

Publicité en ligne : nouveaux acteurs et risques émergents

IRIS Spécial

Une publication
de l'Observatoire européen de l'audiovisuel



IRIS Spécial 2022-1

Publicité en ligne : nouveaux acteurs et risques émergents

Observatoire européen de l'audiovisuel, Strasbourg 2022

ISSN 2079-1070

Directrice de publication – Susanne Nikoltchev, Directrice exécutive

Supervision éditoriale – Maja Cappello, Responsable du département Informations juridiques

Equipe éditoriale – Francisco Javier Cabrera Blázquez, Sophie Valais, Analystes juridiques

Observatoire européen de l'audiovisuel

Auteurs

Max van Drunen (coordination éditoriale) avec Ilaria Buri, Martina Chapman, Eileen Culloty, Ronan Fahy, Alexandra Giannopoulou, Elena Gil González, Arlette Meiring, Joanna Strycharz, Claire ten Heuvelhof.

Traduction

Nathalie Sturlèse, Erwin Rohwer

Relecture

Cahtérine Koleda, Gianna Iacino, Anthony Mills

Assistante éditoriale – Sabine Bouajaja

Presse et relations publiques – Alison Hindhaugh, alison.hindhaugh@coe.int

Observatoire européen de l'audiovisuel

Éditeur

Observatoire européen de l'audiovisuel

76, allée de la Robertsau

F-67000 Strasbourg, France

Tél. : +33 (0)3 90 21 60 00

Fax : +33 (0)3 90 21 60 19

iris.obs@coe.int

www.obs.coe.int

Organisation partenaire ayant contribué à l'ouvrage

Institute for Information Law (IViR)

University of Amsterdam

Nieuwe Achtergracht 166

1018 WV Amsterdam, The Netherlands

Tel: +31 (0) 20 525 3406

Fax: +31 (0) 20 525 3033

ivir@ivir.nl

www.ivir.nl

Maquette de couverture – ALTRAN, France

Veillez citer cette publication comme suit :

Cappello M. (éd.), *Publicité en ligne : nouveaux acteurs et risques émergents*, IRIS Spécial, Observatoire européen de l'audiovisuel, Strasbourg, 2022

© Observatoire européen de l'audiovisuel (Conseil de l'Europe), Strasbourg, septembre 2022

Chacune des opinions exprimées dans la publication est personnelle et ne peut en aucun cas être considérée comme représentative du point de vue de l'Observatoire européen de l'audiovisuel, de ses membres ou du Conseil de l'Europe.

Publicité en ligne : nouveaux acteurs et risques émergents

Max van Drunen (coordination éditoriale) avec Ilaria Buri, Martina Chapman, Eileen Culloty, Ronan Fahy, Alexandra Giannopoulou, Elena Gil González, Arlette Meiring, Joanna Strycharz, Claire ten Heuvelhof



Avant-propos

La publicité en ligne finance en grande partie le système des médias numériques. C'est une source de revenus majeure pour les plateformes en ligne qui se sont imposées en première place non seulement de l'économie numérique mais aussi de l'économie dans sa globalité. La publicité en ligne finance également les influenceurs opérant sur ces plateformes, les organes de médias traditionnels et une multitude d'autres entreprises de médias numériques. La technologie et la chaîne de valeur qui sous-tendent la publicité dans les médias numériques sont devenues extrêmement complexes. Les systèmes de publicité personnalisée pilotés par l'IA pour faire correspondre les annonceurs aux individus n'ont plus grand-chose à voir avec les simples bandeaux publicitaires des débuts de la publicité en ligne dans les années 1990. Par ailleurs, la chaîne de valeur associée à une publicité en ligne ciblée implique des sociétés de gestion de données qui collectent et gèrent les données des clients, des réseaux publicitaires mettant en relation annonceurs et éditeurs, des sociétés de création de contenus automatisés et des outils de gestion du consentement, ainsi que, bien sûr, des plateformes en ligne telles que Facebook.

Ces dernières années, les législateurs ont tenté, notamment au niveau de l'UE, d'adapter les dispositifs juridiques à la complexité et à l'impact croissants de la publicité en ligne. Ce numéro d'IRIS *Spécial* présente un aperçu des développements technologiques et des principaux acteurs de la publicité en ligne (chapitre 1) avant de faire le point sur le cadre réglementaire européen qui s'applique à la publicité en ligne (chapitre 2). Il procède ensuite à l'examen des derniers développements dans trois domaines de régulation de la publicité en ligne.

Le chapitre 3 se penche sur les formes traditionnelles de régulation de la publicité : les interdictions visant à protéger les individus contre les publicités préjudiciables et les obligations de transparence permettant aux individus de s'informer. Il examine les normes applicables à la publicité en ligne en vertu de la Directive sur les services de médias audiovisuels (dans sa version révisée de 2018), ainsi que l'application aux influenceurs des règles en matière de publicité en ligne en vigueur aux Pays-Bas.

Le chapitre 4 traite de la publicité ciblée. Bien qu'il s'agisse d'un volet relativement nouveau, la régulation de la publicité ciblée a considérablement évolué au cours de la dernière décennie, notamment avec l'entrée en vigueur du Règlement général sur la protection des données. Ce chapitre étudie la façon dont les autorités nationales de protection des données en France et en Espagne ont commencé à appliquer la législation existante en matière de protection des données, et analyse comment la DSA permet d'imposer de nouvelles restrictions concernant la publicité ciblée au niveau de l'UE.

Le chapitre 5 se concentre sur un domaine relativement nouveau du droit européen de la publicité, à savoir les politiques et la législation destinées à aborder l'incidence de la publicité en ligne sur la démocratie. Relevant traditionnellement de la compétence nationale, ce domaine a fait l'objet d'une vigilance accrue de la part de la Commission européenne suite à la vague d'inquiétude liée à la manipulation ciblée et à la désinformation en 2016. Ce chapitre analyse notamment comment les mesures

d'éducation aux médias s'efforcent de lutter contre la désinformation diffusée par la publicité en ligne, quelles sont les implications de la proposition de règlement de l'UE sur la transparence et le ciblage de la publicité politique, et comment les bibliothèques d'annonces peuvent accroître la transparence de la publicité sur les plateformes.

Strasbourg, juillet 2022

Maja Cappello

Coordonnatrice IRIS

Responsable du Département Informations juridiques

Observatoire européen de l'audiovisuel

Table des matières

1. Principaux acteurs et développements technologiques de la publicité en ligne	1
1.1. Bref historique de la publicité en ligne	2
1.2. Typologie de la publicité en ligne.....	3
1.2.1. Formats publicitaires.....	3
1.2.2. Technologies publicitaires	6
1.3. Paysage de la publicité en ligne	9
1.3.1. Plateformes de gestion des données	9
1.3.2. Réseaux publicitaires	10
1.3.3. Bourses d'espaces publicitaires.....	10
1.3.4. Plateformes acheteurs	11
1.3.5. Plateformes vendeurs	11
1.3.6. Agences de création de contenus automatisés	11
2. Cadre juridique	13
2.1. Publicité, liberté d'expression et vie privée.....	13
2.1.1. Jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme	13
2.1.2. Normes établies par le Conseil de l'Europe	21
2.1.3. Conclusion.....	24
2.2. Aperçu de la réglementation européenne en matière de publicité	25
2.2.1. Droit de la consommation.....	25
2.2.2. Droit de la protection des données.....	27
2.2.3. Régulation des plateformes et de l'internet.....	30
2.2.4. Régulation spécifique au secteur : médias et expression politique	33
3. Publicité préjudiciable et publicité clandestine.....	35
3.1. Pourquoi interdire certaines publicités et imposer la signalisation de l'intention commerciale ?	35
3.2. La Directive SMA révisée.....	37
3.2.1. Définition et caractère générique des communications commerciales.....	38
3.2.2. Obligations générales des services de médias audiovisuels	40
3.2.3. Exigences relatives aux communications commerciales audiovisuelles (tous types confondus).....	42
3.2.4. Exigences relatives aux formes spéciales de communications commerciales audiovisuelles	44
3.2.5. Exigences relatives aux communications commerciales sur les VSP.....	45

3.3. Le marketing d'influence : étude de cas aux Pays-Bas	50
3.3.1. Législation applicable aux influenceurs aux Pays-Bas.....	52
3.3.2. Autorégulation des influenceurs aux Pays-Bas	54
3.3.3. Conclusion.....	57

4. Publicité ciblée..... 58

4.1. Droit de la protection des données et publicité ciblée.....	58
4.1.1. France.....	60
4.1.2. Espagne	64
4.2. Législation sur les services numériques (<i>Digital Services Act</i> - DSA).....	68
4.2.1. Dispositions relatives à la publicité dans la proposition initiale de DSA	69
4.2.2. Positions de négociation du Parlement européen et du Conseil.....	71
4.2.3. Accord final sur la DSA.....	72

5. Publicité et démocratie 76

5.1. Désinformation et éducation aux médias	77
5.1.1. La désinformation en ligne	77
5.1.2. Désinformation et publicité en ligne	78
5.1.3. Désinformation en ligne, publicité et éducation aux médias	80
5.2. Proposition de règlement de l'UE sur la publicité politique.....	82
5.2.1. Portée et contexte de la proposition de règlement sur la publicité politique	84
5.2.2. Transparence des publicités politiques	86
5.2.3. Publicité politique ciblée	89
5.3. Bibliothèques d'annonces.....	92
5.3.1. L'émergence des bibliothèques d'annonces dans la régulation de la publicité.....	92
5.3.2. Les objectifs des bibliothèques d'annonces	93
5.3.3. Quelles sont les informations disponibles dans les bibliothèques d'annonces ?	95

6. Conclusion 100

Tableaux

Tableau 1.	Définitions et exemples des différents formats de publicité en ligne	4
Tableau 2.	Vue d'ensemble des informations incluses dans les bibliothèques d'annonces selon le projet de DSA et la proposition de RPP. Les déclarations requises en vertu de la proposition de RPP et recoupant les exigences de la DSA ne sont pas mentionnées.....	98



1. Principaux acteurs et développements technologiques de la publicité en ligne

Joana Strycharz, Amsterdam School of Communication Research, Université d'Amsterdam

L'essor de la publicité en ligne est sidérant au regard de ses développements multidimensionnels. Depuis l'apparition du premier bandeau publicitaire en ligne en 1994¹, l'importance de la publicité numérique n'a cessé de croître. En fait, la publicité en ligne est considérée comme l'un des principaux moteurs de l'économie numérique (européenne)². Parallèlement à ce rôle économique moteur, les possibilités et les outils publicitaires numériques dépassent très largement les premiers bandeaux publicitaires traditionnels et prennent désormais de nouvelles formes telles que la publicité mobile³ et la publicité algorithmique⁴.

L'émergence et le développement de la publicité en ligne ont modifié le paysage publicitaire et ses principaux acteurs. Jusque tout récemment, l'écosystème global du secteur de la publicité recouvrait l'industrie des médias de masse, soutenue financièrement par les recettes publicitaires, l'industrie de la publicité, dont l'activité consistait à créer, planifier et réaliser des campagnes publicitaires pour ses clients, les annonceurs, qui engageaient des agences de publicité et finançaient des campagnes publicitaires, les consommateurs, public cible de la publicité, et les régulateurs, responsables du cadre juridique⁵. Or, avec l'essor du *big data* et le développement des systèmes algorithmiques, la création, le ciblage et la diffusion des messages publicitaires

¹ Singel R., *Web Gives Birth to Banner Ads*, Wired, 2010, <https://www.wired.com/2010/10/1027hotwired-banner-ads/>.

² *Digital Advertising, a Key Driver for the European Digital Economy*, 2015, IAB, https://ec.europa.eu/futurium/en/system/files/ged/digital_advertising_a_key_driver_for_the_european_digital_economy.pdf.

³ Liu-Thompkins Y., *A Decade of Online Advertising Research: What We Learned and What We Need to Know*, 2019, *Journal of Advertising*, 48(1), 1-13, <https://doi.org/10.1080/00913367.2018.1556138>.

⁴ Huh J. and Malthouse E. C., *Advancing Computational Advertising: Conceptualization of the Field and Future Directions*, 2020, *Journal of Advertising*, <https://doi.org/10.1080/00913367.2020.1795759>.

⁵ Helberger N. et al., *Macro and Exogenous Factors in Computational Advertising: Key Issues and New Research Directions*, 2020, <https://doi.org/10.1080/00913367.2020.1811179>.

adoptent aujourd'hui des formes, des processus et des circuits totalement inédits, et de nombreux nouveaux acteurs interviennent désormais dans l'écosystème publicitaire, ce qui implique la nécessité de redéfinir les anciens concepts propres au secteur de la publicité.

1.1. Bref historique de la publicité en ligne

À l'origine, la publicité en ligne était limitée aux « messages intentionnels placés sur des sites web tiers avec des moteurs de recherche et des répertoires accessibles via Internet⁶. » Cependant, au fil du temps, les outils de publicité en ligne se sont développés bien au-delà des formules initiales de bandeaux publicitaires placés sur des sites web. Le secteur a désormais à sa disposition de nombreux formats intégrant notamment des innovations telles que les *advergames*, la publicité mobile et la publicité reciblée. Tous ces formats se caractérisent par l'utilisation de l'internet comme moyen d'atteindre les consommateurs. En examinant les transformations de la publicité induites par les données et la technologie au cours des dernières décennies, on peut identifier trois grandes phases dans l'évolution de la publicité en ligne, à savoir la phase initiale de publicité interactive, la phase actuelle de publicité programmatique et la prochaine phase de publicité intelligente⁷. La phase initiale de publicité interactive se réfère à la période allant de l'apparition de la publicité en ligne au début des années 1990 au développement de diverses formes de publicité en ligne sur un mode interactif, ce qui la distingue de la publicité conventionnelle basée en grande partie sur une communication unidirectionnelle entre annonceurs et consommateurs. Est intervenue ensuite la phase de publicité programmatique sur la base de la technologie d'automatisation de la publicité et des algorithmes permettant le processus d'achat d'annonces, pour une automatisation et une optimisation en temps réel⁸. En bref, ce qui distingue cette deuxième phase de la publicité en ligne, c'est la place centrale accordée non seulement à l'interactivité, mais aussi à l'automatisation du processus d'achat et de la diffusion des annonces. Enfin, la publicité intelligente, qui constitue la phase la plus récente du développement de la publicité en ligne, peut être conceptualisée comme une publicité numérique automatisée améliorée par les technologies innovantes de l'intelligence artificielle (IA). Ces technologies comprennent différentes applications d'algorithmes d'apprentissage machine permettant à la publicité de répondre directement aux commentaires des consommateurs ou d'évaluer leurs préférences et leurs besoins en leur proposant des publicités ou des recommandations de produits ultra-personnalisées⁹. Si l'application des technologies d'IA à la publicité en ligne a considérablement augmenté l'efficacité de la

⁶ Ha L., *Online Advertising Research in Advertising Journals: A Review*, 2008, Journal of Current Issues & Research in Advertising, 30(1), 31–48, <https://doi.org/10.1080/10641734.2008.10505236>.

⁷ Li H., *Special Section Introduction: Artificial Intelligence and Advertising*, 2019, Journal of Advertising, 48 (4), 333–37, <https://doi.org/10.1080/00913367.2019.1654947>.

⁸ *Programmatic Everywhere? Data, Technology and the Future of Audience Engagement*, 2013, IAB, <https://www.iab.com/wp-content/uploads/2015/07/WinterberryGroupWhitePaperProgrammaticEverywhere.pdf>.

⁹ Li, *Special Section Introduction: Artificial Intelligence and Advertising*.

diffusion des annonces¹⁰, elle a également impacté la structure du secteur publicitaire, modifié le rôle de ses acteurs clés et introduit de nouveaux acteurs dans le domaine. Les données constituent le principal moteur et nourrissent la dynamique sous-jacente de la transformation actuelle de la publicité, tant en ce qui concerne la publicité programmatique que la publicité intelligente. Les données des consommateurs sont en effet considérées comme la nouvelle monnaie d'échange et une source de pouvoir dans l'écosystème publicitaire actuel.

1.2. Typologie de la publicité en ligne

La publicité en ligne constitue un vaste processus qui se caractérise par les multiples formats utilisés pour diffuser de la publicité sur une grande variété de canaux en ligne et par la technologie employée pour la création, la vente et la diffusion de la publicité.

1.2.1. Formats publicitaires

D'une façon générale, on distingue plusieurs formats courants, notamment les bandeaux publicitaires, les annonces liées aux recherches, la publicité native, la publicité sur les réseaux sociaux, la publicité *rich media* et les messages publicitaires envoyés par e-mail¹¹. Le tableau 1 présente des exemples illustrant chaque format, qui distingue par le mode de diffusion de la publicité. En premier lieu, les bandeaux publicitaires constituent l'une des formes de publicité les plus courantes sur Internet. Les bandeaux publicitaires se présentent au format *display* (une forme de publicité en ligne dans laquelle le message d'un annonceur s'affiche sur une page internet de destination et des applications) qui peut aller d'un graphique statique à une vidéo animée et sonorisée¹². La publicité liée aux recherches consiste à placer des annonces en ligne sur les pages internet et dans les applications qui affichent les résultats des requêtes de recherche. Les consommateurs peuvent être directement ciblés lors de leur recherche en ligne d'informations, de produits ou de services. Dans la publicité liée aux recherches, les entreprises sélectionnent des mots clés spécifiques et créent des annonces textuelles diffusées par le moteur de recherche ou associant leurs produits aux mots clés lorsqu'un consommateur effectue une recherche sur ces mots clés¹³. La publicité native quant à elle reprend la forme et la fonction intrinsèques de l'expérience utilisateur dans laquelle la publicité est intégrée. Cette forme de publicité vise à être cohérente avec le contenu de la plateforme, assimilée au design et conforme à l'expérience de la plateforme¹⁴. La publicité sur les

¹⁰ Qin X. and Jiang Z., *The Impact of AI on the Advertising Process: The Chinese Experience*, 2019, *Journal of Advertising* 48(4), 338–46, <https://doi.org/10.1080/00913367.2019.1652122>.

¹¹ Ha, "Online Advertising Research in Advertising Journals".

¹² Glossaire de l'IAB, <https://www.iab.com/insights/glossary-of-terminology/#index-16>.

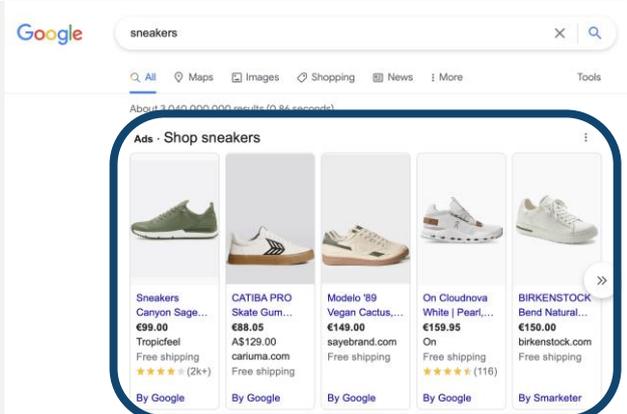
¹³ Rutz O.J. and M. Trusov, "Zooming In on Paid Search Ads—A Consumer-Level Model Calibrated on Aggregated Data", 2011, *Marketing Science*, 30(5), 789–800, <https://doi.org/10.1287/mksc.1110.0647>.

