle actuellement applicable.

Dans le contexte du big data, ces définitions sont intéressantes à plusieurs égards. Une distinction est ainsi faite entre les contenus et les services numériques, de manière à éviter que de nombreux services fournis en ligne échappent aux obligations prescrites par la directive 2011/83/UE, sous prétexte qu'il ne s'agirait pas de « contenus » numériques. Sauf exception, les contrats portant sur les contenus ou les services numériques peuvent également bénéficier des mesures de protection lorsque le consommateur fournit des données à caractère personnel au professionnel, sans autre contrepartie pécuniaire. Le prestataire devra donc respecter les mesures de protection mises en place, s'il souhaite exploiter ces données dans une perspective big data.

## 12. Nouvelles mesures de protection.

La proposition de directive du 11 avril 2018 modifie la directive 2011/83/UE, de sorte que l'obligation d'information sur les fonctionnalités et l'interopérabilité des contenus numériques s'applique également aux services numériques<sup>37</sup>. Sans doute peut-on regretter

que le terme « fonctionnalités » ne soit davantage explicité : on peut en effet se demander s'il vise également – avec une obligation d'information corrélative – l'utilisation des données collectées dans un environnement big data (en amont) ou le recours à des traitements fondés sur le big data pour proposer des publicités personnalisées ou fixer certains prix (en aval).

La proposition de directive de décembre 2015 sur les contrats portant sur la fourniture de contenus numériques est, en ce sens, nettement plus détaillée, et elle contient les mesures de protection les plus originales. Elle couvre en effet la conformité du contenu numérique avec le contrat, la responsabilité du fournisseur ainsi que les modes de dédommagement prévus en cas de défaut de fourniture ou de non-conformité avec le contrat. La résiliation du contrat est également envisagée, avec la possibilité, le cas échéant, de récupérer le contenu numérique ou les données produites ou générées suite à l'utilisation dudit contenu.

Dans un contexte de big data, on retient particulièrement les deux obligations spécifiques imposées au fournisseur en cas de résiliation du contrat portant sur la fourniture de contenus numérique par le consommateur.

D'une part, la proposition de directive énonce que « le fournisseur prend toutes les mesures attendues pour s'abstenir d'utiliser la contrepartie non pécuniaire que le consommateur a apportée en échange du contenu numérique et toutes autres données qu'il a collectées dans le cadre de la fourniture du contenu numérique, y compris tout contenu fourni par le consommateur, à l'exception des contenus générés conjointement par le consommateur et d'autres personnes qui continuent à en faire usage »<sup>38</sup>. Cette disposition pourrait faire

<sup>36</sup> Nouvel art. 2, 18°, de la directive 2011/83/UE: « tout contrat en vertu duquel le professionnel fournit ou s'engage à fournir un service numérique au consommateur et le consommateur paie ou s'engage à payer le prix de celui-ci. Sont également inclus les contrats en vertu desquels le consommateur fournit ou s'engage à fournir des données à caractère personnel au professionnel, sauf si les données à caractère personnel fournies par le consommateur sont exclusivement traitées par le professionnel afin de fournir le service numérique ou de lui permettre de respecter les exigences légales qui lui incombent, pour autant qu'il ne traite pas ces données à une autre fin ».

<sup>37</sup> Cfr les modifications apportées aux articles 5 et 6 de la directive 2011/83/UE.

<sup>38</sup> Art. 13, § 2, b), de la proposition de directive.



obstacle à toute utilisation des données collectées dans une perspective big data.

La proposition de directive ajoute également que «le fournisseur procure au consommateur les moyens techniques lui permettant de récupérer tout contenu fourni par ce dernier et toutes autres données produites ou générées par suite de l'utilisation du contenu numérique par le consommateur, dans la mesure où ces données ont été conservées par le fournisseur. Le consommateur a le droit de récupérer le contenu gratuitement, sans inconvénient majeur, dans un délai raisonnable et dans un format de données couramment utilisé»<sup>39</sup>.

Ces exigences rappellent le droit d'opposition<sup>40</sup> ainsi que le droit à la portabilité<sup>41</sup>, consacrés par le RGPD, et qui sont susceptibles de s'appliquer s'il s'agit de données à caractère personnel. Encore faudra-t-il articuler les deux régimes ainsi mis en place, ce qui pourrait donner lieu à des difficultés pratiques.