¹⁴ Glossaire de l'IAB.

réseaux sociaux couvre toutes les situations dans lesquelles une plateforme de réseaux sociaux fournit un cadre publicitaire. Cette plateforme de diffusion peut être utilisée pour différents formats publicitaires, tels que la publicité *display*, native et à contenu adapté. Ce qui fait la spécificité des publicités sur les réseaux sociaux, c'est qu'elles offrent aux clients une implication accrue (à savoir aimer, partager, commenter) dans les publicités¹⁵. Les publicités *rich media* se distinguent par des fonctionnalités avancées de vidéo, d'audio ou autres qui incitent les consommateurs à interagir et à s'impliquer dans le contenu¹⁶. Enfin, les publicités diffusées par e-mail englobent les bandeaux, les liens ou les contenus natifs qui apparaissent dans les bulletins d'information diffusés par e-mail, les campagnes de marketing par e-mail et autres communications commerciales diffusées par ce biais¹⁷.

Comme nous l'avons expliqué ci-dessus, les annonceurs en ligne disposent de multiples formats de diffusion qui peuvent être adressés aux consommateurs par divers canaux. Les différentes technologies pouvant être utilisées pour diffuser les formats mentionnés ci-dessus sont traitées au chapitre suivant.

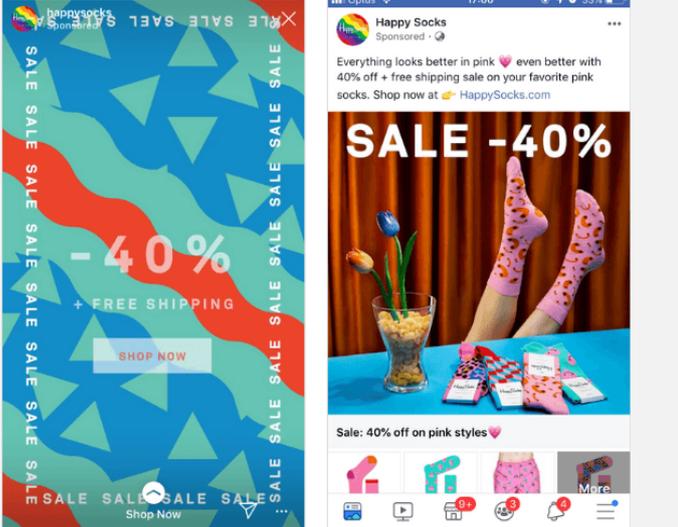
Tableau 1. Définitions et exemples des différents formats de publicité en ligne

Format publicitaire	Définition	Exemple
Bandeaux publicitaires	Publicité en ligne où le message d'un annonceur est diffusé sur des pages web ou des applications destination	 <p>Bandeau sur le site de Forbes</p>
Publicité liée aux recherches	Publicité en ligne sur les pages web et dans les applications qui affichent les résultats des requêtes de recherche	 <p>Publicité intégrée aux moteurs de recherche sur Google</p>

¹⁵ Alalwan A.A., "Investigating the Impact of Social Media Advertising Features on Customer Purchase Intention", 2018, *International Journal of Information Management*, 42 (1), 65–77, <https://doi.org/10.1016/j.ijinfomgt.2018.06.001>.

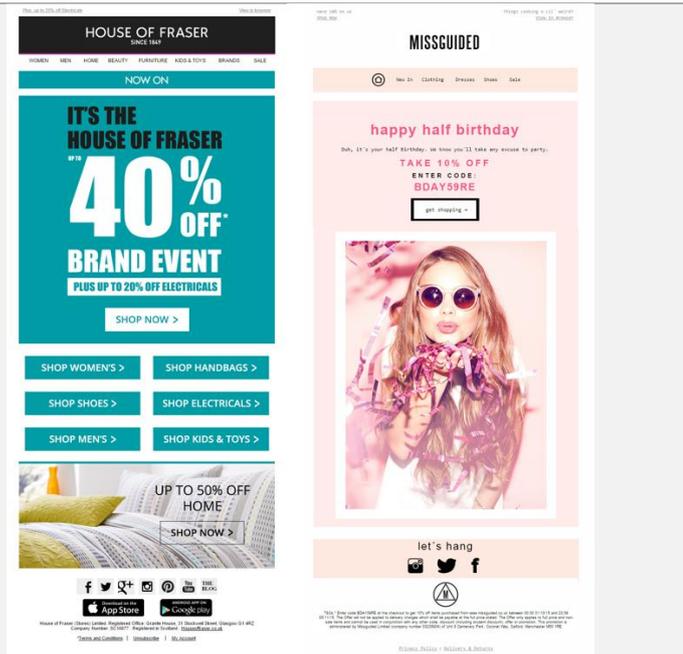
¹⁶ Glossaire de l'IAB.

¹⁷ Glossaire de l'IAB.

<p>Publicité native</p>	<p>Publicité en ligne qui reprend la forme et la fonction de l'expérience utilisateur dans laquelle la publicité est intégrée</p>	 <p>Publicité native sur le site de Time</p>
<p>Publicité sur les réseaux sociaux</p>	<p>Publicité en ligne sur les plateformes de réseaux sociaux</p>	 <p>Annonces placées sur Instagram Stories et sur Newsfeed de Facebook (source : businessofapps.com)</p>
<p>Publicité rich media</p>	<p>Publicité en ligne qui comprend des fonctionnalités avancées de type vidéo, audio ou autres.</p>	 <p>Publicité interactive d'Adidas (source : businessofapps.com)</p>

Messages
diffusés par
e-mail

Toutes les publicités
qui figurent dans les
bulletins d'information
diffusés par e-mail, les
campagnes de
marketing par e-mail
et autres
communications
commerciales diffusées
par ce biais



Publicité diffusée par e-mail sous forme de bulletins
d'information (source :
<https://blogs.brighton.ac.uk/mh406/2015/11/10/a-consumer-analysis-on-email-marketing-real-examples/>)

1.2.2. Technologies publicitaires

1.2.2.1. Publicité comportementale et ciblage en ligne

Il existe de nombreux termes tels que « profilage en ligne », « ciblage comportemental » et « reciblage », couramment utilisés pour désigner la publicité en ligne basée sur le mode de navigation antérieur d'un internaute¹⁸. Globalement, toutes ces techniques peuvent être considérées comme une « pratique consistant à suivre le comportement en ligne des gens et à utiliser les informations collectées pour leur montrer des publicités ciblées individuellement¹⁹. » À cet égard, le comportement en ligne peut englober les données de l'historique de navigation, l'historique des recherches, les données de consommation des médias (par exemple, les vidéos regardées), les données d'utilisation des applications, les achats, les clics de réponse aux publicités, ainsi que les messages

¹⁸ Bennett S.C., *Regulating Online Behavioral Advertising*, John Marshall Law Review, 44 (4), 899–962.

¹⁹ Boerman S., Kruijkemeier S. et Zuiderveen Borgesius F. J., *Online Behavioral Advertising: A Literature Review and Research Agenda*, 2017, Journal of Advertising, 46(3), 363–76,
<https://doi.org/10.1080/00913367.2017.1339368>

publiés et les interactions sur les sites de réseaux sociaux²⁰. Pour collecter des données sur le comportement de navigation des consommateurs, les entreprises utilisent généralement des cookies de suivi. Une fois qu'un cookie est installé sur l'appareil de l'utilisateur, l'annonceur est en mesure de présenter des publicités (le plus souvent au format *display* [affichage d'un panneau visuel ou graphique]) à cet utilisateur sur d'autres sites internet via une bourse d'espaces publicitaires. Actuellement, d'autres méthodes de suivi telles que les cookies flash et la prise d'empreinte (*fingerprinting*) des appareils sont également utilisées pour la publicité comportementale en ligne²¹.

1.2.2.2. Publicité contextuelle

Ce type de ciblage consiste à présenter le plus souvent des annonces au format *display* basées non pas sur le comportement ou les caractéristiques du consommateur, mais sur le contenu qu'il consulte. La publicité dite contextuelle consiste à afficher des publicités pertinentes en fonction du contenu consulté par les consommateurs, par exemple sur un site internet ou sur une application. Cette approche part du principe que les préférences des consommateurs en matière de contenu reflètent leurs intérêts et leurs préférences en matière de produits²². Le ciblage des publicités en fonction du contexte du site est courant depuis quelques décennies déjà, mais il connaît un regain de popularité car il n'implique aucun traitement des données personnelles des consommateurs pour leur proposer des publicités théoriquement pertinentes²³.

1.2.2.3. Publicité programmatique

Initialement, la publicité programmatique était un système automatisant l'achat et la vente d'espaces publicitaires disponibles en ligne, mais elle a considérablement évolué et représente à ce jour l'un des développements majeurs du secteur de la publicité en ligne²⁴. Actuellement, la publicité programmatique est utilisée avec différents formats publicitaires sur de multiples canaux. Cela se fait généralement selon deux procédés : l'achat-vente en temps réel (*real-time bidding* - RTB), c'est-à-dire une vente aux enchères automatisée avec des interactions en temps réel où l'offre la plus élevée remporte l'impression, ou via la place de marché dite privée, qui est une variante du modèle RTB accessible uniquement sur invitation. Dans ce cas, l'enchère n'est pas publique, mais un

²⁰ Zuiderveen Borgesius F. J., *Improving Privacy Protection in the Area of Behavioural Targeting*, 2014, University of Amsterdam.

²¹ Altaweel I., Good N. et Hoofnagle C. J., *Web Privacy Census*, 2015, SSRN Scholarly Paper, Social Science Research Network, Rochester, NY, <https://papers.ssrn.com/abstract=2703814>.

²² Zhang K. et Katona Z., *Contextual Advertising*, 2012, *Marketing Science*, 31 (6), 980–94, <https://doi.org/10.1287/mksc.1120.0740>.

²³ Davies J., *Personalization diminished: In the GDPR era, contextual targeting is making a comeback*, 2018, DigiDay, <https://digiday.com/media/personalization-diminished-gdpr-era-contextual-targeting-making-comeback/>.

²⁴ Strycharz J. et al., *Contrasting Perspectives – Practitioner's Viewpoint on Personalised Marketing Communication*, 2019, *European Journal of Marketing*, 53(4), 635–60, <https://doi.org/10.1108/EJM-11-2017-0896>.

groupe pré-sélectionné d'annonceurs est invité à faire une offre pour l'impression²⁵. Les deux types d'enchères se font au cas par cas, pendant le temps que met une page web à se charger sur le navigateur d'un utilisateur (soit environ 100 millisecondes). Prenons un exemple pour expliquer cette procédure : un bandeau est disponible sur un site d'information ; grâce aux cookies, l'éditeur et les annonceurs disposent d'un certain nombre d'informations sur le visiteur. Il s'avère que le visiteur a consulté le site web d'une compagnie aérienne (sur la base de sa navigation antérieure). C'est un client potentiel. La compagnie aérienne propose donc de payer 5 centimes pour le bandeau. Par ailleurs, le filtrage des identifiants montre que la personne a également visité une boutique en ligne où elle a placé une paire de chaussures dans son panier mais sans finaliser l'achat (sur la base de sa navigation antérieure). La boutique en ligne offre donc 3 centimes pour le bandeau. Enfin, comme le thème de l'article concerne la nature, une ONG travaillant dans le domaine de la préservation des espaces naturels offre 1 centime pour la bannière (sur la base du contexte du site web). Ces offres sont placées aux enchères et l'offre la plus élevée l'emporte (dans notre exemple, la compagnie aérienne)²⁶.

1.2.2.4. Publicité ciblant une audience similaire (*lookalike*)

Alors que la publicité comportementale en ligne se concentre sur le comportement antérieur des individus et que la plupart des publicités programmatiques se basent sur les caractéristiques du public cible d'une annonce, les modèles de ciblage d'une audience similaire permettent d'identifier de nouveaux publics à partir d'un ensemble d'utilisateurs dont on sait déjà qu'ils sont intéressés par un annonceur. Ce type de ciblage part du principe que la similarité des utilisateurs est corrélée à la probabilité de réagir favorablement à une publicité²⁷. Pour simplifier, les utilisateurs similaires à d'autres utilisateurs à différents égards (par exemple, données démographiques, comportement de navigation antérieur ou centres d'intérêt présumés) reçoivent des publicités ciblées qui ont fonctionné pour des utilisateurs comparables. La publicité *lookalike* est couramment utilisée sur les réseaux sociaux où une organisation peut créer une audience dite personnalisée à partir des informations dont elle dispose sur ses clients (par exemple e-mail, numéro de téléphone et adresse postale) pour identifier ces derniers sur la plateforme. Ensuite, cette audience personnalisée peut être utilisée pour faire de la publicité auprès des utilisateurs de réseaux sociaux qui sont similaires aux membres de l'audience personnalisée.

²⁵ Palos-Sanchez P., Saura J. R. et Martin-Velicia F., *A Study of the Effects of Programmatic Advertising on Users' Concerns about Privacy Overtime*, 2019, Journal of Business Research, 96, 61–72, <https://doi.org/10.1016/j.JBUSRES.2018.10.059>.

²⁶ Strycharz et al., *Contrasting Perspectives – Practitioner's Viewpoint on Personalised Marketing Communication*.

²⁷ Popov A. et Iakovleva D., *Adaptive Look-Alike Targeting in Social Networks Advertising*, 2018, in Procedia Computer Science, <https://doi.org/10.1016/j.procs.2018.08.264>.

1.3. Paysage de la publicité en ligne

Les nouveaux formats publicitaires et les nouvelles technologies utilisées pour vendre et afficher des annonces ont considérablement modifié le secteur de la publicité et ses différents acteurs. Concrètement, le secteur de la publicité englobait auparavant les créateurs de contenus publicitaires (tels que les agences de publicité), les plateformes de médias et les fournisseurs de contenus médiatiques responsables de la diffusion des publicités (tels que les éditeurs). Or, dans le secteur de la publicité en ligne marqué par les évolutions technologiques décrites précédemment, toute entité commerciale qui génère des revenus par le biais des données des consommateurs et de la publicité doit être considérée comme faisant partie de la nouvelle industrie publicitaire²⁸. Dans le même ordre d'idée, l'*Interactive Advertising Bureau* (IAB), principale organisation de la filière, conçoit également le secteur actuel de la publicité comme « les sociétés de médias, les marques et les entreprises technologiques responsables de la vente, de la diffusion et de l'optimisation des campagnes publicitaires numériques²⁹. » Cela signifie donc que non seulement les créateurs et les éditeurs, mais aussi les entreprises qui fournissent les technologies nécessaires aux processus décrits ci-dessus font désormais partie du secteur. Cette catégorie comprend notamment :

- 1) les entreprises de matériel informatique qui développent, fabriquent et commercialisent des dispositifs électroniques, avec lesquels les consommateurs accèdent à des médias, qui fonctionnent comme des points de collecte de données (notamment les dispositifs de l'internet des objets tels que les haut-parleurs intelligents, téléviseurs ou montres connectés) ;
- 2) les entreprises de technologie publicitaire qui fournissent un support technologique permettant la publicité en ligne sous les différentes formes décrites ci-dessus ;
- 3) les entreprises d'agrégation de données qui fournissent un soutien technologique pour convertir les vues potentielles de l'audience ciblée en exposition effective et en réalisation de la vente des produits. Ce chapitre présente les principaux acteurs du segment d'intermédiation technologique qui permettent les processus de publicité en ligne.

1.3.1. Plateformes de gestion des données

En général, les plateformes de gestion des données (*data management platforms* - DMP) sont des solutions logicielles utilisées pour collecter et gérer les données des utilisateurs. Pour résumer, ce sont des entrepôts de données dans lesquels les données sont triées de manière à être utiles à des fins publicitaires. Les données stockées dans les DMP peuvent provenir de différentes sources (*first party data* : données propres à l'entreprise, *second*

²⁸ Helberger et al., *Macro and Exogenous Factors in Computational Advertising: Key Issues and New Research Directions*.

²⁹ Voir <https://www.iab.com/our-story/>.

party data : données collectées par une autre organisation et acquises par l'entreprise, *third party data* : données achetées auprès de fournisseurs tiers qui ne sont pas les collecteurs de ces données). Ces données sont ensuite combinées et utilisées pour établir le profil de chaque client³⁰. Les DMP sont importantes dans le domaine de la publicité programmatique car elles se connectent à des plateformes acheteurs (*demand-side platforms* - DSP) ou vendeurs (*supply-side platforms* - SSP) pour acheter des publicités par le biais de réseaux publicitaires. Les DMP recueillent également des informations sur les performances des publicités afin d'analyser et d'améliorer les futurs achats publicitaires. Salesforce DMP, Adobe Online Manager, SAP Hana et Oracle Data Cloud sont des exemples de DMP actuellement très populaires.

1.3.2. Réseaux publicitaires

Les réseaux publicitaires en ligne mettent en relation les annonceurs numériques avec les sites qui souhaitent publier des annonces numériques. Leur rôle principal consiste à faire correspondre l'offre publicitaire des éditeurs à la demande d'un annonceur. Les annonceurs peuvent s'inscrire auprès de réseaux publicitaires et leur fournir des publicités numériques à diffuser auprès de divers éditeurs en ligne³¹. Les réseaux publicitaires font office d'intermédiaire entre les annonceurs et les éditeurs. Actuellement, Google, avec son service DoubleClick, est le réseau publicitaire le mieux classé. Citons également PropellerAds, Criteo et TripleLift pour les publicités natives.

1.3.3. Bourses d'espaces publicitaires

Les bourses d'espaces publicitaires sont des places de marché numériques qui permettent aux annonceurs et aux éditeurs d'acheter et de vendre des espaces publicitaires. Elles fonctionnent comme la salle des marchés d'une place boursière, mais pour des annonces *display* en ligne³². La bourse d'espaces publicitaires est au cœur du processus de la publicité programmatique et fonctionne en connexion avec une DSP pour les annonceurs et une SSP pour les éditeurs. Contrairement aux réseaux publicitaires, qui se concentrent sur les inventaires, les sites d'éditeurs disposent d'une place de marché axée sur les mesures d'audience et la mise en relation de l'espace disponible avec la demande³³.

³⁰ Starita L., *How Does a Data Management Platform Work?*, 2019, Gartner, <https://www.gartner.com/en/marketing/insights/articles/how-does-a-data-management-platform-work>.

³¹ Marketo, *Types of Digital Ad Technology*, <https://www.marketo.com/ebooks/types-of-digital-ad-technology/>.

³² Rask, *What is Programmatic Advertising?*

³³ IAB Europe, *The advent of RTB*, <https://iab europe.eu/blog/layers-persons-programmatic/>.

1.3.4. Plateformes acheteurs

Les plateformes acheteurs (*demand side platforms* - DSP) sont des plateformes techniques qui permettent aux entreprises d'acheter différents formats publicitaires de manière automatisée. Un annonceur s'inscrit auprès d'une DSP qui est connectée à une bourse d'espaces publicitaires en ligne. Lorsqu'un utilisateur visite un site internet qui dispose d'un espace publicitaire vide et qui est connecté à la bourse, un signal d'enchère est envoyé à la bourse. La bourse demande alors à la DSP si l'annonceur a des annonces qui pourraient correspondre au placement (sur la base des données dont dispose l'annonceur dans sa DMP) et, si tel est le cas, l'offre d'espace publicitaire est transmise aux enchères en temps réel³⁴. LiveRamp, Facebook Ads Manager, Adelphic et MediaMath comptent parmi les principales DSP.