### III. RÉGULATION DU BIG DATA PAR L'INTERDICTION DES PRATIQUES DÉLOYALES

**13. Big data et pratiques interdites.** Le livre VI du Code de droit économique, sur les pratiques du marché et la protection du consommateur, interdit diverses pratiques, au nombre desquelles figurent les pratiques commerciales déloyales des entreprises à l'égard des consommateurs (A), ainsi que les pratiques du marché déloyales à l'égard de personnes autres que les consommateurs, spécialement les actes contraires aux pratiques honnêtes du marché (B). Nous les examinons successivement.

D'autres pratiques auraient également pu être analysées. On pense en particulier à l'interdiction des clauses abusives. Les conditions générales d'utilisation régissant les services en ligne, généralement accompagnées d'une charte vie privée et d'une politique d'utilisation des cookies, peuvent en effet contenir des clauses abusives, qui correspondent à l'une des 33 hypothèses de l'article VI.83, ou parce qu'elles répondent à la définition générale de l'article I.8, 22°, du C.D.E. Les clauses autorisant les pratiques des entreprises pour nourrir le big data ou, au contraire, pour exploiter les résultats tirés de son application, pourraient, le cas échéant, être qualifiées de la sorte. L'analyse excède les limites de la présente contribution; on relève toutefois une décision récente du tribunal de grande instance de Paris, du 8 août 2018, qui a déclaré illicites plus de 250 clauses tirées des documents contractuels de Twitter (à la suite d'un recours formé par l'UFC Que choisir?)<sup>42</sup>. Parmi ces clauses, on retient par exemple: «en contrepartie du droit à accéder et à utiliser les Services qui vous est consenti par Twitter, vous acceptez que Twitter et ses prestataires et partenaires tiers puissent placer des publicités sur les Services, ou en relation avec l'affichage du Contenu ou des informations provenant des Services et soumis par vous ou par d'autres» ou «Nos Services relie instantanément les gens, où qu'ils soient, à ce qui compte le plus pour eux. Par exemple, tout utilisateur enregistré de Twitter peut envoyer un Tweet, qui est public par défaut, et qui peut contenir un message de 140 caractères ou moins, ainsi que des contenus tels que photos, vidéos et liens vers d'autres sites».

<sup>39</sup> Art. 13, § 2, c), de la proposition de directive.

<sup>40</sup> Art. 21 du RGPD.

<sup>41</sup> Art. 20 du RGPD.

<sup>42</sup> TGI Paris, 8 août 2018, disponible sur <https://www.legalis.net/jurisprudences/tgi-de-paris-jugement-du-7-aout-2018/>. Plusieurs éléments du raisonnement nous paraissent contestables. La décision reste néanmoins l'illustration d'une tendance consistant à remettre en cause certaines pratiques contractuelles bien établies chez les GAFA.



## A. Interdiction des pratiques commerciales déloyales à l'égard des consommateurs

**14. Interdiction des pratiques commerciales déloyales à l'égard des consommateurs.** Aux termes de l'article VI.95 du Code de droit économique, «les pratiques commerciales déloyales des entreprises à l'égard des consommateurs sont interdites».

La pratique commerciale est définie 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»<sup>43</sup>.

La définition est large: de nombreuses pratiques des entreprises dans le contexte du big data sont susceptibles d'être qualifiées de la sorte. On songe par exemple aux traitements de données effectués en vue d'envoyer des publicités personnalisées aux consommateurs, ou à la fixation du prix d'un produit ou des conditions contractuelles applicables à celui-ci sur la base d'un traitement algorithmique appliqué à des données massives.

Précisons qu'on n'analyse pas, en tant que tel, le traitement automatisé, voire autonome, exécuté par l'application d'intelligence artificielle pour faire parler les données<sup>44</sup>.

**15. Démarche en trois étapes.** Pour savoir si une pratique est déloyale, une démarche en trois étapes doit être suivie.

Il faut d'abord vérifier si la pratique figure dans la liste des pratiques jugées trompeuses ou agressives *en toutes circonstances*<sup>45</sup>.

Dans un second temps, le caractère déloyal de la pratique doit s'apprécier à l'aune de la norme *semi-générale*. Le C.D.E. interdit en effet les pratiques trompeuses, par action ou par omission<sup>46</sup>, ainsi que les pratiques agressives<sup>47</sup>.