1.3.5. Plateformes vendeurs

Les plateformes vendeurs (*supply side platforms* - SSP) constituent des logiciels utilisés par les éditeurs pour gérer leurs espaces publicitaires disponibles. L'objectif des SSP est de se connecter à un marché publicitaire et de communiquer le type d'inventaires disponibles. Ces inventaires sont automatiquement vendus au plus offrant par un processus d'enchères en temps réel. Comme les éditeurs cherchent à maximiser les enchères, les SSP leur permettent de connecter leur inventaire à plusieurs places de marché, DSP et réseaux publicitaires. Il en résulte un vaste éventail d'acheteurs potentiels³⁵. Parmi les exemples de SSP, citons Google Ad Manager, OpenX et Pubmatic.

1.3.6. Agences de création de contenus automatisés

Les entreprises technologiques émergentes qui développent des outils d'IA pour la création de contenus représentent un nouveau type d'industrie publicitaire. Étant donné que la publicité intelligente basée sur l'IA se profile comme la prochaine évolution de la publicité numérique, les entreprises d'IA joueront un rôle de plus en plus important dans l'avenir de la publicité³⁶. L'IA permet de découvrir davantage d'informations sur les consommateurs, de créer des contenus publicitaires, de cibler davantage et de planifier les médias³⁷. Un nombre croissant d'entreprises se spécialisent dans le contenu automatisé généré par les marques, c'est-à-dire « la transformation des données relatives aux marques et aux consommateurs en un message créé et diffusé avec un certain niveau

³⁴ Rask O., *What is Programmatic Advertising? The Ultimate 2020 Guide*, 2022, Match2One, <https://www.match2one.com/blog/what-is-programmatic-advertising/>.

³⁵ Rask, *What is Programmatic Advertising?*

³⁶ Li, *Special Section Introduction: Artificial Intelligence and Advertising*.

³⁷ Qin et Jiang, *The Impact of AI on the Advertising Process*.

d'automatisation³⁸. » Ainsi, non seulement le processus de diffusion des annonces peut être automatisé, mais à l'avenir, l'automatisation de la création de contenus devrait également se généraliser.

³⁸ Van Noort G. et al., *Introducing a Model of Automated Brand-Generated Content in an Era of Computational Advertising*, 2020, *Journal of Advertising*, 49(4), 411–27, <https://doi.org/10.1080/00913367.2020.1795954>.

2. Cadre juridique

Ronan Fahy, Institut du droit de l'information (IViR), Université d'Amsterdam

2.1. Publicité, liberté d'expression et vie privée

Ce chapitre présente un bref aperçu du cadre juridique et des instruments normatifs du Conseil de l'Europe relatifs à la publicité, à la liberté d'expression et à la vie privée. Il se penche en particulier sur la Convention européenne des droits de l'homme (CEDH)³⁹ et la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme qui est chargée de l'interprétation et de l'application de la CEDH⁴⁰. Par ailleurs, il examine d'importants instruments normatifs du Comité des ministres et de l'Assemblée parlementaire du Conseil de l'Europe, sachant que les recommandations et les résolutions de ces organes fournissent des orientations pertinentes pour les États membres du Conseil de l'Europe et sont régulièrement invoquées par la Cour européenne des droits de l'homme dans le cadre de l'interprétation de la CEDH⁴¹.

2.1.1. Jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme

Pour aborder la question de la publicité en lien avec la liberté d'expression, il est important de commencer par l'article 10 de la CEDH qui garantit le droit à la liberté d'expression⁴². La Cour européenne des droits de l'homme a notamment rendu de nombreux arrêts et décisions portant sur la question de savoir si la publicité commerciale et la publicité politique constituaient un exercice de la liberté d'expression et dans

³⁹ Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, telle qu'amendée par les Protocoles n° 11, 14 et 15, STE n° 5, 4 novembre 1950 (CEDH), https://www.echr.coe.int/Documents/Convention_FRA.pdf.

⁴⁰ CEDH, article 32(1).

⁴¹ Voir, par exemple, *Delfi AS c. Estonie* [Grande chambre], requête n° 64569/09, 16 juin 2015, par. 113, <https://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-155105>, citant avec approbation la Recommandation CM/REC(2011)7 du Comité des Ministres aux États membres du Conseil de l'Europe sur une nouvelle conception des médias, 21 septembre 2011, <https://hudoc.echr.coe.int/eng#%7B%22languageisocode%22:%5B%22FRE%22%5D%2C%22appno%22:%5B%2264569%2F09%22%5D%2C%22documentcollectionid%22:%5B%22GRANDCHAMBER%22%5D%2C%22itemid%22:%5B%22001-155627%22%5D%7D>.

⁴² CEDH, art. 10, par. 1.

quelles circonstances cette publicité pouvait être restreinte. Pour faciliter la lecture, nous traiterons en premier lieu la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme en matière de publicité commerciale, puis en matière de publicité politique.

2.1.1.1. Publicité commerciale et liberté d'expression

En premier lieu, il est important de noter que la Cour européenne des droits de l'homme considère depuis longtemps que la publicité commerciale relève de l'exercice du droit à la liberté d'expression. En effet, dans l'un de ses premiers arrêts portant sur la question de savoir si la publicité commerciale relève du champ d'application de l'article 10 de la CEDH, la Cour réfute l'argument selon lequel la publicité « ne relèverait pas de la liberté d'expression » et considère que l'article 10 de la CEDH garantit la liberté d'expression à « toute personne » et « ne distingue pas d'après la nature, lucrative ou non, du but recherché⁴³. » Fait important, la Cour confirme que la publicité commerciale relève de l'exercice du droit à la liberté d'expression et constitue « un moyen de connaître les caractéristiques des services et des biens [...] offerts⁴⁴. »

Fort utilement, la Cour européenne des droits de l'homme a également précisé ce qu'elle considère comme une publicité commerciale, qui consiste à « inciter le public à se procurer un produit particulier ⁴⁵ », « inciter le public à acheter un produit particulier ⁴⁶ » et « la commercialisation de produits⁴⁷. » La publicité commerciale peut néanmoins faire l'objet de restrictions destinées, notamment, à empêcher « la publicité mensongère ou trompeuse⁴⁸. » À cet égard, il est important de noter que la Cour européenne des droits de l'homme accorde aux États membres du Conseil de l'Europe « une ample marge d'appréciation dès lors qu'il s'agit de réglementer le discours commercial et publicitaire⁴⁹. » Toutefois, les restrictions à la publicité commerciale appellent « un contrôle attentif de la Cour » afin de déterminer si les mesures prises au niveau national « se justifient dans leur principe et sont proportionnées⁵⁰. »

Il est à noter que la Cour européenne des droits de l'homme a statué sur un certain nombre d'affaires récentes concernant la publicité commerciale (en ligne), présentant ainsi son approche de la publicité commerciale sous l'angle de la liberté d'expression. Dans un arrêt de 2018 relatif à l'affaire *Sekmadienis Ltd. c. Lituanie*⁵¹, la Cour

⁴³ *Casado Coca c. Espagne*, requête n° 15450/89, 24 février 1994, par. 51, <https://hudoc.echr.coe.int/eng#%7B%22languageisocode%22:%5B%22FRE%22%5D%22appno%22:%5B%2215450/89%22%5D%22documentcollectionid%22:%5B%22CHAMBER%22%5D%22itemid%22:%5B%22001-62423%22%5D%7D>.

⁴⁴ *Casado Coca c. Espagne*, requête n° 15450/89, 24 février 1994, par. 51.

⁴⁵ *VgT Verein gegen Tierfabriken c. Suisse*, requête n° 24699/94, 28 juin 2001, par. 57, <https://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-59535>

⁴⁶ *Mouvement raëlien suisse c. Suisse* (Grande chambre), requête n° 16354/06, 13 juillet 2012, par. 62, <https://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-112165>

⁴⁷ *TV Vest As & Rogaland Pensjonistparti c. Norvège* (requête n° 21132/05), 11 décembre 2008, par. 64, <https://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-90235>

⁴⁸ *Casado Coca c. Espagne*, requête n° 15450/89, 24 février 1994, par. 51.

⁴⁹ *Sekmadienis Ltd. c. Lituanie*, requête n° 69317/14, 30 janvier 2018, par. 73, <https://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-180506>

⁵⁰ *Casado Coca c. Espagne*, requête n° 15450/89, 24 février 1994, par. 50.

⁵¹ *Sekmadienis Ltd. c. Lituanie*, requête n° 69317/14, 30 janvier 2018.

a statué sur le cas d'une entreprise dont les publicités ont été sanctionnées par un organisme de défense des droits des consommateurs. L'affaire portait sur la campagne publicitaire d'une société de vêtements basée à Vilnius dont les affiches représentaient deux personnes coiffées d'une auréole, l'une d'entre elles étant torse nu et tatouée, avec la légende « Jésus Marie, quel look⁵² ! » À la suite d'un certain nombre de plaintes, l'autorité nationale lituanienne chargée de la protection des droits des consommateurs a estimé que cette campagne violait la loi sur la publicité (qui interdit les publicités « contraires à la morale publique »), au motif que les affiches « dégradent » l'image des « symboles sacrés du christianisme » et étaient susceptibles de « heurter la sensibilité des croyants » et, partant, a infligé une amende à l'entreprise⁵³.

L'entreprise a par la suite saisi la Cour européenne des droits de l'homme, invoquant une violation de son droit à la liberté d'expression en vertu de l'article 10 de la CEDH. En premier lieu, la Cour rappelle dans son arrêt que les États membres du Conseil de l'Europe disposent d'une « ample » marge d'appréciation dès lors qu'il s'agit de réglementer le discours commercial et publicitaire⁵⁴.

Néanmoins, après examen de l'ingérence de la décision des autorités nationales dans la liberté d'expression de l'entreprise, la Cour a estimé que les motifs invoqués ne pouvaient passer pour « pertinents et suffisants⁵⁵. » La Cour rappelle que la liberté d'expression vaut aussi pour « les idées qui heurtent, choquent ou inquiètent » et que les personnes croyantes « doivent tolérer et accepter le rejet par autrui de leurs croyances religieuses et même la propagation par autrui de doctrines hostiles à leur foi⁵⁶. » Ces principes restent applicables, même si les publicités « [visent] un but commercial et qu'elles ne peuvent être considérées comme une “ critique ” d'idées religieuses⁵⁷. » Partant, la Cour conclut à une violation de l'article 10 de la CEDH, les autorités n'ayant « pas ménagé un juste équilibre » entre d'une part, la protection de la morale publique et les droits des croyants et, d'autre part, la liberté d'expression⁵⁸. La Cour démontre ainsi l'existence d'une norme d'examen stricte en matière d'ingérence dans l'exercice de la liberté d'expression commerciale, en établissant notamment le fait que la publicité commerciale peut choquer, heurter et inquiéter.

Autre exemple édifiant pour comprendre l'approche de la Cour européenne des droits de l'homme en matière de publicité commerciale : l'arrêt rendu en 2021 dans l'affaire *Gachechiladze c. Géorgie*⁵⁹, qui porte sur la publicité diffusée sur les réseaux sociaux. L'affaire concernait un fabricant de préservatifs basé à Tbilissi, qui vendait ses produits en ligne en Géorgie tout en faisant de la publicité sur la page Facebook de la marque. La publicité présentait des emballages dont le design cherchait à briser les stéréotypes en Géorgie en matière de sexe et de sexualité, en incluant diverses

⁵² *Ibid.*, par. 7 à 9.

⁵³ *Ibid.*, par. 18.

⁵⁴ *Ibid.*, par. 73.

⁵⁵ *Ibid.*, par. 79.

⁵⁶ *Ibid.*, par. 73.

⁵⁷ *Ibid.*, par. 73.

⁵⁸ *Ibid.*, par. 83.

⁵⁹ *Gachechiladze c. Géorgie*, requête n° 2591/19, 22 juillet 2021.

représentations d'un saint bien connu de l'Église orthodoxe géorgienne ainsi qu'une référence à un jour de fête religieuse du calendrier chrétien. À l'origine de cette affaire, une plainte avait été déposée auprès d'un service d'inspection municipal alléguant que cette publicité « heurtait les convictions religieuses des Géorgiens⁶⁰ ». L'instance municipale a établi que la requérante avait placé sur le produit et la page Facebook de la marque⁶¹ une « publicité contraire à l'éthique » en violation de la loi sur la publicité qui énonce une interdiction formelle à cet égard. Les tribunaux nationaux ont confirmé cette décision et ont notamment rendu une ordonnance interdisant la « diffusion des visuels concernés » sur les réseaux sociaux⁶².

La requérante a par la suite saisi la Cour européenne des droits de l'homme en invoquant une violation de son droit à la liberté d'expression. La première question pour la Cour européenne des droits de l'homme consistait à savoir si la publicité était à caractère « uniquement commercial », comme l'a fait valoir le gouvernement géorgien, ce qui implique que les autorités nationales disposent d'une « ample » marge d'appréciation⁶³. Or, la Cour infirme ce point, estimant que la campagne publicitaire avait également pour objectif « d'initier un débat public » visant à « contribuer à une meilleure compréhension du sexe et de la sexualité » et que compte tenu de ces circonstances, la marge d'appréciation accordée aux juridictions internes est « nécessairement plus étroite » par rapport aux situations qui portent « uniquement sur le discours commercial⁶⁴ ». Après examen des décisions des tribunaux nationaux, la Cour établit que ceux-ci ont omis d'expliquer de manière adéquate comment certaines représentations pouvaient relever de la définition de la publicité immorale au sens de la loi sur la publicité⁶⁵. La Cour s'appuie sur le principe selon lequel dans une « société démocratique pluraliste », ceux qui choisissent d'exercer la liberté de manifester leur religion « doivent tolérer et accepter le rejet par d'autres de leurs croyances religieuses, voire la diffusion par d'autres de doctrines hostiles à leur foi⁶⁶. » Estimant que les motifs invoqués ne sauraient justifier une ingérence dans la liberté d'expression de la requérante ni être suffisants pour « limiter la diffusion » des visuels, la Cour conclut à une violation de l'article 10 de la CEDH⁶⁷.

Un dernier exemple pertinent nous est fourni par l'affaire *TIPP 24 AG c. Allemagne*⁶⁸, dans laquelle la Cour européenne des droits de l'homme statue sur l'interdiction de la publicité en ligne pour les jeux de hasard⁶⁹. Dans cette affaire, une société basée à Hambourg affirmait que l'interdiction de publicité en ligne pour les jeux de hasard publics (loteries) violait son droit à la liberté d'expression. Dans son arrêt, la Cour rappelle tout d'abord que les États disposent d'une ample marge d'appréciation dans

⁶⁰ *Ibid*, par. 11.

⁶¹ *Ibid*, par. 11.

⁶² *Ibid*, par. 18.

⁶³ *Ibid*, par. 18.

⁶⁴ *Ibid*, par. 55.

⁶⁵ *Ibid*, par. 61.

⁶⁶ *Ibid*, par. 62.

⁶⁷ *Ibid*, par. 61.

⁶⁸ *TIPP 24 AG c. Allemagne* (déc.), requête n° 21252/09, 27 novembre 2012.

⁶⁹ *Ibid*.

la régulation des discours à caractère commercial ou publicitaire, puis elle procède à l'examen des objectifs de l'interdiction en cause. À cet égard, la Cour estime que les objectifs visant a) à prévenir la dépendance aux jeux de hasard et b) à assurer la protection des mineurs sont tous deux « incontestablement des objectifs très importants au regard de l'intérêt général » et reconnaît également que les jeux de hasard « accessibles en ligne » peuvent comporter « des risques différents et accrus » par rapport aux formes traditionnelles de ces jeux⁷⁰. Partant, la Cour estime que toute ingérence dans le droit à la liberté d'expression de la société requérante est « justifiée » car « nécessaire dans une société démocratique » et conclut qu'il n'y a pas violation de l'article 10 de la CEDH⁷¹.

2.1.1.2. Publicité politique et liberté d'expression

Outre le fait que la liberté d'expression est applicable à la publicité commerciale, il est important de noter que la Cour européenne des droits de l'homme considère également la publicité politique comme l'exercice du droit à la liberté d'expression en vertu de l'article 10 de la CEDH⁷². Bien que la Cour n'ait pas statué sur la publicité politique en ligne, elle a examiné l'impact des réseaux sociaux dans l'un des arrêts les plus récents de la Grande chambre sur la publicité politique. Il s'agit de l'affaire *Animal Defenders International c. Royaume-Uni*⁷³, dans laquelle la Grande chambre examine une interdiction de publicité politique au Royaume-Uni. On note avec intérêt que la Grande chambre s'est prononcée à une voix près (neuf voix contre huit) sur le fait que l'interdiction de la publicité politique ne violait pas l'article 10 de la CEDH. L'affaire concernait une ONG de défense des animaux qui souhaitait diffuser une publicité condamnant les mauvais traitements infligés aux primates. Or, la diffusion de la publicité a été refusée en vertu de l'interdiction de la publicité politique prévue par la loi sur les communications de 2003. Les tribunaux nationaux ont estimé que l'interdiction ne violait pas le droit à la liberté d'expression de l'ONG qui a ensuite saisi la Cour européenne.

Tout d'abord, la Cour européenne des droits de l'homme établit que le terme « publicité politique » inclut la « publicité sur des questions d'intérêt public »⁷⁴. En second lieu, la Cour rappelle fermement que les États membres peuvent, « dans le respect des dispositions de la Convention, adopter des mesures générales » affectant la liberté d'expression « qui s'appliquent à des situations prédéfinies indépendamment des circonstances propres à chaque cas individuel, même si ces mesures risquent de conduire

⁷⁰ *Ibid.*, par. 33.

⁷¹ *Ibid.*, par. 39.

⁷² Voir *VgT Verein gegen Tierfabriken c. Suisse*, requête n° 24699/94, 28 juin 2001, <https://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-59535>. Voir également *Verein gegen Tierfabriken Schweiz (VgT) c. Suisse* (n° 2) [Grande chambre], requête n° 32772/02, 30 juin 2009, <https://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-93265>.

⁷³ *Animal Defenders International c. Royaume-Uni* [Grande chambre], requête n° 48876/08, 22 avril 2013, <https://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-119244>.

⁷⁴ *Animal Defenders International c. Royaume-Uni* [Grande Chambre], requête n° 48876/08, 22 avril 2013, par. 99.

à des difficultés dans certains cas particuliers⁷⁵. » La Cour passe ensuite en revue les justifications de l'interdiction de la publicité politique en vertu de ce principe de mesures générales et estime que l'interdiction était nécessaire a) pour prévenir le « risque de distorsion » du débat public lié aux disparités de fortune et à l'inégalité d'accès à la publicité politique⁷⁶, b) en raison de l'immédiateté et de la puissance de la radio et de la télévision⁷⁷, et c) du fait de l'impossibilité d'assouplir une mesure générale en raison du risque d'abus⁷⁸. Enfin, la Cour aborde brièvement la question des réseaux sociaux et considère que « malgré leur développement important au cours des dernières années, rien ne montre qu'Internet et les réseaux sociaux aient bénéficié [...] d'un transfert de l'influence des médias de télédiffusion suffisamment important pour qu'il devienne moins nécessaire d'appliquer [...] des mesures spéciales » à la radiodiffusion⁷⁹. Partant, la majorité de la Cour estime que l'interdiction de la publicité politique ne constitue pas une atteinte disproportionnée au droit à la liberté d'expression.

2.1.1.3. Refus et obligations de diffuser des annonces

Outre l'examen de la conformité des interdictions de publicité politique avec l'article 10 de la CEDH, la Cour a également statué sur la question de savoir si le refus de la part d'un média de publier une publicité est une violation de l'article 10 de la CEDH. Cette question a été abordée pour la première fois dans l'affaire *Remuszko c. Pologne*⁸⁰, dans laquelle un journal a refusé de publier l'annonce payée par un auteur pour faire la promotion de son ouvrage. La décision du journal a été confirmée par les tribunaux polonais et lorsque l'affaire a été portée devant la Cour européenne des droits de l'homme, celle-ci a estimé à l'unanimité que les médias privés « doivent exercer librement leurs choix éditoriaux » pour décider de publier des articles, des commentaires, des lettres et des publicités, et que l'exercice concret de la liberté de la presse implique le droit, pour un journal, de définir et d'appliquer sa propre politique à l'égard du contenu des publicités⁸¹. » Par ailleurs, l'obligation d'un État de garantir la liberté d'expression d'un individu « ne donne pas aux citoyens ou aux organisations privées un droit d'accès illimité aux médias pour faire valoir leurs opinions⁸². » Enfin, la Cour estime que dans un « marché médiatique pluraliste », le fait que les éditeurs ne soient pas obligés de diffuser les publicités proposées par des acteurs privés est « compatible » avec les normes de liberté d'expression de l'article 10 de la CEDH⁸³ et conclut qu'il n'y a pas violation de l'article 10 de la CEDH.

⁷⁵ *Animal Defenders International c. Royaume-Uni* [Grande Chambre], requête n° 48876/08, 22 avril 2013, par. 106.

⁷⁶ *Ibid.*, par. 117.

⁷⁷ *Ibid.*, par. 119.

⁷⁸ *Ibid.*, par. 111.

⁷⁹ *Ibid.*, par. 119.

⁸⁰ *Remuszko c. Pologne*, requête n° 1562/10, 16 juillet 2013.

⁸¹ *Ibid.*, par. 79.

⁸² *Ibid.*, par. 79.

⁸³ *Ibid.*, par. 86.

Plus récemment, la Cour a également examiné en 2020 si l'obligation de diffuser une publicité politique violait l'article 10 de la CEDH dans l'affaire *Schweizerische Radio- und Fernsehgesellschaft et publisuisse SA c. Suisse*⁸⁴ impliquant le radiodiffuseur public suisse SSR. Suite au refus du radiodiffuseur de diffuser une publicité politique d'une ONG de défense des droits des animaux qui reprochait au radiodiffuseur de « passer sous silence » des informations, les tribunaux suisses ont ordonné au radiodiffuseur de diffuser la publicité. Considérant que l'ordonnance rendue par les juridictions suisses violait son droit à la liberté d'expression, le radiodiffuseur a saisi la Cour européenne des droits de l'homme. En premier lieu, la Cour a estimé que la publicité concerne un « débat d'intérêt public » puisque l'ONG tentait d'attirer l'attention sur le fait que le radiodiffuseur avait « passé sous silence » des informations publiées par l'ONG⁸⁵. Après examen des décisions des juridictions nationales, la Cour a estimé qu'il n'y avait pas lieu de s'écarter de leur appréciation : le radiodiffuseur est tenu d'accepter des avis critiques, même s'il s'agit d'informations ou d'idées « qui heurtent, choquent ou inquiètent⁸⁶. » De plus, même si la publicité est présentée de manière « très provocatrice », la Cour estime qu'il est évident pour les téléspectateurs qu'il s'agit de l'avis d'un tiers⁸⁷. Partant, la Cour a estimé à l'unanimité qu'il n'y avait pas eu de violation de la liberté d'expression du radiodiffuseur.

2.1.1.4. Application des règles de publicité politique aux médias

Enfin, il convient également de mentionner que la Cour européenne des droits de l'homme a statué sur des affaires dans lesquelles les autorités nationales ont appliqué les règles en matière de publicité électorale et politique à la couverture médiatique en période d'élection. Dans un arrêt de 2017 rendu dans l'affaire *Orlovskaya Iskra c. Russie*, la Cour européenne des droits de l'homme examine l'amende infligée à un journal par les autorités russes en vertu de la loi sur les droits électoraux au motif de ne pas avoir « indiqué qui avait parrainé la publication » de ses articles pendant une élection⁸⁸. La Cour européenne des droits de l'homme a conclu à l'unanimité à une violation de l'article 10 de la Convention européenne des droits de l'homme, rejetant catégoriquement l'idée selon laquelle les articles étaient des « publicités politiques (payées) » et estimant au contraire qu'il s'agissait d'un travail journalistique « ordinaire » pendant une campagne électorale⁸⁹. La Cour réaffirme à cet égard que le rôle de « gardien public » incombant à la presse n'est « pas moins pertinent en période électorale » et « ne se limite pas à l'utilisation de la presse comme moyen de communication, par exemple par le biais de la publicité politique », mais recouvre également l'« exercice indépendant de la liberté de la presse par les médias » sur la base d'un « libre choix éditorial » visant à communiquer des

⁸⁴ *Schweizerische Radio- und Fernsehgesellschaft et publisuisse SA c. Suisse*, requête n° 41723/14, 22 décembre 2020.

⁸⁵ *Ibid.*, par. 85.

⁸⁶ *Ibid.*, par. 89.

⁸⁷ *Ibid.*, par. 89.

⁸⁸ *Orlovskaya Iskra Ltd. c. Russie*, requête n° 42911/08, 21 février 2017, par. 15.

⁸⁹ *Ibid.*, par. 120.

informations sur des questions d'intérêt public, y compris le débat portant sur les différents candidats⁹⁰.

2.1.1.5. Publicité et droit au respect de la vie privée

Comme le reconnaissent les instances du Conseil de l'Europe, l'une des particularités de la publicité en ligne est son impact potentiel sur le droit à la vie privée en vertu de l'article 8 de la CEDH, notamment le droit à la protection des données personnelles⁹¹. En effet, la publicité en ligne peut utiliser des outils axés sur les données, tels que le micro-ciblage, qui permet de collecter des données à caractère personnel afin de procéder à la « segmentation et au profilage des utilisateurs » et de diffuser des publicités hautement « personnalisées » et ciblées⁹². Or, cette publicité basée sur les données peut être utilisée pour la publicité commerciale et politique. Même si la Cour européenne des droits de l'homme n'a pas encore examiné la compatibilité de la publicité micro-ciblée ou personnalisée avec l'article 8 de la CEDH, toute publicité de ce type doit être conforme aux principes que la Cour a établis dans sa jurisprudence. À cet égard, la Grande chambre de la Cour européenne des droits de l'homme confirme explicitement que le droit à la « protection des données à caractère personnel » joue un « rôle fondamental » pour le droit à la vie privée d'une personne tel qu'il est consacré par l'article 8 de la CEDH⁹³.

La Cour a établi un certain nombre de principes au titre de l'article 8 de la CEDH, qui s'appliquent au droit à la protection des données à caractère personnel, en établissant notamment qu'il doit y avoir des garanties appropriées pour empêcher toute utilisation non conforme des données à caractère personnel et que « la nécessité de disposer de telles garanties se fait d'autant plus sentir lorsqu'il s'agit de protéger les données à caractère personnel soumises à un traitement automatique⁹⁴. » Lors de l'interprétation de l'article 8 de la CEDH, la Cour européenne des droits de l'homme a effectivement appliqué les principes énoncés dans la Convention du Conseil de l'Europe pour la protection des personnes à l'égard du traitement automatisé des données à caractère personnel, notamment le principe selon lequel les données à caractère personnel sont a) obtenues et traitées loyalement et licitement ; b) enregistrées pour des finalités déterminées et légitimes et ne sont pas utilisées de manière incompatible avec ces finalités ; c) adéquates, pertinentes et non excessives par rapport aux finalités pour lesquelles elles sont enregistrées ; d) exactes et si nécessaire mises à jour ; e) conservées sous une forme permettant l'identification des personnes concernées pendant une durée n'excédant pas

⁹⁰ *Orlovskaya Iskra Ltd. c. Russie*, requête n° 42911/08, 21 février 2017, par. 130.

⁹¹ Voir, par exemple, Assemblée parlementaire du Conseil de l'Europe, Résolution 2326 (2020), *La démocratie piratée ? Comment réagir ?*, 31 janvier 2020, <http://assembly.coe.int/nw/xml/XRef/Xref-XML2HTML-en.asp?fileid=28598&lang=fr>.

⁹² Assemblée parlementaire du Conseil de l'Europe, Résolution 2326 (2020), *La démocratie piratée ? Comment réagir ?*, 31 janvier 2020, paragraphe 4.

⁹³ *Satakunnan Markkinapörssi Oy et Satamedia Oy c. Finlande* (Grande chambre), requête n° 931/13, 27 juin 2017, par. 137, <https://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-175121>.

⁹⁴ *S. et Marper c. Royaume-Uni*, requêtes n° 30562/04 et 30566/04, 4 décembre 2008, par. 103.

celle nécessaire aux finalités pour lesquelles elles sont enregistrées⁹⁵. Enfin, il convient de noter, en ce qui concerne la publicité politique en ligne, que la Cour européenne des droits de l'homme a récemment rendu un arrêt important dans l'*affaire Catt c. Royaume-Uni*, dans lequel elle établit que les données à caractère personnel « révélant des opinions politiques » font partie des catégories spéciales de données sensibles bénéficiant d'un niveau de protection « élevé » au titre de l'article 8 de la CEDH⁹⁶. Partant, la publicité commerciale et politique en ligne doit être conforme aux principes de l'article 8 de la CEDH.

2.1.2. Normes établies par le Conseil de l'Europe

Outre la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme, d'autres instances du Conseil de l'Europe, notamment le Comité des Ministres⁹⁷ et l'Assemblée parlementaire⁹⁸ ont adopté des résolutions et des recommandations concernant la publicité, la liberté d'expression et la vie privée. En premier lieu, on relève que le Comité des Ministres réaffirme que la liberté d'expression s'applique « aux publicités commerciales et aux publicités de nature politique, au télé-achat et aux opérations de parrainage⁹⁹. » Il est important de noter que « les restrictions en la matière ne sont acceptables que dans les conditions énoncées à l'article 10 de la Convention européenne des droits de l'homme » et que « ces limitations peuvent être nécessaires pour la protection des consommateurs, des mineurs, de la santé publique ou des processus démocratiques¹⁰⁰. » À cet égard, le Comité des Ministres a adopté un certain nombre de recommandations à l'intention des États membres du Conseil de l'Europe, notamment sur la publicité politique, la publicité commerciale et la publicité en ligne.

Les premières recommandations pertinentes en la matière sont la Recommandation de 1999 du Comité des Ministres sur des mesures concernant la couverture médiatique des campagnes électorales¹⁰¹ et la Recommandation de 2007 du Comité des Ministres sur des mesures concernant la couverture médiatique des

⁹⁵ Convention pour la protection des personnes à l'égard du traitement automatisé des données à caractère personnel, Série des traités européens - n° 108, <https://rm.coe.int/1680078b39>.

⁹⁶ *Catt c. Royaume-Uni*, requête n° 43514/15, 24 janvier 2019, par. 112.

⁹⁷ Le Comité des Ministres est l'instance statutaire de décision du Conseil de l'Europe. Il est composé des ministres des Affaires étrangères des États membres du Conseil de l'Europe ou de leurs représentants permanents à Strasbourg, voir <https://www.coe.int/fr/web/cm/about-cm>.

⁹⁸ L'Assemblée parlementaire du Conseil de l'Europe (APCE) est l'un des deux organes statutaires du Conseil de l'Europe. Elle est composée des représentants des parlements nationaux des États membres du Conseil de l'Europe et se réunit généralement quatre fois par an pour une session plénière d'une semaine à Strasbourg, voir <https://www.coe.int/fr/web/no-hate-campaign/parliamentary-assembly1>.

⁹⁹ Recommandation CM/Rec(2011)7 du Comité des Ministres aux États membres sur une nouvelle conception des médias, 21 septembre 2011, Annexe, section 97, https://search.coe.int/cm/Pages/result_details.aspx?ObjectId=09000016805cc2ca.

¹⁰⁰ Recommandation CM/Rec(2011)7, Annexe, section 97.

¹⁰¹ Recommandation n° R (99) 15 du Comité des Ministres aux États membres relative à des mesures concernant la couverture médiatique des campagnes électorales, 9 septembre 1999.

campagnes électorales¹⁰². Ces documents énoncent un certain nombre de recommandations importantes pour les États membres du Conseil de l'Europe en matière de publicité politique, préconisant notamment que si les médias acceptent de la publicité politique payante, « des cadres de régulation et d'autorégulation devraient garantir qu'une telle publicité est aisément reconnaissable en tant que telle¹⁰³. » Par ailleurs, si les médias publics acceptent de la publicité politique payante dans leurs publications, ils doivent garantir que « tous les candidats et partis politiques sollicitant l'achat d'espace publicitaire soient traités de manière égale et non discriminatoire¹⁰⁴. » De même, dans les États membres où les partis politiques et les candidats ont le droit d'acheter de l'espace publicitaire à des fins électorales, « les cadres de régulation devraient faire en sorte que la possibilité d'acheter de l'espace publicitaire soit accordée à tous les partis concurrents, dans les mêmes conditions et sur la base de tarifs égaux¹⁰⁵. » Enfin, la recommandation spécifie que les États membres « pourraient étudier » l'introduction dans des cadres de régulation d'une disposition « limitant le volume d'espace et de temps publicitaire politique que les partis politiques ou les candidats peuvent acheter¹⁰⁶. »

D'autre part, la Recommandation de 2018 du Comité des Ministres sur le pluralisme des médias et la transparence de leur propriété¹⁰⁷ comporte également un certain nombre de normes importantes sur la publicité. En particulier, « les médias et les autres acteurs devraient respecter les normes de transparence les plus strictes » en ce qui concerne la provenance des contenus qu'ils diffusent et « toujours indiquer clairement qu'un contenu est fourni par des sources politiques, qu'il comporte un message publicitaire ou relève d'une autre forme de communication commerciale, comme le parrainage ou le placement de produit¹⁰⁸. » En outre, ces obligations de transparence s'appliquent également aux formes « hybrides » de contenus, notamment aux contenus éditoriaux parrainés, à la publicité native, aux publiereportages et à l'info-divertissement. Lorsque ces obligations ne sont « pas remplies », il convient de prévoir des dispositions pour que « soient appliquées des mesures proportionnées par les autorités réglementaires nationales¹⁰⁹. »

En ce qui concerne la publicité en ligne, la déclaration 2019 du Comité des Ministres sur la viabilité financière du journalisme de qualité à l'ère numérique¹¹⁰ comprend des recommandations spécifiques pour les plateformes en ligne. Tout d'abord, elle reconnaît que « les modèles économiques des plateformes en ligne fondés sur la collecte des données, et la possibilité de diffuser des messages ciblés et personnalisés »

¹⁰² Recommandation CM/Rec(2007)15 du Comité des Ministres aux États membres sur des mesures concernant la couverture médiatique des campagnes électorales, 7 novembre 2007.

¹⁰³ Recommandation CM/Rec(2007)15, Annexe, paragraphe I(6).

¹⁰⁴ Recommandation CM/Rec(2007)15, paragraphe I(4).

¹⁰⁵ Recommandation CM/Rec(2007)15, paragraphe II(5).

¹⁰⁶ Recommandation CM/Rec(2007)15, paragraphe II(5).

¹⁰⁷ Recommandation CM/Rec(2018)1[1] du Comité des Ministres aux États membres sur le pluralisme des médias et la transparence de leur propriété, 7 mars 2018.

¹⁰⁸ Recommandation CM/Rec(2018)1[1], paragraphe 7.

¹⁰⁹ Recommandation CM/Rec(2018)1 [1], Annexe, paragraphe 2.7.

¹¹⁰ Déclaration du Comité des Ministres sur la viabilité financière du journalisme de qualité à l'ère numérique, 13 février 2019.

rendent ces acteurs très attractifs pour le secteur de la publicité¹¹¹. Elle recommande ainsi aux plateformes de « s’engager à améliorer la transparence et la surveillance des placements publicitaires sur leurs sites Internet » et « d’éviter le détournement des revenus de sources d’information fiables vers des sources de désinformation et de contenus faux¹¹². » Pour ce qui est de la publicité en ligne et des mineurs, il convient de mentionner la Recommandation du Comité des Ministres sur les Lignes directrices relatives au respect, à la protection et à la réalisation des droits de l’enfant dans l’environnement numérique¹¹³. La recommandation reconnaît que la publicité en ligne représente un « risque de préjudice » pour les enfants et recommande aux États membres de prendre des mesures pour s’assurer que les enfants soient « protégés contre l’exploitation commerciale dans l’environnement numérique », notamment a) en exigeant que « la publicité et le marketing numériques ciblant les enfants puissent être clairement identifiés en tant que tels par ceux-ci et en imposant à toutes les parties prenantes concernées de limiter le traitement des données à caractère personnel des enfants à des fins commerciales » et b) « en protégeant les enfants contre l’exposition à des formes de publicité et de marketing inadaptées à leur âge¹¹⁴. » Enfin, le Comité des ministres a également créé le Comité *ad hoc* sur l’intelligence artificielle (CAHAI), chargé d’étudier un cadre juridique pour l’intelligence artificielle fondé sur les normes du Conseil de l’Europe¹¹⁵. Cette étude couvre également l’impact de l’IA sur les élections, ainsi que l’utilisation du micro-ciblage et du profilage pour la publicité politique. Le CAHAI a formulé un certain nombre de recommandations, notamment sur l’importance de la transparence¹¹⁶.

2.1.2.1. L’Assemblée parlementaire

L’Assemblée parlementaire a également adopté des résolutions importantes, notamment sur la publicité politique en ligne, qu’il convient de prendre en compte. Par exemple, dans sa résolution de 2019 sur la liberté des médias en tant que condition pour des élections démocratiques¹¹⁷, l’Assemblée appelle les États membres à « exiger que la publicité politique payante soit aisément reconnaissable en tant que telle¹¹⁸. » En ce qui concerne l’environnement en ligne, l’Assemblée appelle les États membres « à développer des cadres de régulation spécifiques concernant les contenus internet en période électorale, et à y inclure des dispositions concernant la transparence en matière de contenus

¹¹¹ Déclaration sur la viabilité financière du journalisme de qualité à l’ère numérique, paragraphe 5.

¹¹² Déclaration sur la viabilité financière du journalisme de qualité à l’ère numérique, paragraphe 12.

¹¹³ Recommandation CM/Rec(2018)7 du Comité des Ministres aux États membres sur les Lignes directrices relatives au respect, à la protection et à la réalisation des droits de l’enfant dans l’environnement numérique, 4 juillet 2018.

¹¹⁴ Recommandation CM/Rec(2018)7, Annexe, paragraphe 57.

¹¹⁵ Voir <https://www.coe.int/en/web/artificial-intelligence/cahai>.

¹¹⁶ Voir CAHAI, *Towards Regulation of AI Systems*, 2020, étude DGI 16 du Conseil de l’Europe, pp. 82-83, <https://rm.coe.int/prems-107320-gbr-2018-compli-cahai-couv-texte-a4-bat-web/1680a0c17a>.

¹¹⁷ Assemblée parlementaire du Conseil de l’Europe, Résolution 2254 (2019) *La liberté des médias en tant que condition pour des élections démocratiques*, 23 janvier 2019.