En dehors des deux hypothèses précitées, la pratique commerciale ne peut être considérée comme étant déloyale, et donc interdite, que si «a) elle est contraire aux exigences de la diligence professionnelle et b) elle altère ou est susceptible d'altérer de manière substantielle le comportement économique, par rapport au produit, du consommateur moyen qu'elle touche ou auquel elle s'adresse, ou du membre moyen du groupe lorsqu'une pratique commerciale est ciblée vers un groupe particulier de consommateurs»<sup>48</sup> (*norme générale*).

L'appréciation du caractère déloyal des pratiques commerciales doit se faire à la lumière de la notion de «consommateur moyen» (qu'il s'agisse des pratiques déloyales suivant la norme semi-générale – art. VI.97 et s. du C.D.E. – ou suivant la norme générale – art. VI.93 du C.D.E.). La notion ne reçoit pas de définition légale. Aux termes du considérant n° 18 de la directive 2005/29/CE, on apprend cependant qu'il s'agit du consommateur «normalement informé et raisonnablement attentif et avisé, compte tenu des facteurs sociaux, culturels et linguistiques».

**16. Application au big data – pratiques déloyales en toutes circonstances et suivant la norme semi-générale.** Dans ses *Orientations* relatives à la directive 2005/29/CE<sup>49</sup>, la

<sup>43</sup> Art. I.8, 23°, du C.D.E.

<sup>44</sup> Sur ce point, voy. H. JACQUEMIN, «Comment lever l'insécurité juridique engendrée par le recours à l'intelligence artificielle lors du processus de formation des contrats?», in *Droit, normes et libertés dans le cybermonde – Liber amicorum Yves Poullet*, Bruxelles, Larcier, 2018, pp. 141-172.

<sup>45</sup> Art. VI.100 et VI.103 du C.D.E.

<sup>46</sup> Art. VI.97-VI.99 du C.D.E.

<sup>47</sup> Art. VI.101 et VI.102 du C.D.E.

<sup>48</sup> Art. VI.93 du C.D.E.

<sup>49</sup> Commission UE, *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*



## DOCTRINE

Commission européenne se penche notamment sur l'articulation entre cette directive et les règles en matière de protection des données à caractère personnel (figurant désormais dans le RGPD). Elle souligne à cet égard que «de telles violations de la protection des données devraient être prises en considération dans l'appréciation du caractère déloyal général des pratiques commerciales au regard de la DPCD, notamment lorsque le professionnel traite des données des consommateurs en violation des exigences de protection des données, par exemple à des fins de prospection directe ou à toutes autres fins commerciales telles qu'établissement de profils, prix personnalisés ou applications de mégadonnées»<sup>50</sup>. En l'occurrence, si le consommateur ignore que le professionnel utilisera les données à des fins commerciales, il pourrait s'agir d'une pratique trompeuse: omission trompeuse d'une information substantielle au sens de l'article VI.99, § 2, du C.D.E.<sup>51</sup> (norme semi-générale) ou pratique commerciale déloyale en toutes circonstances suivant l'article VI.100, 22° («affirmer faussement ou donner l'impression que l'entreprise n'agit pas à des fins qui entrent dans le cadre de son activité professionnelle, ou se présenter faussement comme un consommateur»)<sup>52</sup>.

*globale visant à stimuler le commerce électronique transfrontière pour les citoyens et les entreprises d'Europe*, COM(2016) 320 final.

<sup>50</sup> *Ibid.*, p. 30.

<sup>51</sup> Aux termes de cette disposition, «est également considérée comme une omission trompeuse, une pratique commerciale par laquelle une entreprise dissimule une information substantielle visée au paragraphe 1<sup>er</sup>, ou la fournit de façon peu claire, inintelligible, ambiguë ou à contretemps, ou n'indique pas son 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».

<sup>52</sup> Commission UE, *Orientations...*, *op. cit.*, pp. 30-31.

La qualification d'omission trompeuse pourrait également être défendue si le consommateur n'est pas informé que l'offre commerciale de l'entreprise est partiellement fondée sur une analyse de type big data à laquelle l'entreprise a procédé en amont (et donnant lieu à une prime d'assurance plus élevée ou à une demande de sûreté complémentaire en vue d'octroyer un crédit à la consommation, par exemple). On pourrait en effet estimer que «dans son contexte factuel, compte tenu de toutes ses caractéristiques et des circonstances ainsi que des limites propres au moyen de communication utilisé, [l'entreprise] omet une information substantielle dont le consommateur moyen a besoin, compte tenu du contexte, pour prendre une décision commerciale en connaissance de cause et, par conséquent, l'amène ou est susceptible de l'amener à prendre une décision commerciale qu'il n'aurait pas prise autrement»<sup>53</sup>. Moyennant une information adéquate, le consommateur aurait en effet été en mesure de faire valoir ses arguments, pour contester le résultat de l'analyse algorithmique, voire de s'adresser à un autre prestataire.