¹¹⁸ Assemblée parlementaire du Conseil de l’Europe, Résolution 2254 (2019) *La liberté des médias en tant que condition pour des élections démocratiques*, 23 janvier 2019, paragraphe 8.8.

sponsorisés publiés sur les réseaux sociaux, afin que le public puisse connaître la source qui finance une publicité électorale ou toute autre information ou opinion¹¹⁹. »

En outre, dans sa résolution 2020 sur la « démocratie piratée »¹²⁰, l'Assemblée parlementaire considère que « les campagnes électorales axées sur les données tirées des réseaux sociaux », en particulier « les publicités occultes diffusées sur les plateformes et ciblant des électeurs potentiels » sont un phénomène croissant qui « devrait être mieux régulé afin d'assurer la transparence et la protection des données, et de gagner la confiance du public¹²¹. » À cet égard, l'Assemblée appelle les États membres à renforcer la transparence de la publicité politique en ligne et à « prendre en compte les implications du micro-ciblage des publicités politiques en vue de promouvoir un paysage politique plus responsable, qui se prête moins aux manipulations¹²². » Enfin, l'Assemblée salue également l'action récente de l'UE visant à « garantir une plus grande transparence de la publicité politique payante¹²³. »

2.1.3. Conclusion

Ce chapitre offre un bref aperçu de la législation et des normes du Conseil de l'Europe relatives à la publicité, à la liberté d'expression et à la vie privée, au regard desquelles nous pouvons formuler un certain nombre de conclusions. Premièrement, la publicité commerciale et la publicité politique sont toutes deux des formes protégées de la liberté d'expression consacrée par l'article 10 de la CEDH. Deuxièmement, la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme fournit des orientations utiles, notamment en ce qui concerne la définition de la publicité commerciale et de la publicité politique et la délimitation entre ces deux types de publicité. La jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme démontre également que sa conception de la publicité politique est assez large et ne se limite pas aux publicités électorales, mais s'étend à la publicité liée aux questions d'intérêt public. Troisièmement, en ce qui concerne la publicité commerciale en particulier, la Cour européenne des droits de l'homme souligne l'ample marge d'appréciation dont jouissent les États membres. Toutefois, la jurisprudence récente démontre également que la Cour européenne des droits de l'homme scrute les restrictions en matière de publicité commerciale avec une grande vigilance. Quatrièmement, cette présentation montre également que l'article 8 de la CEDH recèle des garanties importantes pour la protection des données à caractère personnel pouvant être utilisées dans la publicité en ligne. Enfin, les normes adoptées par les instances du Conseil de l'Europe comportent des principes et des recommandations majeurs pour les États membres, notamment en ce qui concerne la publicité commerciale en ligne et le micro-ciblage politique en ligne.

¹¹⁹ Résolution 2254 (2019), paragraphe 9.2.

¹²⁰ Assemblée parlementaire du Conseil de l'Europe, Résolution 2326 (2020) *La démocratie piratée ? Comment réagir ?*, 31 janvier 2020.

¹²¹ Résolution 2326 (2020), paragraphe 4.

¹²² Résolution 2326 (2020), paragraphe 6.5.

¹²³ Résolution 2326 (2020), paragraphe 7.

2.2. Aperçu de la réglementation européenne en matière de publicité

Max van Drunen, Institut du droit de l'information (IViR), Université d'Amsterdam

La publicité en ligne est réglementée par un assemblage disparate de législations horizontales et de réglementations sectorielles. Le présent chapitre donne un aperçu complet des principales (propositions de) législations européennes qui s'appliquent à la publicité en ligne. Il présente l'objet et le champ d'application personnel de chaque texte législatif, et décrit brièvement la manière dont chacun d'eux régit la publicité en ligne.

2.2.1. Droit de la consommation

Le droit de la consommation est l'un des espaces traditionnels du cadre de réglementation juridique de la publicité. La Directive sur les pratiques commerciales déloyales (Directive PCD) contient des normes générales régissant les relations entre entreprises et consommateurs¹²⁴. Elle vise à protéger les consommateurs contre les pratiques commerciales déloyales (notamment la publicité) susceptibles d'amener les consommateurs à prendre une décision commerciale qu'ils n'auraient pas prise autrement¹²⁵. La Directive PCD y parvient par une combinaison de normes ouvertes (articles 5 à 9) et d'exemples spécifiques (Annexe I et II) qui visent différentes formes de publicité déloyale.

La Directive PCD interdit en particulier les pratiques commerciales trompeuses et agressives. Les pratiques commerciales trompeuses omettent les informations dont le consommateur a besoin pour prendre une décision en connaissance de cause ou impliquent une action susceptible de tromper un consommateur. L'interdiction de la publicité trompeuse couvre, par exemple, la publicité non signalée, les rétributions occultes en échange du référencement prioritaire d'un produit dans un algorithme de

¹²⁴ Directive 2005/29/CE du Parlement européen et du Conseil du 11 mai 2005 relative aux pratiques commerciales déloyales des entreprises vis-à-vis des consommateurs dans le marché intérieur et modifiant la Directive 84/450/CEE du Conseil et les Directives 97/7/CE, 98/27/CE et 2002/65/CE du Parlement européen et du Conseil et le règlement (CE) n° 2006/2004 du Parlement européen et du Conseil («Directive sur les pratiques commerciales déloyales»), JO L 149, 2005, pp. 22–39, <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN-FR/TXT/?from=FR&uri=CELEX%3A32005L0029>.

¹²⁵ Directive sur les pratiques commerciales déloyales, article 1, 2 d). À titre d'exemple de décision commerciale, la Commission cite le fait de cliquer sur une publicité en ligne dans ses récentes orientations : Communication de la commission - Orientations concernant l'interprétation et l'application de la Directive 2005/29/CE du Parlement européen et du Conseil relative aux pratiques commerciales déloyales des entreprises vis-à-vis des consommateurs dans le marché intérieur (Texte présentant de l'intérêt pour l'EEE), 2021, Bruxelles, Commission européenne, par. 2.4, <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN-FR/TXT/?from=EN&uri=CELEX%3A52021XC1229%2805%29>.

classement, ou la publicité qui crée une confusion avec les produits d'un concurrent¹²⁶. Les pratiques commerciales agressives portent atteinte de manière significative à la liberté de choix du consommateur par le biais du harcèlement, de la contrainte ou d'une influence injustifiée (articles 8 et 9). La directive mentionne explicitement la publicité incitant directement les enfants à acheter ou à persuader leurs parents d'acheter un produit comme un exemple spécifique de pratique commerciale agressive. Plus récemment, l'attention des législateurs s'est portée sur de nouvelles formes de manipulation dans la publicité en ligne. La Commission fait notamment valoir que la publicité ciblée qui exploite les vulnérabilités des consommateurs, ou les influenceurs qui abusent de la relation de confiance avec leur public, peuvent également tomber sous le coup de l'interdiction des pratiques commerciales agressives prévue par la DPCD¹²⁷.

La Directive relative aux droits des consommateurs (Directive DC) vise à renforcer la position des consommateurs¹²⁸. Bien qu'elle ne soit pas spécifiquement axée sur la publicité (en ligne), la DDC comprend quelques dispositions pertinentes en matière de transparence. Par exemple, les entreprises doivent fournir au consommateur toutes les informations nécessaires sur les biens (faisant l'objet d'une publicité) avant toute conclusion d'un contrat avec le professionnel et doivent aussi l'informer lorsque le prix (annoncé) a été personnalisé¹²⁹.

Enfin, la Directive en matière de publicité trompeuse et de publicité comparative vise à protéger les entreprises contre les conséquences déloyales de la publicité trompeuse et à établir les conditions dans lesquelles la publicité comparative est autorisée¹³⁰. Les dispositions de la Directive en matière de publicité trompeuse visent les relations entre entreprises (sachant que la Directive PCD couvre déjà la publicité trompeuse dans les relations des entreprises avec les consommateurs). La directive utilise trois facteurs pour déterminer si la publicité est trompeuse, à savoir les caractéristiques des biens, leur prix et les qualités de l'annonceur. Les dispositions relatives à la publicité comparative s'appliquent aussi bien dans les relations inter-entreprises qu'entre les entreprises et les consommateurs. Elles autorisent la publicité comparative pour autant que celle-ci réponde aux conditions suivantes :

¹²⁶ Annexe I de la Directive PCD, article 11a (sur les rétributions pour obtenir un référencement prioritaire) et articles 6 à 7.

¹²⁷ Communication de la commission - Orientations concernant l'interprétation et l'application de la Directive 2005/29/CE du Parlement européen et du Conseil relative aux pratiques commerciales déloyales des entreprises vis-à-vis des consommateurs dans le marché intérieur (Texte présentant de l'intérêt pour l'EEE), par. 4.2.6-4.2.7 ; Helberger N. et al., *Choice Architectures in the Digital Economy: Towards a New Understanding of Digital Vulnerability*, 2021, *Journal of Consumer Policy*, 22, <https://doi.org/10.1007/s10603-021-09500-5>.

¹²⁸ 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 (Texte présentant de l'intérêt pour l'EEE), 2022, <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN-FR/TXT/?from=EN&uri=CELEX%3A02011L0083-20220528>.

¹²⁹ Communication de la Commission - Orientations concernant l'interprétation et l'application de la Directive 2011/83/UE du Parlement européen et du Conseil relative aux droits des consommateurs (Texte présentant de l'intérêt pour l'EEE), [https://eur-lex.europa.eu/legal-content/FR/TXT/?uri=CELEX:52021XC1229\(04\)](https://eur-lex.europa.eu/legal-content/FR/TXT/?uri=CELEX:52021XC1229(04)).

¹³⁰ Directive 2006/114/CE du Parlement européen et du Conseil du 12 décembre 2006 en matière de publicité trompeuse et de publicité comparative (version codifiée - Texte présentant de l'intérêt pour l'EEE), 2006, JO L 376, 27.12.2006, pp. 21 – 27 §, <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/FR/TXT/?uri=CELEX:32006L0114>.

- « elle n'est pas trompeuse au sens de l'article 2, point b), de l'article 3 et de l'article 8, par. 1, de la présente directive ou des articles 6 et 7 de la [Directive PCD] ;
- elle compare des biens ou services répondant aux mêmes besoins ou ayant le même objectif ;
- elle compare objectivement une ou plusieurs caractéristiques essentielles, pertinentes, vérifiables et représentatives de ces biens et services, y compris éventuellement le prix ;
- elle n'entraîne pas le discrédit ou le dénigrement des marques, noms commerciaux, autres signes distinctifs, biens, services, activités ou situation d'un concurrent ;
- pour les produits ayant une appellation d'origine, elle porte dans chaque cas sur des produits ayant la même appellation ;
- elle ne tire pas indûment profit de la notoriété attachée à une marque, à un nom commercial ou à d'autres signes distinctifs d'un concurrent ou de l'appellation d'origine de produits concurrents ;
- elle ne présente pas un bien ou un service comme une imitation ou une reproduction d'un bien ou d'un service portant une marque ou un nom commercial protégés ;
- elle n'est pas source de confusion parmi les professionnels, entre l'annonceur et un concurrent ou entre les marques, noms commerciaux, autres signes distinctifs, biens ou services de l'annonceur et ceux d'un concurrent¹³¹. »

2.2.2. Droit de la protection des données

Les données personnelles nécessaires au ciblage placent également la publicité en ligne dans le champ d'application de la législation sur la protection des données. Le Règlement général sur la protection des données (RGPD) élargit la portée des obligations concernant le traitement de ces données¹³². Ce faisant, il poursuit deux objectifs majeurs : garantir la protection des personnes physiques lors du traitement des données personnelles et permettre la libre circulation de ces données. Les implications de la législation sur la protection des données pour la publicité en ligne ont fait l'objet d'une étude détaillée dans un autre ouvrage¹³³. La présente publication se borne à fournir un aperçu de base du

¹³¹ Directive en matière de publicité trompeuse et de publicité comparative, article 4.

¹³² 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 - RGPD), 2016, JO L 119 pp. 1–88, <https://eur-lex.europa.eu/eli/reg/2016/679/oj?locale=fr>.

¹³³ Lynskey O., *Track(Ing) Changes: An Examination of EU Regulation of Online Behavioural Advertising through a Data Protection Lens*, 2011, *European Law Review*, 36(6), pp. 876–86, <http://www.sweetandmaxwell.co.uk/Catalogue/ProductDetails.aspx?productid=6968&recordid=427>; Zuiderveen Borgesius F.J., *Singling out People without Knowing Their Names – Behavioural Targeting, Pseudonymous Data, and the New Data Protection Regulation*, 2016, *Computer Law & Security Review* 32(2), pp. 256–71, <https://doi.org/10.1016/j.clsr.2015.12.013>; *Regulating Online Behavioural Advertising Through Data Protection Law*, 2021, <https://www.elgaronline.com/view/9781839108297.xml>

cadre réglementaire et une analyse des développements récents en matière de protection des données ayant un impact sur la publicité en ligne. En particulier, le chapitre 4.1 analyse l'application récente des dispositions légales par les autorités nationales de protection des données, et le chapitre 5.2.3 analyse la législation européenne récemment proposée en matière d'utilisation des données personnelles pour la publicité politique ciblée.

Les obligations visées par le RGPD s'appliquent essentiellement aux responsables du traitement des données. Ceux-ci sont définis comme les acteurs qui déterminent les finalités et les moyens du traitement des données personnelles. Ils peuvent agir seuls, ou conjointement avec d'autres¹³⁴. Les régulateurs et les tribunaux ont de plus en plus recours au concept de contrôle conjoint pour s'attaquer aux nombreux acteurs qui peuvent influencer la manière dont sont traitées les données en ligne, y compris dans la chaîne de valeur de la publicité en ligne¹³⁵. Lorsque plusieurs responsables du traitement opèrent conjointement, ils doivent déterminer leurs responsabilités en toute transparence (notamment en ce qui concerne le respect des droits et de l'information des personnes concernées) et se conformer à leurs responsabilités respectives en vertu de la législation sur la protection des données¹³⁶.

Aux termes du RGPD, les responsables du traitement sont tenus de s'assurer qu'ils disposent d'une base légale pour traiter les données personnelles. Dans le cadre de la publicité comportementale en ligne, où les données personnelles jouent un rôle important, le meilleur, voire l'unique fondement juridique est le consentement. Les deux autres fondements juridiques potentiels exigent du responsable du traitement qu'il atteste que le traitement des données pour diffuser de la publicité est nécessaire pour l'exécution d'un contrat ou au titre de son intérêt légitime¹³⁷. Lorsqu'il existe une base juridique pour le traitement des données, le RGPD impose un certain nombre d'autres obligations pertinentes pour la publicité en ligne. Tout d'abord, les personnes doivent être informées notamment de la manière dont sont traitées leurs données et par qui elles sont traitées. Ensuite, les responsables du traitement doivent se conformer aux obligations destinées à limiter les risques du traitement des données, notamment en matière de restriction des données, de confidentialité et de protection des données dès la

¹³⁴ Finck M., *Cobwebs of Control: The Two Imaginations of the Data Controller in EU Law*, 2021, *International Data Privacy Law*, 11(4), pp. 333–47, <https://doi.org/10.1093/idpl/ipab017>.

¹³⁵ Veale M., Nouwens M. et Santos C., *Impossible Asks: Can the Transparency and Consent Framework Ever Authorise Real-Time Bidding After the Belgian DPA Decision?*, 2022, *Technology and Regulation*, pp. 12–22, <https://doi.org/10.26116/techreg.2022.002>.

¹³⁶ *Lignes directrices 07/2020 concernant les notions de responsable du traitement et de sous-traitant dans le RGPD*, 2020, EDPB, https://edpb.europa.eu/our-work-tools/our-documents/guidelines/guidelines-072020-concepts-controller-and-processor-gdpr_fr; Finck, *Cobwebs of Control*; *Unabhängiges Landeszentrum für Datenschutz Schleswig-Holstein c. Wirtschaftsakademie Schleswig-Holstein GmbH*, n° C-210/16 (CJUE 2016), <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/FR/TXT/?uri=CELEX:62016CA0210>. *Témoins de Jéhovah*, n° C-25/17 (CJUE 10 juillet 2018), <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/FR/TXT/?uri=CELEX:62017CJ0025>; *Fashion ID*, n° C-40/17 (CJUE 29 juillet 2019), <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/FR/TXT/?uri=CELEX:62017CJ0040>.

¹³⁷ Chen J., *Data Protection Principles Governing OBA, Regulating Online Behavioural Advertising Through Data Protection Law*, 2021, Edward Elgar Publishing, pp. 111–13, <https://www.elgaronline.com/view/9781839108297.00015.xml>; Zuiderveen Borgesius F. J., *Personal Data Processing for Behavioural Targeting: Which Legal Basis?*, 2015, *International Data Privacy Law*, 5(3), pp. 163–76, <https://doi.org/10.1093/idpl/ipv011>.

conception. Enfin, les responsables du traitement des données ne peuvent transférer des données à caractère personnel hors de l'Union que si des garanties appropriées sont mises en place à cet effet.

Le RGPD est complété par la Directive vie privée et communications électroniques¹³⁸. Celle-ci exige que les personnes donnent leur consentement dans deux situations pertinentes au regard de la publicité en ligne. En premier lieu, les personnes doivent donner leur consentement lorsque des informations sont stockées sur leur appareil ou accessibles à partir de celui-ci. D'une part, cette obligation s'applique à toute information et ne se limite pas uniquement aux données personnelles, et d'autre part, elle couvre les cookies de suivi qui sont souvent utilisés pour la publicité comportementale en ligne¹³⁹. En second lieu, la Directive vie privée et communications électroniques exige également que les utilisateurs donnent leur consentement avant d'être contactés par courrier électronique, par automate d'appel ou par télécopie à des fins de marketing direct¹⁴⁰. La Cour de justice de l'Union européenne (CJUE) a établi que cette exigence s'appliquait également aux fournisseurs de courrier électronique qui insèrent des publicités entre des courriels¹⁴¹.

Une mise à jour de la Directive vie privée et communications électroniques, le Règlement « vie privée et communications électroniques », a été proposée le 10 janvier 2017¹⁴². Les trilogues entre la Commission, le Parlement et le Conseil ont repris après que le Conseil a publié son projet le 10 février 2021¹⁴³. Si la période transitoire normale de 24 mois est maintenue, le Règlement « vie privée et communications électroniques » n'entrera pas en vigueur avant 2024. Des divergences significatives subsistent entre la manière dont la Commission, le Parlement et le Conseil proposent de réglementer les technologies de ciblage et le marketing direct. Ces différences concernent, par exemple, la question de savoir si le consentement au suivi doit être donné par le biais du navigateur ou sur chaque site internet individuellement.

¹³⁸ Directive 2002/58/CE du Parlement européen et du Conseil du 12 juillet 2002 concernant le traitement des données à caractère personnel et la protection de la vie privée dans le secteur des communications électroniques (Directive vie privée et communications électroniques), 2009, publ. L. n° JO L 201, 31.7.2002, p. 37, 58, <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/FR/TXT/?uri=CELEX:02002L0058-20091219>.

¹³⁹ *Verbraucherzentrale Bundesverband eV c. Planet49 GmbH*, n° C-673/17 (CJUE 2017). Directive vie privée et communications électroniques, considérant 17.

¹⁴⁰ Il existe une exception lorsqu'une adresse électronique a été obtenue de la part d'un utilisateur lors d'une vente, qu'elle n'est utilisée que pour promouvoir des produits ou services du même vendeur, et que les utilisateurs ont la possibilité de s'opposer d'emblée et à chaque message à l'utilisation de leurs coordonnées (Directive vie privée et communications électroniques, considérant 40).

¹⁴¹ *StWL Städtische Werke Lauf ad Pegnitz GmbH c. eprimo GmbH*, n° C-102/20 (CJUE 25 novembre 2021), <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/FR/TXT/?uri=CELEX:62020CJ0102>.

¹⁴² Proposition de règlement du Parlement européen et du Conseil concernant le respect de la vie privée et la protection des données à caractère personnel dans les communications électroniques et abrogeant la Directive 2002/58/CE (règlement «vie privée et communications électroniques»), 2017, publ. L. n° COM/2017/010 final, <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/FR/TXT/?uri=CELEX:52017PC0010>.

¹⁴³ Proposition de règlement du Parlement européen et du Conseil concernant le respect de la vie privée et la protection des données à caractère personnel dans les communications électroniques et abrogeant la Directive 2002/58/CE (règlement «vie privée et communications électroniques»), 2021, publ. L. n° 6087/21, <https://data.consilium.europa.eu/doc/document/ST-6087-2021-INIT/en/pdf>.

2.2.3. Régulation des plateformes et de l'internet

2.2.3.1. Législation en vigueur

La Directive sur le commerce électronique (Directive e-commerce) a longtemps été le cadre juridique fondateur des services en ligne au sein de l'UE¹⁴⁴. Les dispositions phares de la Directive e-commerce concernent les intermédiaires. L'article 14 dispose que les hébergeurs (y compris les plateformes en ligne) bénéficient d'une exemption de responsabilité à l'égard du contenu (y compris la publicité) téléchargé par un utilisateur, pour autant qu'ils n'aient pas la connaissance ni le contrôle des contenus hébergés¹⁴⁵. L'article 15 interdit aux États membres d'imposer une obligation générale en matière de surveillance. En outre, les articles 6 à 8 imposent des obligations de transparence limitées en matière de publicité en ligne. Il s'agit principalement de veiller à ce que les annonceurs, les publicités, les offres promotionnelles telles que les réductions, et les concours promotionnels soient clairement identifiables. Les États membres sont également tenus d'autoriser la publicité en ligne des professions réglementées¹⁴⁶.

Le règlement promouvant l'équité et la transparence pour les entreprises utilisatrices de services d'intermédiation en ligne (règlement *platform-to-business* - P2B) vise à assurer aux entreprises l'équité, la transparence et des possibilités de recours lorsqu'elles proposent des biens ou des services aux consommateurs par l'intermédiaire de plateformes ou de moteurs de recherche. Sont exclus de son champ d'application les outils publicitaires ou les échanges publicitaires en ligne (y compris les services liés à l'optimisation des moteurs de recherche ou au blocage de la publicité)¹⁴⁷. Concrètement, cela signifie que les services publicitaires tels que Google DoubleClick ne sont pas soumis au règlement P2B, contrairement aux plateformes de commerce électronique qui permettent à une entreprise utilisatrice de payer pour promouvoir son produit dans leur classement¹⁴⁸. Si les plateformes ou les moteurs de recherche donnent aux entreprises utilisatrices la possibilité de payer pour influencer le classement, elles doivent

¹⁴⁴ Directive 2000/31/CE du Parlement européen et du Conseil du 8 juin 2000 relative à certains aspects juridiques des services de la société de l'information, et notamment du commerce électronique, dans le marché intérieur (Directive e-commerce), 2000, publ. L. n° JO L 178, pp. 1–16.

¹⁴⁵ *l'Oréal c. eBay*, n° ECLI:EU:C:2011:474 (CJUE 7 décembre 2011), <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/FR/TXT/?uri=CELEX:62009CJ0324>; *Cyando*, n° ECLI:EU:C:2021:503 (CJUE 22 juin 2021), <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/FR/TXT/?uri=CELEX:62018CJ0682>.

¹⁴⁶ La Directive relative aux services dans le marché intérieur exige également que les États membres autorisent la publicité (y compris hors ligne) des professions réglementées. Directive 2006/123/CE du Parlement européen et du Conseil du 12 décembre 2006 relative aux services dans le marché intérieur, 2006, 376 JO L 5, <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/FR/TXT/?uri=celex%3A32006L0123>.

¹⁴⁷ Règlement (UE) 2019/1150 du Parlement européen et du Conseil du 20 juin 2019 promouvant l'équité et la transparence pour les entreprises utilisatrices de services d'intermédiation en ligne (règlement P2B), 2019, publ. L. n° JO L 186, pp. 57–79, art. 1(3), considérant 11, <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/FR/TXT/?uri=CELEX:32019R1150>.

¹⁴⁸ *Impact assessment of the Proposal for a Regulation of the European Parliament and of the Council on promoting fairness and transparency for business users of online intermediation services*, 2018, Bruxelles, Commission européenne, pp. 7–8, <https://digital-strategy.ec.europa.eu/en/library/impact-assessment-proposal-regulation-european-parliament-and-council-promoting-fairness-and>.

impérativement fournir une description des éventuelles possibilités et des effets que la rétribution peut avoir sur le classement¹⁴⁹.

2.2.3.2. Le projet de DSA/DMA

En décembre 2020, la Commission a proposé deux règlements (législation sur les services numériques et législation sur les marchés numériques) afin de réformer le cadre juridique applicable aux services numériques. Avec ces deux textes, la Commission entend « créer un espace numérique plus sûr dans lequel les droits fondamentaux de tous les utilisateurs de services numériques sont protégés [et] établir des conditions de concurrence équitables pour favoriser l'innovation, la croissance et la compétitivité¹⁵⁰. » La législation sur les services numériques (*Digital Services Act* - DSA) est axée sur les responsabilités des intermédiaires en ligne à l'égard du contenu et de la publicité diffusés sur leur service, et prévoit des obligations dont la rigueur va croissant pour les services d'hébergement, les plateformes et les très grandes plateformes en ligne. La législation sur les marchés numériques (DMA) se concentre sur les obligations des contrôleurs d'accès en vue de garantir des « marchés contestables et équitables dans le secteur numérique¹⁵¹. »

Le projet de DSA est un règlement qui complétera la Directive e-commerce et remplacera les dispositions de cette dernière concernant la responsabilité des intermédiaires¹⁵². Néanmoins, les modifications apportées par la DSA aux articles 14 et 15 de la Directive e-commerce n'ont pas d'effet significatif sur la publicité en ligne. En revanche, les nouvelles obligations que la DSA impose aux plateformes en ligne sont plus pertinentes. Toutes les plateformes en ligne doivent fournir davantage d'informations, notamment sur les principaux paramètres de ciblage, aux utilisateurs qui voient une publicité, et il leur est interdit d'utiliser des données sensibles pour cibler la publicité¹⁵³. Les très grandes plateformes en ligne (définies comme des plateformes comptant 45 millions d'utilisateurs actifs mensuels) sont soumises à des obligations supplémentaires aux fins de gérer les risques systémiques qu'elles comportent. Cela couvre notamment l'obligation d'atténuer les risques systémiques résultant, par exemple, de leurs systèmes publicitaires, ainsi que l'obligation de créer des bases de données accessibles au public contenant les métadonnées de toutes les publicités diffusées sur leur service au cours de l'année écoulée¹⁵⁴.

¹⁴⁹ Communication de la Commission Lignes directrices concernant la transparence en matière de classement, conformément au règlement (UE) 2019/1150 du Parlement européen et du Conseil 2020/C 424/01, 2020, Bruxelles, Commission européenne, par. 2.1.1, [https://eur-lex.europa.eu/legal-content/FR/TXT/?uri=CELEX:52020XC1208\(01\)](https://eur-lex.europa.eu/legal-content/FR/TXT/?uri=CELEX:52020XC1208(01)).

¹⁵⁰ Commission européenne, Législation sur les services numériques (DSA), 2020, <https://digital-strategy.ec.europa.eu/en/policies/digital-services-act-package>.

¹⁵¹ DMA, article 1(1).

¹⁵² L'analyse présentée dans cette édition d'Iris Spécial est basée sur la version de la DSA votée par la Commission du marché intérieur et de la protection des consommateurs du Parlement européen le 16 juin 2022, https://www.europarl.europa.eu/meetdocs/2014_2019/plmrep/COMMITTEES/IMCO/DV/2022/06-15/DSA_provisionalagreementAnnexe_EN.pdf.

¹⁵³ Proposition de DSA, article 24.

¹⁵⁴ Proposition de DSA, articles 25, 26, 27, 30.

La proposition de DMA est un règlement qui s'appuiera sur le règlement P2B en imposant des règles plus strictes aux contrôleurs d'accès¹⁵⁵. Ceux-ci exploitent un service de plateforme essentiel qui sert de point d'accès entre les entreprises utilisatrices et les consommateurs, jouissent d'une position solide et durable et ont une incidence majeure sur le marché intérieur. Les entreprises sont présumées avoir un impact sur le marché intérieur si leur chiffre d'affaires annuel dans l'UE dépasse 7,5 milliards d'euros depuis trois ans, ou si leur valeur de marché dans l'UE dépasse 75 milliards d'euros et si elles fournissent le même service de plateforme essentiel dans au moins trois États membres. Sont qualifiées de contrôleurs d'accès les entreprises ayant plus de 45 millions d'utilisateurs actifs mensuels et 10 000 entreprises utilisatrices actives par an au sein de l'UE¹⁵⁶. Les services de publicité en ligne (y compris les réseaux et les bourses d'espaces publicitaires) sont considérés comme des services de plateforme essentiels dès lors que le contrôleur d'accès offre également un autre service de plateforme essentiel (tel que moteur de recherche, service de réseau social ou système d'exploitation)¹⁵⁷.

L'article 5, par. 2 de la proposition de DMA interdit aux contrôleurs d'accès de traiter à des fins publicitaires les données des utilisateurs finaux qui utilisent un service tiers reposant sur un service de plateforme essentiel. L'article 5, par. 2 interdit également aux contrôleurs d'accès de combiner ou de croiser les données à caractère personnel obtenues par le biais des différents services qu'ils proposent, ou de connecter les utilisateurs finaux à d'autres services afin de combiner les données à caractère personnel. Les interdictions de l'article 5, par. 2 ne s'appliquent pas lorsque l'utilisateur final a eu la possibilité d'exercer un choix spécifique et a donné son consentement au sens visé par le RGPD. Lorsque le consentement est refusé ou retiré, « *le contrôleur d'accès ne réitère pas sa demande de consentement pour la même finalité plus d'une fois par période d'un an.* ». Bien que l'article 5, par. 2 ne concerne pas spécifiquement la publicité, il limite potentiellement la mesure dans laquelle les contrôleurs d'accès peuvent agréger les données afin de fournir des services publicitaires ciblés plus subtilement.

Les dispositions de la DMA concernant la publicité en ligne visent principalement à accroître la transparence des services publicitaires à l'égard des entreprises utilisatrices. L'article 5, par. 9 confère aux annonceurs le droit de demander (quotidiennement et gratuitement) les informations suivantes sur chaque annonce qu'ils placent :

- le tarif et les frais qu'ils ont payés pour chacun des services publicitaires (y compris les déductions et les suppléments) ;
- la rémunération que l'éditeur a perçue, y compris les déductions et les suppléments (sous réserve du consentement de l'éditeur ; à défaut de consentement, les contrôleurs d'accès doivent indiquer la rémunération quotidienne moyenne que l'éditeur perçoit) ;
- les paramètres utilisés pour calculer chaque tarif, honoraire et rémunération.

¹⁵⁵ Cette analyse est basée sur la version de la DMA votée par la Commission du marché intérieur et de la protection des consommateurs du Parlement européen le 16 mai 2022, <https://www.consilium.europa.eu/media/56086/st08722-xx22.pdf>.

¹⁵⁶ DMA, article 3.

¹⁵⁷ DMA, article 2, par. 2, point j).

L'article 5, par. 10 confère aux éditeurs un droit similaire concernant la rémunération perçue par eux-mêmes et par leurs annonceurs. L'article 6, par. 1, point g) confère aux annonceurs et aux éditeurs un droit d'accès gratuit aux outils de mesure de performance du contrôleur d'accès et aux données (agrégées et non agrégées) dont ils ont besoin pour vérifier les inventaires¹⁵⁸. Ces données doivent être fournies de manière à permettre aux annonceurs et aux éditeurs d'utiliser leurs propres outils de vérification et de mesure pour évaluer les performances des services de plateforme essentiels fournis par le contrôleur d'accès.

2.2.4. Régulation spécifique au secteur : médias et expression politique

Enfin, le droit communautaire comporte un large éventail de législations couvrant la publicité dans certains médias spécifiques ou sur des thèmes particuliers¹⁵⁹. Le présent rapport se concentre sur deux développements majeurs récents dans ce domaine, à savoir la Directive Services de médias audiovisuels (Directive SMA, révisée en 2018) et le Règlement sur la publicité politique (RPP, présenté en 2021).

La Directive SMA encadre les services donnant accès à des contenus médiatiques, y compris (depuis 2018) les plateformes de partage de vidéos¹⁶⁰. Elle interdit la publicité portant atteinte à toute une série d'intérêts individuels et publics, notamment la dignité humaine, le droit à la non-discrimination, la santé, la sécurité, la protection de l'environnement et des mineurs. Par ailleurs, la Directive SMA interdit ou limite la publicité pour l'alcool, le tabac et les médicaments. Outre ces limites imposées au

¹⁵⁸ DMA, considérants 42, 44, 53 ; Vezzoso S., *The Dawn of Pro-Competition Data Regulation for Gatekeepers in the EU*, 2021, *European Competition Journal*, 17(2), pp. 391–406,

<https://doi.org/10.1080/17441056.2021.1907080>. Vezoso fait valoir que ces derniers peuvent exiger que les contrôleurs d'accès fournissent, par exemple, des données prélevées au niveau de l'utilisateur leur permettant d'examiner le service de publicité en analysant la durée de visibilité d'une annonce pour les utilisateurs. En outre, l'article 13 exige que les plateformes fournissent à la Commission une description auditée et mise à jour annuellement des techniques de profilage qu'elles utilisent pour leurs services de publicité en ligne.

¹⁵⁹ Directive 2001/83/CE du Parlement européen et du Conseil du 6 novembre 2001 instituant un code communautaire relatif aux médicaments à usage humain, 2001, 311 JO L §, art. 86, <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/FR/TXT/?uri=CELEX:32001L0083> ; Directive 2003/33/CE du Parlement européen et du Conseil du 26 mai 2003 concernant le rapprochement des dispositions législatives, réglementaires et administratives des États membres en matière de publicité et de parrainage en faveur des produits du tabac (Texte présentant de l'intérêt pour l'EEE), 2003,

<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/FR/TXT/?uri=CELEX:02003L0033-20030620> ; Directive 2006/123/CE du Parlement européen et du Conseil du 12 décembre 2006 relative aux services dans le marché intérieur, art. 4(11), 24.

¹⁶⁰ Texte consolidé: Directive 2010/13/UE du Parlement européen et du Conseil du 10 mars 2010 visant à la coordination de certaines dispositions législatives, réglementaires et administratives des États membres relatives à la fourniture de services de médias audiovisuels (Directive Services de médias audiovisuels) (version codifiée) (Texte présentant de l'intérêt pour l'EEE) <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/FR/TXT/?uri=CELEX%3A02010L0013-20181218>.

contenu de la publicité, elle impose également des obligations de transparence, notamment par la signalisation du parrainage et du placement de produit.

Le RPP est le premier texte législatif de l'UE qui traite directement de la publicité à caractère politique, jusqu'à présent laissée à la discrétion des États membres¹⁶¹. Le RPP impose principalement des obligations de transparence en fournissant aux individus, aux autorités de contrôle et aux acteurs privés (tels que les chercheurs et les journalistes) des informations sur le contexte et le ciblage des publicités politiques. Les dispositions relatives à la transparence constituent une harmonisation maximale¹⁶². En outre, le RPP restreint les possibilités d'utilisation des données sensibles pour le ciblage ou l'amplification des publicités politiques¹⁶³. Le RPP fait l'objet d'un examen plus détaillé au chapitre 5.2 ; le chapitre 5.3 analyse comment le RPP facilite le contrôle public de la publicité politique en exigeant que les plateformes incluent des informations sur les publicités politiques dans les bibliothèques d'annonces.

¹⁶¹ Proposition de règlement du Parlement européen et du Conseil relatif à la transparence et au ciblage de la publicité à caractère politique, 2021, COM/2021/731 final §, <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/FR/TXT/?uri=CELEX:52021PC0731> ; Furnémont J. et Kevin D., *Regulation of Political Advertising: A Comparative Study with Reflections on the Situation in South-East Europe*, 2020, Conseil de l'Europe, <https://rm.coe.int/study-on-political-advertising-eng-final/1680a0c6e0> ; Dobber T., Ó Fathaigh R. et Zuiderveen Borgesius F. J., *The Regulation of Online Political Micro-Targeting in Europe*, 2019, *Internet Policy Review*, 8(4), <https://policyreview.info/articles/analysis/regulation-online-political-micro-targeting-europe>

¹⁶² RPP, article 3, chap. 2 et 3.

¹⁶³ RPP, article 12, par. 1 et 2.

3. Publicité préjudiciable et publicité clandestine

Ce chapitre analyse les évolutions récentes de la réglementation traditionnelle de la publicité, à savoir les mesures d'interdiction limitant l'exposition du public aux publicités préjudiciables et les obligations de transparence permettant au public d'identifier les publicités. L'auteur se penche en particulier sur la Directive Services de médias audiovisuels révisée de 2018 (Directive SMA)¹⁶⁴. En premier lieu, le paragraphe 3.1 expose brièvement le cadre normatif des mesures d'interdiction en matière de publicité et des obligations de transparence. Le paragraphe 3.2 présente ensuite un aperçu détaillé des règles de la Directive SMA applicables à la publicité dans les services de vidéo à la demande et les services de plateformes de partage de vidéos. L'environnement en ligne étant le thème central du présent rapport, le régime de la publicité télévisée (hors ligne) et du télé-achat n'est pas inclus dans cette analyse. Le chapitre se termine par une étude de cas concernant la régulation du marketing d'influence sur les services des plateformes de partage de vidéos aux Pays-Bas.

3.1. Pourquoi interdire certaines publicités et imposer la signalisation de l'intention commerciale ?

Arlette Meiring, Institut du droit de l'information (IViR), Université d'Amsterdam

La régulation de la publicité a traditionnellement été inspirée, d'une part, par les intérêts économiques d'une concurrence effective sur le marché et, d'autre part, par la nécessité de préserver certains intérêts de l'État, de la collectivité et de l'individu¹⁶⁵. Il est

¹⁶⁴ Texte consolidé: Directive 2010/13/UE du Parlement européen et du Conseil du 10 mars 2010 visant à la coordination de certaines dispositions législatives, réglementaires et administratives des États membres relatives à la fourniture de services de médias audiovisuels (Directive Services de médias audiovisuels) (version codifiée) (Texte présentant de l'intérêt pour l'EEE) <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/FR/TXT/?uri=CELEX%3A02010L0013-20181218>.

¹⁶⁵ Price M., *The Enabling Environment for Free and Independent Media: Contribution to Transparent and Accountable Governance*, 2002, USAID Office of Democracy and Governance Occasional Paper Series, p. 29, https://repository.upenn.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1065&context=asc_papers ; voir également Pitofsky R., *Beyond Nader: Consumer Protection and the Regulation of Advertising*, 1977, Harvard Law Review, 90 (84), p. 669 et suiv., <https://doi.org/10.2307/1340281>, sur l'importance de la protection des consommateurs dans la régulation de la publicité.

communément admis que les consommateurs doivent être protégés contre d'éventuels effets préjudiciables de la publicité, tels que la tromperie, la limitation du choix du consommateur, l'exploitation des vulnérabilités et la discrimination¹⁶⁶. Les législateurs ont relevé ces défis, entre autres, en interdisant les contenus publicitaires préjudiciables et en imposant des obligations de transparence aux prestataires de services publicitaires.