Par contre, les pratiques de *dynamic pricing*, consistant à modifier – généralement à la hausse – le prix des produits en fonction des informations collectées sur un utilisateur (par exemple, une précédente visite sur le site, témoignant d'un intérêt pour le produit en question), ou sur une analyse des tendances du marché, seront plus difficiles à sanctionner sur la base des pratiques commerciales déloyales<sup>54</sup>. Sauf exceptions, les entreprises sont en effet libres de fixer les produits mis en circulation<sup>55</sup>, pour autant qu'elles le fassent de

<sup>53</sup> Art. VI.99, § 1<sup>er</sup>, du C.D.E.

<sup>54</sup> À ce sujet, voy. Commission UE, *Orientations...*, *op. cit.*, pp. 168 et s.

<sup>55</sup> Voy. l'art. V.2 du C.D.E.: «les prix des biens et services sont déterminés par le libre jeu de la concurrence».



manière transparente (tant en ce qui concerne le prix que son mode de calcul)<sup>56</sup> et qu'une fois le contrat conclu, cet élément ne soit plus modifié unilatéralement<sup>57</sup>. Le cas échéant, on pourrait également soutenir que la pratique engendre une discrimination entre les clients<sup>58</sup>, ce qui est en principe interdit par l'article III.81 du C.D.E., lorsque la différence est fondée sur la nationalité ou la résidence. Même dans ce cas de figure, des dérogations sont toutefois permises, lorsque les «différences dans les conditions d'accès [...] sont directement justifiées par des critères objectifs».

De même, suivant la norme semi-générale, une pratique est «réputée agressive si, dans son contexte factuel, compte tenu de toutes ses caractéristiques et des circonstances, elle altère ou est susceptible d'altérer de manière significative, du fait du harcèlement, de la contrainte, y compris le recours à la force physique, ou d'une influence injustifiée, la liberté de choix ou de conduite du consommateur moyen à l'égard du produit et, par conséquent, l'amène ou est susceptible de l'amener à prendre une décision commerciale qu'il n'aurait pas prise autrement»<sup>59</sup>.

Deux conditions doivent être satisfaites. Il faut d'abord une altération de la liberté de choix ou de conduite du consommateur. À cet égard, l'article VI.102 du C.D.E. précise les éléments à prendre en considération pour considérer qu'une pratique recourt au harcèlement, à la contrainte, y compris la force physique ou à une influence injustifiée. Ensuite, et comme pour les pratiques trompeuses, le caractère déloyal ne sera établi que si la pratique amène ou est susceptible d'amener le consommateur

moyen à prendre une décision commerciale qu'il n'aurait pas prise autrement.

Dans un arrêt récent, la Cour de justice de l'Union européenne a par ailleurs mis en évidence le lien entre le manque d'information du consommateur et l'existence d'une pratique commerciale agressive. Elle juge en effet qu'«il apparaît que les services en cause au principal sont préinstallés et préalablement activés sur les cartes SIM sans que le consommateur en ait été informé préalablement et de manière adéquate, et qu'il n'a pas davantage été informé des coûts liés à l'utilisation éventuelle de ces services, ce qu'il appartient néanmoins à la juridiction de renvoi de vérifier. Or, lorsque le consommateur n'a été informé ni des coûts des services en cause ni même de leur préinstallation et de leur activation préalable sur la carte SIM qu'il a achetée, il ne saurait être considéré que celui-ci a librement choisi la fourniture de tels services»<sup>60</sup>.

Dans un contexte big data, on peut craindre que l'exploitation par l'entreprise des informations disponibles lui permette de trouver les arguments pertinents pour convaincre le consommateur de s'engager. Parallèlement, on peut aussi se trouver dans une situation contraire où ces mêmes informations révèlent, à tort ou à raison, un risque spécifique de conclure avec ce consommateur, ce qui peut conduire à un refus de s'engager de la part de l'entreprise, voire un accord mais assorti de conditions plus strictes (et donc, moins favorables pour le consommateur). Dans ces hypothèses, la liberté de choix du consommateur pourra être compromise, puisqu'il ignorera souvent les éléments qui ont conduit l'entreprise à agir comme elle l'a fait.