Les restrictions en matière de contenu publicitaire sont généralement justifiées par la protection des consommateurs¹⁶⁷ et la protection de la société contre les comportements préjudiciables à l'intérêt public¹⁶⁸. L'objectif ultime de la régulation est de veiller à ce que « la publicité soit élaborée avec un sens des responsabilités envers la société et une attention particulière aux valeurs morales qui constituent le fondement de toute démocratie¹⁶⁹. » Cette responsabilité est particulièrement pertinente dans le domaine de la publicité audiovisuelle si l'on considère que les médias audiovisuels « ont des effets beaucoup plus immédiats et puissants »¹⁷⁰ sur le public que les autres médias. Bien que les publicités audiovisuelles soient généralement d'une durée relativement courte, elles peuvent, de par leur nature, avoir une grande influence et jouer un rôle important dans le changement des mentalités au sein de la société¹⁷¹.

¹⁶⁶ Pour un aperçu de la manière dont les consommateurs peuvent être affectés (de façon négative) par les pratiques de publicité en ligne, voir Fourberg N. et al., *Online advertising: the impact of targeted advertising on advertisers, market access and consumer choice*, 2021, Parlement européen, Luxembourg, p. 31 et suiv., [https://www.europarl.europa.eu/thinktank/en/document/IPOL_STU\(2021\)662913](https://www.europarl.europa.eu/thinktank/en/document/IPOL_STU(2021)662913).

¹⁶⁷ Voir notamment le préambule de l'ancienne Directive Télévision sans frontières (89/552/CEE) : « considérant que, pour assurer de façon complète et adéquate la protection des intérêts des consommateurs que sont les téléspectateurs, il est essentiel que la publicité télévisée soit soumise à un certain nombre de normes minimales et de critères (...). » Voir également le considérant 99 de la Directive SMA 2010 (2010/13/UE) : « (...) il est essentiel d'assurer un niveau élevé de protection des consommateurs en mettant en place des normes appropriées régissant la forme et le contenu de ces émissions. » Voir également le considérant 46 de la Directive portant modification de la Directive SMA (2018/1808) : « Comme les utilisateurs comptent de plus en plus sur les services de plateformes de partage de vidéos pour accéder aux contenus audiovisuels, il est nécessaire d'assurer un niveau suffisant de protection du consommateur en alignant les règles sur les communications commerciales audiovisuelles, dans la mesure appropriée, entre l'ensemble des fournisseurs. » [mise en italique ajoutée par l'auteur].

¹⁶⁸ Il est important de noter que les intérêts des consommateurs et les intérêts de la société sont souvent liés. Par exemple, on peut affirmer que les enfants, en tant que consommateurs vulnérables, doivent être protégés de toute exposition aux publicités pour des aliments riches en graisses afin de protéger leur santé individuelle (sachant que des études établissent un lien entre l'exposition à la publicité et la mesure dans laquelle les enfants consomment ces aliments), mais aussi en vue de protéger l'intérêt public par la prévention du développement de l'obésité infantile.

¹⁶⁹ Bychawska-Siniarska D., *Protecting the Right to Freedom of Expression under the European Convention on Human Rights: A handbook for legal practitioners*, 2017, Conseil de l'Europe, Strasbourg, p. 96, <https://edoc.coe.int/en/fundamental-freedoms/7425-protecting-the-right-to-freedom-of-expression-under-the-european-convention-on-human-rights-a-handbook-for-legal-practitioners.html>.

¹⁷⁰ Voir, par exemple, Cour européenne des droits de l'homme, 23 septembre 1994, n° 15890/80, *Jersild c. Danemark*, par. 31, <https://hudoc.echr.coe.int/eng#%7B%22fulltext%22:%5B%22Jersild%20c.%20Danemark%22%22%22documentcollectionid%22:%5B%22GRANDCHAMBER%22%22CHAMBER%22%22itemid%22:%5B%22001-62456%22%22%22%7D>.

¹⁷¹ Résolution du Conseil et des représentants des gouvernements des États membres réunis au sein du Conseil, du 5 octobre 1995, concernant le traitement de l'image des femmes et des hommes dans la publicité et les médias, 95/C 296/06, [https://eur-lex.europa.eu/legal-content/FR/TXT/?uri=CELEX:41995X1110\(01\)](https://eur-lex.europa.eu/legal-content/FR/TXT/?uri=CELEX:41995X1110(01)).

En interdisant certains contenus publicitaires, la Directive SMA vise à protéger les intérêts des consommateurs individuels, tels que la santé et la sécurité, la non-discrimination et l'épanouissement moral des mineurs. Dans le même temps, elle cherche à garantir (principalement) des intérêts sociétaux tels que la protection de l'environnement. Les intérêts des consommateurs individuels et les intérêts de la société peuvent se recouper : les restrictions de la publicité pour les cigarettes et les boissons alcoolisées, par exemple, servent à la fois les intérêts individuels et ceux de la santé publique¹⁷². Il en va de même pour l'interdiction des discriminations, dont on peut dire qu'elle ne vise pas seulement à protéger des groupes spécifiques de consommateurs ciblés par des contenus discriminatoires, mais aussi à réduire globalement la discrimination dans l'ensemble de la société.

Il est important de noter que même lorsque la publicité n'est pas nécessairement préjudiciable au public en tant que telle, elle peut néanmoins avoir un impact défavorable dans la mesure où elle peut tromper les consommateurs ou les induire en erreur. Si le public n'est pas (rendu) conscient de la nature commerciale du contenu auquel il est exposé, il est généralement incapable d'évaluer de manière critique le caractère persuasif de celui-ci¹⁷³. La connaissance s'étant avérée être un facteur essentiel dans la défense du consommateur contre la publicité, les législateurs ont formulé des obligations de transparence imposant aux annonceurs et aux intermédiaires de la publicité d'être clairs et transparents sur les intérêts économiques (et autres) qui se cachent derrière leurs contenus. La Directive SMA, par exemple, vise à limiter les pratiques de manipulation commerciale en exigeant la signalisation des annonces publicitaires et en interdisant les techniques destinées à contourner la vigilance des utilisateurs, c'est-à-dire les techniques dites subliminales¹⁷⁴.

3.2. La Directive SMA révisée

Arlette Meiring, Institut du droit de l'information, Université d'Amsterdam

Depuis son adoption en 1989 pour la télévision¹⁷⁵, la Directive SMA a été révisée deux fois en réponse aux changements du paysage audiovisuel européen, afin d'inclure également les nouveaux services en ligne tels que les services de vidéo à la demande (révision de

¹⁷² Cela découle du considérant 31 de la Directive 2018/1808 spécifiant qu'il est nécessaire de veiller à l'efficacité des mesures d'autorégulation et de corégulation mentionnées dans la Directive SMA telles que la mise en place de codes de conduite encadrant la publicité pour l'alcool ou les boissons et les aliments mauvais pour la santé (article 9, par. 3 et 4, « visant, notamment, à protéger *les consommateurs ou la santé publique* » [italique ajouté]).

¹⁷³ Bien que ce ne soit pas le seul facteur, voir Rozendaal E., Buijzen M. et van Reimersdal E. A., *Reconsidering Advertising Literacy as a Defence Against Advertising Effects*, *Media Psychology*, 14 (4), p. 338, <https://doi.org/10.1080/15213269.2011.620540>.

¹⁷⁴ « [E]n raison des effets néfastes de cette pratique sur les consommateurs », voir le considérant 90 de la Directive 2010/13/UE.

¹⁷⁵ Directive 89/552/CEE (Directive Télévision sans frontières).

2007)¹⁷⁶ et les services de plateforme de partage de vidéos (révision de 2018¹⁷⁷). Aux fins du présent chapitre, le terme « Directive SMA » fait référence au texte consolidé¹⁷⁸ de la Directive 2010/13/UE et de la Directive de 2018 portant modification de cette dernière.

En raison des nombreuses révisions effectuées au fil des ans, la structure de la Directive SMA a subi de profonds changements. Bien que les écarts de réglementation entre la radiodiffusion télévisuelle et les services à la demande aient été largement supprimés en 2018 au profit d'une approche plus uniforme, un dispositif distinct d'obligations a été créé pour les services de plateformes de partage de vidéos, ce qui a donné lieu à un mélange intéressant de règles pour les différents types de services de contenus audiovisuels.

3.2.1. Définition et caractère générique des communications commerciales

Parallèlement à l'évolution et à l'élargissement de la directive, les concepts et les définitions ont également évolué. Selon l'article 1, par. 1, point a) de l'actuelle Directive SMA, il existe deux types de services de médias audiovisuels (SMA) :

- (i) les services dont l'objet principal du service proprement dit (ou d'une partie dissociable de ce service) est la fourniture de programmes au grand public, sous la responsabilité éditoriale d'un fournisseur de services de médias, dans le but d'informer, de divertir ou d'éduquer ;
- (ii) les communications commerciales audiovisuelles.

Le premier type de SMA peut être divisé en deux catégories : les émissions de télévision et les services de vidéo à la demande (VOD). Les services de vidéo à la demande permettent aux téléspectateurs d'accéder à des contenus audiovisuels en ligne à tout moment, en tout lieu et avec n'importe quel appareil. Un élément clé de la définition i) spécifie que les programmes fournis par ces services visent à « informer, divertir ou éduquer », ce qui exclut les services à caractère purement commercial (par exemple, les vidéos promotionnelles)¹⁷⁹. Toutefois, les services à finalité commerciale peuvent également constituer un SMA, notamment s'ils répondent aux critères de « communication commerciale audiovisuelle » tels que définis à l'article 1, par. 1, point h), de la Directive SMA¹⁸⁰ :

- la communication consiste en des images, combinées ou non à du son ;
- les images ont un but promotionnel, direct ou indirect ;

¹⁷⁶ Directive 2007/65/CE.

¹⁷⁷ Directive 2018/1808.

¹⁷⁸ Disponible sur <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX%3A02010L0013-20181218>.

¹⁷⁹ Voir CJUE 21 février 2018, C-132/17, ECLI:EU:C:2018:85 (*Peugeot Deutschland GmbH c. Deutsche Umwelthilfe eV*), <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/FR/TXT/?uri=CELEX:62017CJ0132>.

¹⁸⁰ Dans ce chapitre, les termes « publicité » et « communication commerciale » sont employés comme des formes abrégées de « communication commerciale audiovisuelle ».

- les images sont conçues pour promouvoir les biens, les services ou l'image d'une personne physique ou morale qui exerce une activité économique ;
- les images accompagnent un programme ou une vidéo créée par un utilisateur ou y sont insérées ;
- les images sont diffusées moyennant paiement ou autre contrepartie, ou à des fins d'autopromotion.

À titre d'exemple, la communication commerciale audiovisuelle peut se présenter sous forme de publicité télévisée, de parrainage, de télé-achat et de placement de produit.

Bien que l'article 1, par. 1, point a) de la Directive SMA indique que les communications commerciales audiovisuelles constituent une catégorie distincte de SMA, on trouve dans la littérature l'argument selon lequel les publicités font partie intégrante des émissions de télévision et des services de VOD et, partant, ne sauraient être considérées comme des services à part entière¹⁸¹. Cette interprétation est étayée par la définition de la communication commerciale audiovisuelle énoncée par la Directive SMA, qui précise que ces communications « *accompagnent un programme ou une vidéo créée par un utilisateur, ou y sont insérées* » [caractères italiques ajoutés par l'auteur]. En d'autres termes, les communications commerciales audiovisuelles ne sont pas des éléments autonomes et sont toujours intégrées dans une entité plus vaste¹⁸².

Les services de médias audiovisuels sont généralement fournis par un « fournisseur de services de médias » (article 1, par. 1, point d) : la personne physique ou morale qui assume la responsabilité éditoriale du choix du contenu audiovisuel du service de médias audiovisuels et qui détermine la manière dont il est organisé. Cependant, les communications commerciales (SMA de type 2) peuvent également être fournies par un « fournisseur de plateformes de partage de vidéos », à savoir la personne physique ou morale qui fournit un service de plateformes de partage de vidéos (article 1, par.1, point d bis)). Un service de plateforme de partage de vidéos (*video-sharing platform* - VSP) a pour objet principal ou pour fonctionnalité essentielle de fournir au grand public des programmes, des vidéos créées par l'utilisateur, ou les deux, dans le but d'informer, de divertir ou d'éduquer (article 1, par. 1, point a bis) de la Directive SMA). La principale différence entre les fournisseurs de services de médias et les fournisseurs de VSP réside dans le fait que ces derniers n'ont pas la responsabilité éditoriale de la majorité des programmes et/ou des vidéos créées par les utilisateurs et mis en ligne sur leurs infrastructures. Les fournisseurs de VSP déterminent toutefois l'organisation des contenus audiovisuels mis en ligne, notamment par le biais de l'affichage, du balisage et du séquençement des vidéos.

¹⁸¹ Voir Chavannes R. et Castendyk O., *Article 1 (Definitions) of Directive 2007/65/EC*, 2008, dans : Castendyk O., Dommering E. et Scheuer A. (éd.), *European Media Law*, Kluwer Law International, Alphen aan den Rijn, p. 819 ; voir également Verdoodt V., *Children's rights and advertising literacy in the digital era: Towards an empowering regulatory framework for commercial communication*, 2018, thèse, p. 141, <https://biblio.ugent.be/publication/8585920>.

¹⁸² Voir également CJUE, 21 février 2018, C-132/17, ECLI:EU:C:2018:85 (*Peugeot Deutschland GmbH c. Deutsche Umwelthilfe eV*), par. 27 à 30.

Les services fournis par les fournisseurs de services de médias et les fournisseurs de VSP peuvent se recouper. Une chaîne vidéo proposée sur une plateforme de partage de vidéos, par exemple BBC News sur YouTube, peut constituer en soi un SMA de type 1, et plus spécifiquement un service de VOD. Le fait que le contenu audiovisuel soit transmis via l'infrastructure d'un fournisseur de VSP ne modifie pas le statut juridique de la chaîne en tant que fournisseur de SMA indépendant¹⁸³. Le chapitre 3.3 aborde les récentes orientations publiées par le régulateur des médias néerlandais concernant les conditions dans lesquelles les influenceurs en ligne actifs sur les VSP doivent se conformer aux obligations relatives aux SMA à la demande. Par ailleurs, les publicités sur une chaîne vidéo proposée par un VSP peuvent être organisées soit par le fournisseur de services de médias (BBC News) sous la forme d'un parrainage ou d'un placement de produit dans les vidéos, soit par le VSP (YouTube) sous la forme de spots publicitaires payants affichés avant le démarrage de la vidéo ou pendant des interruptions au cours de sa diffusion.

Les paragraphes suivants présentent les règles de qualité et de transparence applicables à la publicité audiovisuelle en ligne dans le même ordre que dans la Directive SMA, en commençant par les normes générales applicables à tous les services de médias audiovisuels - y compris les communications commerciales - fournis par les fournisseurs de services de médias, puis en passant aux normes spécifiques applicables aux communications commerciales diffusées par les fournisseurs de services de médias, et en terminant par le dispositif spécifique régissant les publicités diffusées sur les VSP.

3.2.2. Obligations générales des services de médias audiovisuels

Le chapitre III de la Directive SMA énonce des règles de base applicables à tous les services de médias audiovisuels proposés par les fournisseurs de services de médias. Pour ce qui est de la publicité en ligne, cela signifie que le chapitre III s'applique aux communications commerciales telles qu'elles sont fournies par les fournisseurs de services de VOD, mais pas par les fournisseurs de VSP¹⁸⁴.

Étant donné que le chapitre III s'applique plus généralement aux SMA, les dispositions énoncées n'ont pas toutes la même pertinence pour la publicité (en ligne). L'article 5 sur l'identification des fournisseurs de services de médias, par exemple, ne concerne pas le contenu audiovisuel, mais le fournisseur de médias lui-même. Et bien que l'article 7 sur l'accessibilité des contenus pour les personnes handicapées soit techniquement applicable aux communications commerciales, il semble être rédigé principalement pour les contenus non commerciaux visant à « informer, divertir ou éduquer¹⁸⁵ ». Les articles 6 et 6 bis, en revanche, contiennent des exigences en matière de

¹⁸³ Considérant 3 de la Directive 2018/1808.

¹⁸⁴ Le régime spécifique des services fournis par les VSP est défini au chapitre IXA.

¹⁸⁵ L'article 7 bis (services de médias audiovisuels d'intérêt général), l'article 7 ter (superposition non autorisée par des bandeaux à des fins commerciales) et l'article 8 (œuvres cinématographiques) sont également considérés comme non pertinents pour la publicité en ligne et ne sont donc pas intégrés à notre analyse.

qualité et de transparence qui pourraient très bien s'appliquer à la publicité audiovisuelle en ligne.

L'article 6 prévoit deux obligations générales, à savoir que les services de médias audiovisuels ne doivent contenir aucune incitation à la haine ni aucune provocation publique à commettre une infraction terroriste¹⁸⁶. Dans la doctrine, la question a été posée de savoir si les exigences de l'article 6 s'appliquaient ou devraient s'appliquer à la publicité¹⁸⁷. Sachant que l'article 9 prévoit déjà des obligations spécifiques pour les communications commerciales audiovisuelles (voir chapitre 3.2.3) qui recoupent en partie celles énoncées à l'article 6, l'application de l'article 6, de portée générale, à la publicité peut sembler effectivement redondante. Or, il n'interdit pas explicitement les discours de haine et ne comporte aucune référence aux infractions terroristes, qui a été ajoutée lors de la dernière révision de la Directive SMA. De plus, la définition des « services de médias audiovisuels » dans la Directive SMA est claire et limpide : elle inclut les communications commerciales audiovisuelles, ce qui signifie que l'article 6 s'applique également aux communications commerciales¹⁸⁸.

L'article 6 bis porte sur les contenus audiovisuels, y compris la publicité potentiellement préjudiciable aux mineurs, au motif que ces contenus « peuvent nuire à leur épanouissement physique, mental ou moral. » Cet article a été introduit lors de la révision de 2018 et il aligne les exigences en matière de protection des mineurs dans les services de VOD sur celles déjà applicables à la télévision¹⁸⁹. Il exige principalement des États membres qu'ils veillent à ce que les spectateurs disposent d'« informations suffisantes » sur les contenus potentiellement préjudiciables et qu'ils prennent des mesures appropriées pour garantir que ces contenus ne soient mis à disposition que dans des conditions telles que les mineurs ne puissent normalement pas les entendre ni les voir, par exemple en utilisant des outils de vérification de l'âge. Les contenus les plus préjudiciables, tels que la violence gratuite et la pornographie, doivent faire l'objet des mesures les plus strictes, telles que le cryptage et des outils de contrôle parental efficaces. Conformément au principe de limitation des finalités inscrit dans le RGPD, le paragraphe 2 dispose que les données à caractère personnel de mineurs collectées ou générées d'une autre manière par des fournisseurs de services de médias en vertu du paragraphe 1 ne doivent pas être traitées à des fins commerciales, telles que le démarchage, le profilage et la publicité basée sur le ciblage comportemental.