<sup>56</sup> Voy. l'art. VI.2, 3°, du C.D.E. et les art. VI.3 et s. du C.D.E.

<sup>57</sup> À défaut, il pourrait s'agir d'une clause abusive au sens de l'article VI.83, 2° ou 3°, du C.D.E.

<sup>58</sup> Art. III.81, al. 2, du C.D.E.

<sup>59</sup> Art. VI.101 du C.D.E.

<sup>60</sup> C.J.U.E., 13 septembre 2018, aff. jointes C-54/17 et C-55/17, *Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato c. Wind Tre SpA et Vodafone Italia SpA*, point 48.





**17. Application au big data – pratiques déloyales suivant la norme générale.** Pour qu'une pratique commerciale soit jugée déloyale – et interdite – suivant la norme générale de l'article VI.93 du C.D.E., la pratique doit d'abord être contraire aux exigences de la diligence professionnelle. Cette dernière notion est définie à l'article I.8, 25°, du C.D.E. comme «le niveau de compétence spécialisée et de soins dont l'entreprise est raisonnablement censée faire preuve dans son domaine d'activité vis-à-vis du consommateur, conformément aux usages honnêtes en matière commerciale». La notion d'«usages honnêtes en matière commerciale» n'est pas définie légalement et, du reste, a été remplacée par celle de «pratiques honnêtes du marché»<sup>61</sup>, visée à l'article VI.104 du C.D.E. On pourra dès lors se référer à la doctrine et à la jurisprudence qui ont contribué à en circonscrire la portée<sup>62</sup>.

Comme on le verra (*infra*, n° 19), par application de l'article VI.104 du C.D.E., la violation d'une disposition légale ou réglementaire imposant un comportement obligatoire a pu être considérée comme un acte contraire aux pratiques honnêtes du marché. Il devrait en aller de même pour l'application de l'article VI.93 du C.D.E.: en cas de violation, par l'entreprise, des règles en matière de protection des données à caractère personnel ou de cookie (*supra*, n° 6), on devrait en effet considérer que l'entreprise est en-deçà du niveau de compétences et de

soins dont elle est raisonnablement censée faire preuve.

Encore faudra-t-il démontrer que la seconde condition de l'article VI.93 est également satisfaite (altération du comportement économique du consommateur moyen), ce qui pourrait se révéler délicat dans certaines hypothèses.

**18. Sanction de la pratique commerciale déloyale.** Les pratiques commerciales déloyales à l'égard des consommateurs sont sanctionnées pénalement<sup>63</sup>.

Si le consommateur parvient à démontrer qu'il a été victime d'une pratique commerciale déloyale et a conclu un contrat à la suite de celle-ci, il peut invoquer la sanction civile de l'article VI.38 du Code de droit économique, qui autorise le juge, «sans préjudice des sanctions de droit commun, [à] ordonner le remboursement au consommateur des sommes qu'il a payées, sans restitution par celui-ci du produit livré»<sup>64</sup>. En pratique, les décisions de jurisprudence qui appliquent cette disposition restent rares<sup>65</sup>. Ce n'est pas une surprise, dans la mesure où les consommateurs initient rarement une procédure judiciaire, eu égard aux coûts de celle-ci, par rapport à l'enjeu financier du litige, à sa longueur, et à l'incertitude quant à l'issue.

Si de nombreux consommateurs sont impactés par la pratique, on pourrait également envisager une action en réparation collective.

En général, les règles en matière de pratiques commerciales déloyales à l'égard des consommateurs sont mobilisées par des entreprises, dans des litiges contre d'autres entreprises, à

<sup>61</sup> Sans toutefois que cette modification terminologique ait une incidence sur le fond. La directive 2005/29/CE utilise d'ailleurs l'expression «pratiques de marché honnêtes» (art. 2, h).

<sup>62</sup> Il convient cependant de noter que, suivant la jurisprudence, il ne suffit pas à l'entreprise d'être de bonne foi pour échapper à l'application de l'article VI.104 du C.D.E. Or, dans la définition donnée, par la directive 2005/29/CE, de la notion de «diligence professionnelle» (art. 2, h), on peut également (ou uniquement) avoir égard au principe général de bonne foi dans le domaine d'activité de l'entreprise, outre la référence aux «pratiques de marché honnêtes».

<sup>63</sup> Art. XV.83, 13° (sanction pénale de niveau 2).

<sup>64</sup> Pour certaines pratiques commerciales déloyales, plus graves, le consommateur est dispensé de s'adresser au juge et il peut actionner la mesure directement (art. VI.38, al. 1<sup>er</sup>, du C.D.E.).

<sup>65</sup> Voy. J.P. Charleroi, 1<sup>er</sup> février 2017, *J.J.P.*, 2017, p. 510, note H. JACQUEMIN.



l'occasion d'une action en cessation commerciale initiée devant le président du tribunal de commerce/de l'entreprise.

## B. Interdiction des pratiques du marché, déloyales, entre entreprises

**19. Interdiction des pratiques déloyales par l'article VI.104 du Code de droit économique.** L'article VI.104 du Code de droit économique interdit «tout acte contraire aux pratiques honnêtes du marché par lequel une entreprise porte atteinte ou peut porter atteinte aux intérêts professionnels d'une ou de plusieurs autres entreprises».

Pour déterminer si l'acte d'une entreprise doit être interdit, il convient d'abord d'apprécier sa contrariété aux «pratiques honnêtes du marché»<sup>66</sup>.

Sans nier les réticences antérieures, on admet désormais que celles-ci couvrent non seulement les normes de comportement non formulées (ce qui n'a jamais été contesté), mais également les normes formulées, figurant expressément dans un texte normatif.

Autrement dit, l'acte d'une entreprise peut être interdit pour violation d'une disposition légale

ou réglementaire qui lui impose un comportement obligatoire.

Dans le contexte du big data, on songe particulièrement aux dispositions du Règlement général de protection des données, dans l'hypothèse où, par exemple, le traitement des données à caractère personnel se ferait en méconnaissance des principes établis à l'article 5 du RGPD, voire en l'absence d'une base de licéité visée à l'article 6. Le cas échéant, c'est également le cas lorsqu'est méconnu le droit de la personne concernée à « 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 », conformément à l'article 22. Par le passé, la violation des dispositions de la loi du 8 décembre 1992 relative à la protection de la vie privée à l'égard des traitements de données à caractère personnel a ainsi été invoquée pour réclamer l'interdiction d'un acte de concurrence déloyale<sup>67</sup>.

La loi anti-discrimination<sup>68</sup> pourrait également être mobilisée, eu égard aux résultats potentiellement discriminatoires d'une décision fondée sur l'analyse big data.

Enfin, la violation des dispositions du livre VI du Code de droit économique peut également constituer un acte contraire aux pratiques honnêtes du marché, suivant l'article VI.104 du C.D.E. Il peut par exemple s'agir de l'obligation d'information visée à l'article VI.2 ou de l'interdiction des pratiques commerciales déloyales à l'égard des consommateurs.

<sup>66</sup> La notion n'est pas définie légalement, pas plus que ne l'était celle d'«usages honnêtes en matière commerciale». La doctrine et la jurisprudence ont toutefois eu l'occasion d'en préciser les contours. En doctrine, voy. not. P. DE VROEDE, «La notion 'usages honnêtes en matière commerciale'», note sous Bruxelles, 27 novembre 1979, *R.C.J.B.*, 1982, pp. 65 et s.; J. STUYCK, «L'acte contraire aux usages honnêtes en matière commerciale», *Les pratiques du commerce et l'information et la protection du consommateur depuis la loi du 14 juillet 1991*, Bruxelles, Éd. du Jeune Barreau, 1991, pp. 148 et s.; F. DE PATOUL, Z. PLETINCKX et L. VAN DE KERCHOVE, «Les pratiques du commerce (volume 2)», *Les pratiques du commerce, l'information et la protection du consommateur – Commentaire de la loi du 14 juillet 1991 et de la loi du 2 août 2002*, tiré à part du *Gu.J.E.*, Waterloo, Kluwer, 2006, pp. 91 et s.; J. LIGOT, F. VANBOSSELE et O. BATTARD, *Les pratiques loyales*, 2<sup>e</sup> éd., Bruxelles, Larcier, 2012, pp. 45 et s.

<sup>67</sup> Liège, 19 novembre 2009, *D.A.O.R.*, 2010, p. 451, note P. CONGO; Comm. Courtrai (prés.), 11 décembre 2000, *Ann. Prat. Comm.*, 2000, p. 238.

<sup>68</sup> Loi du 10 mai 2007 tendant à lutter contre certaines formes de discrimination, *M.B.*, 30 mai 2007 (pour une application, Comm. Turnhout (prés.) 7 novembre 2008, *Ann. Prat. Comm.*, 2008, p. 289).



Le législateur peut difficilement encadrer tout type de conduite des entreprises; aussi doit-on également se référer à une norme de comportement qui n'est pas expressément formulée mais correspond au paradigme de la pratique honnête du marché. Encore faut-il définir ou, en tout cas, tracer de la manière la plus précise possible, les contours de la notion. L'exercice est loin d'être aisé puisque, par hypothèse, la norme est formulée de manière volontairement ouverte, ce qui laisse aux juges une large marge de manœuvre, guidée par l'évolution des pratiques du marché. Deux éléments principaux permettent de cerner le sens de l'expression: le comportement de l'entreprise doit en effet s'apprécier à la lumière des *pratiques du marché*, lesquelles doivent être *honnêtes*.

Le premier élément vise à spécifier le contexte ou l'environnement dans lequel l'honnêteté devra être jugée. Ce faisant, on fixe, dans le temps et l'espace, l'élément de référence qui servira à la comparaison<sup>69</sup>. On peut probablement ajouter que les pratiques du marché à prendre en compte doivent être celles du secteur d'activité concerné de l'entreprise considérée. Avec le remplacement de la notion d'«usages en matière commerciale», en vigueur jusqu'alors, la loi gagne en clarté et en cohérence. En outre, la mention de la matière commerciale était de nature à instiller le doute sur la portée du critère, dès lors que c'est l'entreprise, et pas le commerçant, dont le comportement est examiné.

Le second critère est plus délicat à appliquer: il doit en effet permettre d'identifier les actes des entreprises interdits eu égard au caractère *honnête* de la pratique du marché considérée. En droit économique, l'honnêteté renvoie au

standard minimum de fair-play ou de loyauté dont les entreprises doivent faire preuve. On considère d'ailleurs qu'il ne suffit pas à l'entreprise d'être de bonne foi pour échapper à l'application de l'article VI.104 du C.D.E.<sup>70</sup> De même, l'honnêteté économique ne se confond pas nécessairement avec la morale<sup>71</sup> ou les règles déontologiques<sup>72</sup>. Le cas échéant, il pourrait être jugé que certaines pratiques mises en œuvre dans un contexte de big data satisfont à ces deux critères.

Pour que l'acte puisse être jugé contraire aux pratiques honnêtes du marché sur le fondement de l'article VI.104 du C.D.E., et interdit en conséquence, il faut également qu'il *porte atteinte* aux intérêts professionnels d'une ou de plusieurs autres entreprises<sup>73</sup> ou qu'il *puisse seulement leur porter atteinte*<sup>74</sup>. Le législateur

<sup>70</sup> Liège, 22 juin 2004, *Ann. Prat. Comm.*, 2004, p. 316; Comm. Gand (prés.), 4 février 2002, *Ann. Prat. Comm.*, 2002, p. 530; Cass., 31 janvier 1992, *Pas.*, 1992, I, p. 481.

<sup>71</sup> Un comportement immoral peut toutefois contrevenir aux pratiques honnêtes du marché (en ce sens, Comm. Turnhout (réf.), 7 novembre 2008, *Ann. Prat. Comm.*, 2008, p. 289).

<sup>72</sup> Voy. F. DE PATOUL, Z. PLETINCKX et L. VAN DE KERCHOVE, «Les pratiques du commerce (volume 2)», *op. cit.*, pp. 92-93.

<sup>73</sup> Depuis la substitution de l'arrêté royal n° 55 par la loi du 14 juillet 1971, il n'est plus requis que la personne victime de l'atteinte à ses intérêts soit un concurrent (Bruxelles, 20 mai 2009, *J.L.M.B.*, 2010, p. 226; voy. aussi F. DE PATOUL, Z. PLETINCKX et L. VAN DE KERCHOVE, «Les pratiques du commerce (volume 2)», p. 94).

<sup>74</sup> Même si la condition est conçue largement, la jurisprudence a pu être amenée à décider qu'elle n'était pas satisfaite en l'espèce. Le président du tribunal de commerce de Turnhout s'est prononcé en ce sens dans un jugement du 7 novembre 2008. En l'espèce, une SPRL avait omis de mentionner, dans une carte postale envoyée à sa clientèle, sa forme sociétale, son numéro d'entreprise et de TVA et son siège social (Comm. Turnhout (prés.), 7 novembre 2008, *Ann. Prat. Comm.*, 2008, p. 289. Voy. aussi Comm. Courtrai (prés.), 19 mai 2008, *R.D.C.*, 2009, p. 923, note J. STUYCK). Voy. toutefois Comm. Bruges (prés.), 24 mai 2007, *Ann. Prat. Comm.*, 2007, p. 651, où l'absence de la mention du numéro d'entreprise et d'un compte en banque, en violation de l'article 13 de la loi du 16 janvier 2003 portant création d'une Banque-

<sup>69</sup> Le comportement de l'entreprise ne doit pas être analysé eu égard à ce qui était admis (ou interdit) au siècle passé ou dans un autre pays, au sein d'un monde des affaires régi par d'autres codes.



n'exige donc pas nécessairement que la preuve d'un préjudice soit rapportée<sup>75</sup>. La simple potentialité d'une atteinte est suffisante et elle doit s'analyser *in concreto*<sup>76</sup>. Quant à la notion d'intérêt professionnel, elle renvoie à l'atteinte portée à la capacité économique de l'entreprise<sup>77</sup>.

**20. Régime procédural.** Sur le plan procédural, les actes contraires aux pratiques honnêtes du marché seront généralement contestés dans le cadre d'une action en cessation diligentée par une entreprise devant le président du tribunal de commerce/de l'entreprise compétent (art. XVII.1 et s. du C.D.E.).

## CONCLUSION

**21. Big data, pratiques du marché et protection du consommateur.** Les règles applicables en matière de pratiques du marché et de protection du consommateur sont suffisamment flexibles pour s'appliquer, dans certaines hypothèses, aux traitements big data effectués en amont (pour collecter les données) ou en aval (pour utiliser les résultats fournis par l'algorithme ayant analysé les données). Elles peuvent l'être directement (spécialement l'interdiction des pratiques commerciales déloyales à l'égard des consommateurs) ou

indirectement, en sanctionnant la violation d'autres dispositions légales ou réglementaires potentiellement applicables (le RGPD par exemple), considérée comme un acte contraire aux pratiques honnêtes du marché.

Par ailleurs, on constate que les données (ou, suivant la terminologie utilisée ou en projet, les contenus et les services numériques) font désormais l'objet de règles spécifiques, en droit de la consommation, à l'instar des biens ou des services. Le niveau de protection des consommateurs est renforcé, même si la complexité du cadre normatif ainsi produit pourrait poser des difficultés, notamment au moment de l'articuler avec d'autres législations également applicables.

**22. Enjeux du big data.** Pour le reste, on rappellera que le big data peut également constituer un outil très efficace au moment de lutter contre la fraude ou dans le domaine de la recherche. Aussi se gardera-t-on de poser des contraintes – notamment légales – déraisonnablement lourdes à son utilisation, sous prétexte de protéger les consommateurs et les entreprises des risques susceptibles d'en résulter. Ceux-ci existent, mais ils doivent faire l'objet d'une réponse proportionnée et équilibrée.

---

Carrefour des entreprises, modernisation du registre de commerce, création de guichets-entreprises agréés et portant diverses dispositions (*M.B.*, 5 février 2003), est considérée comme un acte contraire aux pratiques honnêtes du marché dans la mesure où elle empêche les autres entreprises de vérifier si l'entreprise dispose effectivement d'un numéro BCE et pour quelles activités elle est inscrite.

<sup>75</sup> Bruxelles, 20 mai 2009, *J.L.M.B.*, 2010, p. 226; Cass., 28 novembre 1997, *Pas.*, 1997, I, p. 513. En doctrine, voy. not. F. DE PATOUL, Z. PLETINCKX et L. VAN DE KERCHOVE, «Les pratiques du commerce (volume 2)», *op. cit.*, pp. 94-95.

<sup>76</sup> Bruxelles, 5 octobre 2009, *I.R.D.I.*, 2010, p. 175.

<sup>77</sup> Comm. Namur (prés.), 13 février 2008, *I.C.I.P.*, 2008, p. 830; Comm. Termonde (prés.), 18 juillet 2007, *Ann. Prat. Comm.*, 2007, p. 676.