¹⁸⁶ Le discours de haine est défini comme une incitation à la violence ou à la haine dirigée contre un groupe (ou membre d'un groupe) pour les motifs énumérés à l'article 21 de la Charte (par exemple, le sexe, la race, les opinions politiques) ; une infraction terroriste est définie en référence à l'article 5 de la Directive 2017/541.

¹⁸⁷ Verdoort V., *Les droits de l'enfant et l'éducation à la publicité à l'ère numérique s: Towards an empowering regulatory framework for commercial communication*, 2018, thèse de doctorat, p. 141.

¹⁸⁸ Comme le présume également l'Observatoire européen de l'audiovisuel, *Les communications commerciales dans la révision de la Directive SMAV, IRIS Plus 2017-2*, p. 20, <https://book.coe.int/fr/observatoire-europeen-de-l-audiovisuel/7470-iris-plus-2017-2-les-communications-commerciales-dans-la-revision-de-la-directive-smav.html>.

¹⁸⁹ Subséquemment, les anciennes dispositions de la Directive 2010/13/UE concernant la protection des mineurs au regard des services à la demande (article 12) et de la radiodiffusion télévisuelle (article 27 - chapitre VIII) ont été supprimées.

3.2.3. Exigences relatives aux communications commerciales audiovisuelles (tous types confondus)

L'article 9 de la Directive SMA définit des règles spécifiques applicables aux communications commerciales audiovisuelles fournies par les fournisseurs de services de médias. Il contient une liste d'exigences restrictives qui est restée quasiment identique depuis 2007.

Les points a) et b) concernent la manière dont les publicités doivent être présentées au public. Les communications commerciales doivent être reconnaissables en tant que telles, ce qui signifie que tout type de publicité clandestine ou d'utilisation de techniques subliminales est illicite¹⁹⁰. Ces formes de publicité sont également interdites en vertu de la Directive générique sur les pratiques commerciales déloyales (Directive PCD), c'est-à-dire lorsqu'elles constituent des actions ou des omissions trompeuses qui influencent indûment les consommateurs¹⁹¹. Toutefois, alors que la Directive PCD permet d'évaluer une pratique commerciale du point de vue du consommateur moyen appartenant à la catégorie spécifiquement visée par la pratique¹⁹², comme par exemple les enfants, la Directive SMA adopte une approche plus radicale avec une interdiction systématique de la publicité clandestine et subliminale, indépendamment des différentes vulnérabilités des téléspectateurs et des différentes situations dans lesquelles ceux-ci peuvent se trouver (par exemple, l'environnement en ligne)¹⁹³.

Les points c) à g) concernent le contenu de la publicité. Le point c) interdit la transmission de contenus discriminatoires et portant atteinte à la dignité humaine, à la santé et à l'environnement. Les points d) à f) proscrivent spécifiquement la publicité pour certains produits communément considérés comme préjudiciables à la santé et la sécurité des consommateurs¹⁹⁴, notamment les cigarettes (électroniques), les médicaments ou traitements disponibles uniquement sur ordonnance, et l'alcool, si la publicité s'adresse aux mineurs ou incite à une consommation immodérée. Le point g) développe l'ambition de la Directive SMA de protéger les mineurs contre les contenus audiovisuels préjudiciables, en interdisant les publicités qui exploitent leur inexpérience, leur crédulité ou leur confiance à l'égard des parents ou des enseignants, par exemple, ou qui les

¹⁹⁰ Selon le principe d'« identification » et de « séparation », voir Chavannes R. et Castendyk O., p. 892.

¹⁹¹ Weinand J., *Implementing the EU Audiovisual Media Services Directive: Selected issues in the regulation of AVMS by national media authorities of France, Germany and UK*, 2018, Nomos Verlagsgesellschaft, Baden-Baden, p. 737, en référence aux articles 6 et 7 de la Directive PCD en lien avec l'Annexe I.

¹⁹² Notion de « consommateur moyen », voir considérant 18.

¹⁹³ Montalbano L., *Transparency in a Digitally Intertwined World: A Hybrid Approach to Consumers' Protection*, 2021, Open Journal of Social Sciences, 2021, 9, p. 456, <https://doi.org/10.4236/jss.2021.98031>. Il convient toutefois de noter que la Directive SMA ne protège que contre certaines formes de manipulation commerciale - publicité subliminale ou clandestine - et non contre toutes les formes de manipulation.

¹⁹⁴ Cela découle du considérant 31 de la Directive 2018/1808 spécifiant qu'il est nécessaire de veiller à l'efficacité de mesures d'autorégulation et de corégulation mentionnées dans la Directive SMA, telles que la mise en œuvre de codes de conduite concernant la publicité pour l'alcool ou les boissons et aliments déconseillés pour la santé (article 9, paragraphes 3 et 4), « visant, notamment, à protéger *les consommateurs ou la santé publique* » [caractères italiques ajoutés par l'auteur].

incitent à persuader des tiers d'acheter un produit, ou encore qui présentent sans motif des mineurs en situation dangereuse.

Lors de la révision de 2018 de la Directive SMA, l'article 9 a été étoffé. Des spécifications ont été ajoutées à l'obligation existante d'élaborer des codes de conduite concernant les communications commerciales pour des aliments et des boissons « dont la consommation n'est pas recommandée »¹⁹⁵ accompagnant ou incluses dans les programmes pour enfants, en précisant que ces codes doivent viser à réduire efficacement l'exposition des enfants aux publicités relatives à ces aliments, et faire en sorte que les publicités ne mettent pas en évidence le côté positif des aspects nutritionnels de ces aliments et boissons (article 9, par. 4). Une obligation similaire de mise en œuvre de codes de conduite a été inscrite à l'article 9, par. 3 pour les boissons alcoolisées, afin de limiter l'exposition des mineurs aux publicités pour l'alcool. Enfin, les règles applicables aux services de VOD ont été harmonisées avec celles qui sont appliquées aux émissions télévisées en veillant à ce que les critères stricts imposés à la publicité télévisée et au télé-achat pour les boissons alcoolisées (article 22) soient directement applicables à la publicité pour l'alcool dans les services de VOD. Outre les règles déjà énoncées à l'article 9, par. 1, point e), les publicités pour l'alcool dans les services de VOD ne doivent pas présenter des mineurs consommant ces boissons, associer la consommation d'alcool à une amélioration des performances physiques ou à la conduite automobile, à la réussite sociale ou sexuelle, ou au bien-être psychique, ni donner une image négative de l'abstinence et de la sobriété, souligner comme qualité positive des boissons leur forte teneur en alcool (article 9, par. 2).

Il est intéressant de noter que l'article 9 de la Directive SMA ne prévoit aucune restriction en matière de publicité pour les jeux d'argent. Même s'il ne l'exclut pas explicitement du champ d'application de la Directive SMA, le préambule de la Directive 2018/2808 établit que le régime encadrant la publicité pour les jeux d'argent relève de la compétence nationale¹⁹⁶, en spécifiant qu'un « État membre devrait pouvoir prendre certaines mesures en vue de faire respecter ses règles en matière de protection des consommateurs ne relevant pas des domaines coordonnés par la Directive 2010/13/UE » et que ces mesures, « y compris en ce qui concerne la publicité pour les jeux de hasard, devraient être justifiées, proportionnées [...] et nécessaires¹⁹⁷. » Toutefois, le considérant 30 de la Directive de 2018 souligne l'importance de la protection des mineurs contre l'exposition aux communications audiovisuelles relatives à la promotion des jeux d'argent et fait référence aux systèmes d'autorégulation et de corégulation existants pour la promotion d'une pratique responsable des jeux d'argent.

¹⁹⁵ « [D]énrées alimentaires ou [...] boissons contenant des nutriments ou des substances ayant un effet nutritionnel ou physiologique, notamment les matières grasses, les acides gras trans, le sel ou sodium et les sucres, dont la présence en quantités excessives dans le régime alimentaire global n'est pas recommandée. »

¹⁹⁶ Dans le cadre des politiques générales en matière de jeux d'argent.

¹⁹⁷ Considérant 10 de la Directive 2018/1808.

3.2.4. Exigences relatives aux formes spéciales de communications commerciales audiovisuelles

Conformément aux normes applicables à toutes les communications commerciales fournies par les fournisseurs de services de médias, les articles 10 et 11 du chapitre III de la Directive SMA traitent deux formes particulières de communications commerciales : le parrainage et le placement de produit. Contrairement à l'article 9, ces dispositions sont formulées de manière à ne pas réglementer les pratiques de parrainage et de placement de produit en tant que telles, mais plutôt les programmes ou les services de médias audiovisuels (y compris les services de VOD) qui véhiculent ces formes de communications commerciales.

Selon l'article 1, par. 1, point k, le « parrainage » désigne « toute contribution d'une entreprise publique ou privée ou d'une personne physique, n'exerçant pas d'activités de fournisseur de services de médias audiovisuels ou de services de plateformes de partage de vidéos ou de production d'œuvres audiovisuelles, au financement de services de médias audiovisuels, de services de plateformes de partage de vidéos, de vidéos créées par les utilisateurs ou de programmes, dans le but de promouvoir son nom, sa marque, son image, ses activités ou ses produits. » Il convient de faire la distinction entre parrainage et spots publicitaires, dans la mesure où ces derniers ont pour objet de promouvoir la fourniture des produits spécifiques, alors que le parrainage vise à promouvoir le nom, la marque commerciale, l'image, les activités ou la gamme de produits du parrain¹⁹⁸.

Les règles relatives au parrainage sont, pour l'essentiel, restées les mêmes lors de la révision de 2018. L'article 10, par. 1 exige que les services ou programmes de médias audiovisuels ne soient pas influencés par le parrainage de manière à porter atteinte à la responsabilité et à l'indépendance éditoriale du fournisseur de services de médias, n'incitent pas directement à l'achat ou à la location de biens et de services, et informent les téléspectateurs du parrainage de manière claire. Le parrainage par les entreprises de l'industrie du tabac est interdit, et le parrainage par les entreprises pharmaceutiques n'est autorisé que dans certaines circonstances (article 10, par.2 et 3). Les programmes d'information et d'actualité ne doivent pas être parrainés et les États membres peuvent décider par eux-mêmes d'interdire également le parrainage des programmes pour enfants ou la diffusion d'un logo de parrainage au cours des programmes pour enfants, des documentaires ou des programmes religieux (article 10, par. 4).

Aux termes de l'article 1, par. 1, point m, le « placement de produit » consiste à « inclure un produit, un service, ou leur marque, ou à y faire référence, en l'insérant dans un programme ou dans une vidéo créée par l'utilisateur moyennant paiement ou autre contrepartie. » La différence entre parrainage et placement de produit réside dans le fait que dans le cas de ce dernier, « la référence à un produit est intégrée au déroulement d'un programme », tandis que « les références aux parraineurs peuvent apparaître au

¹⁹⁸ Cabrera Blázquez F. J., Cappello M., Grece C., Valais S., *Les communications commerciales dans la révision de la Directive SMAV*, IRIS Plus, Observatoire européen de l'audiovisuel, Strasbourg, 2017, p. 25, <https://rm.coe.int/1680783492>.

cours d'un programme, mais ne font pas partie de l'intrigue¹⁹⁹. » Par ailleurs, il convient de faire la distinction entre placement de produit et publicité clandestine, qui consiste également à présenter des produits ou des services dans des programmes, mais dans l'intention de tromper le public sur sa nature publicitaire (article 1, par. 1, point j).

Le régime du placement de produit a considérablement changé en 2018, ne serait-ce qu'au niveau de la formulation. Alors que la Directive 2010/13/UE interdisait le placement de produit et énumérait quelques dérogations (« liste positive »²⁰⁰), la Directive SMA révisée autorise la pratique du placement de produit sauf dans certains cas. Sur le fond, cependant, les situations dans lesquelles le placement de produit est (ou n'est pas) autorisé sont pratiquement restées les mêmes²⁰¹. Le placement de produit est toujours interdit dans les programmes d'information et d'actualités, les émissions de consommateurs, les programmes religieux et les programmes pour enfants (article 11, par. 2). Sont également interdits les placements de produit présentant des cigarettes (électroniques) ou autres produits du tabac, des médicaments ou des traitements médicaux disponibles uniquement sur ordonnance (article 11, par. 4).

Les programmes²⁰² qui comportent légitimement du placement de produit : ne doivent pas être influencés par le placement de produit de manière à porter atteinte à la responsabilité et à l'indépendance éditoriale du fournisseur de services de médias ; ne doivent pas inciter directement à l'achat ou à la location de biens ou de services ; ne doivent pas mettre en évidence de manière injustifiée le produit en question ; doivent informer clairement les téléspectateurs du placement au début et à la fin du programme et après toute interruption publicitaire. Dans certains cas, les États membres peuvent déroger à cette obligation de transparence (article 11, par. 3).

3.2.5. Exigences relatives aux communications commerciales sur les VSP

Le changement le plus notable lié à la révision de 2018 de la Directive SMA est sans doute l'inclusion des services de plateformes de partage de vidéos (VSP) dans le champ d'application de la directive (chapitre IX bis). Selon les considérants de la Directive modifiée 2018/1808, cet élargissement des acteurs concernés a été proposé pour deux raisons. D'une part, les fournisseurs de VSP sont considérés comme de « nouveaux acteurs bien établis » qui « se disputent les mêmes publics et les mêmes recettes que les services de médias audiovisuels²⁰³. » D'autre part, les VSP ont « un impact considérable en

¹⁹⁹ Considérant 91 de la Directive 2010/13/UE.

²⁰⁰ Considérant 92 de la Directive 2010/13/UE.

²⁰¹ Broughton Micova S., *The Audiovisual Media Services Directive*, 2021, dans Parcu P. L. et Brodi E. (éd.), *Research Handbook on EU Media Law and Policy*, Edward Elgar Publishing, Cheltenham, pp. 274-275.

²⁰² Le texte de la Directive SMA n'indique pas clairement si et dans quelle mesure le placement de produits dans les vidéos créées par les utilisateurs est autorisé. Voir Broughton Micova S. et Jacques S., *The playing field in audiovisual advertising: what does it look like and who is playing?*, 2019, Centre on Regulation in Europe (CERRE), Bruxelles, pp. 73-74, <https://cerre.eu/publications/playing-field-audiovisual-advertising/>.

²⁰³ Considérants 1 et 4 de la Directive 2018/1808.

ce qu'ils permettent plus facilement aux utilisateurs de façonner et d'influencer l'opinion d'autres utilisateurs. » Étant donné que les citoyens, en particulier les jeunes, accèdent de plus en plus aux contenus audiovisuels par le biais des VSP, le législateur européen a jugé nécessaire de « protéger les mineurs [de l'impact] des contenus préjudiciables et de mettre l'ensemble des citoyens à l'abri des contenus incitant à la haine, à la violence et au terrorisme²⁰⁴. »

Au regard de ces objectifs, l'article 28 ter de la Directive SMA impose une série d'obligations (limitées) aux fournisseurs de VSP. Bien qu'une part importante²⁰⁵ des contenus fournis sur les VSP ne se trouve pas sous la responsabilité éditoriale du fournisseur de VSP, mais sous la responsabilité éditoriale des utilisateurs qui les téléchargent, ce sont toutefois ces fournisseurs qui déterminent l'organisation des vidéos mises en ligne, notamment par le biais de l'affichage, du balisage (« les plus regardées ») et du séquençement à l'aide d'algorithmes²⁰⁶. Les fournisseurs de VSP sont des acteurs actifs qui, par le biais de filtres organisationnels, exercent une influence sur les contenus audiovisuels auxquels sont exposés les spectateurs²⁰⁷. C'est la raison pour laquelle la Directive SMA de 2018 confère une (certaine) responsabilité aux fournisseurs de VSP en complément de leurs obligations existantes en vertu de la Directive e-commerce et, prochainement, de la DSA²⁰⁸. Cette responsabilité ne porte toutefois que sur l'organisation du contenu et non sur le contenu en tant que tel²⁰⁹.

Initialement, la proposition de la Commission de 2016 pour la révision de 2018 n'a introduit aucune règle concernant les communications commerciales diffusées sur les VSP, soulignant que celles-ci étaient « déjà réglementées », notamment par la Directive PCD²¹⁰ et la Directive sur la publicité pour le tabac²¹¹. Le choix de ne pas réglementer la publicité audiovisuelle sur les VSP est quelque peu surprenant si l'on considère le modèle économique spécifique des fournisseurs de VSP, qui repose en grande partie sur les recettes provenant de la vente d'espaces publicitaires entre les contenus audiovisuels. Après des modifications apportées par le Conseil²¹², la Directive 2018/1808 a finalement

²⁰⁴ Considérants 4 et 44-46 de la Directive 2018/1808.

²⁰⁵ Une partie du contenu peut en fait être produite et/ou publiée par le fournisseur de services vidéo lui-même. YouTube, par exemple, a proposé par le passé un service premium permettant aux utilisateurs d'accéder aux « YouTube Originals » produits par YouTube. Cependant, en janvier 2022, YouTube a annoncé la fermeture de son service de productions originales.

²⁰⁶ Considérant 47 de la Directive 2018/1808 ; voir également la définition du service de VSP à l'article 1, par. 1, point a bis).

²⁰⁷ Van Drunen M. Z., *The post-editorial control era: how EU media law matches platforms' organizational control with cooperative responsibility*, 2020, *Journal of Media Law*, 12(2), p. 172, <https://doi.org/10.1080/17577632.2020.1796067>

²⁰⁸ Directive 2000/31/CE ; voir également Quintais J., *The Interplay between the Digital Services Act and Sector Regulation: How Special is Copyright*, 2022, à paraître dans *European Journal of Risk Regulation*.

²⁰⁹ Considérant 48 de la Directive 2018/1808.

²¹⁰ Directive PCD (Directive 2005/29/CE).

²¹¹ Directive sur la publicité en faveur du tabac (Directive 2003/33/CE). Voir le considérant 27 de la proposition de la Commission de 2016 sur la Directive SMAV ; voir également Weinand J., *Implementing the EU Audiovisual Media Services Directive: Selected issues in the regulation of AVMS by national media authorities of France, Germany and UK*, 2018, Nomos Verlagsgesellschaft, Baden-Baden, pp.735, 737.

²¹² Conseil de l'Union européenne, Proposition de directive du Parlement européen et du Conseil modifiant la Directive 2010/13/UE visant à la coordination de certaines dispositions législatives, réglementaires et

inclus les communications commerciales diffusées sur les VSP dans le périmètre d'harmonisation, afin d'aligner les règles entre tous les fournisseurs de contenus audiovisuels et « d'assurer un niveau suffisant de protection du consommateur²¹³. »

L'article 28 ter de la Directive SMA impose trois séries d'obligations aux fournisseurs de VSP en ce qui concerne le contenu des communications commerciales audiovisuelles diffusées sur leurs plateformes. Tout d'abord, l'article 28 ter, par. 1, prévoit une obligation générale de moyens (« [prendre] les mesures appropriées ») pour protéger deux publics contre trois types de contenus préjudiciables dans toutes les vidéos, y compris les communications commerciales audiovisuelles, que ces vidéos soient ou non sous le contrôle du fournisseur de VSP. Les fournisseurs de VSP doivent protéger :

- les mineurs des contenus susceptibles de nuire à leur épanouissement physique, mental ou moral, conformément à l'article 6 bis, par. 1 ;
- le grand public des contenus comportant une incitation à la violence ou à la haine à l'égard d'un groupe de personnes ou d'un membre d'un groupe, fondée sur l'un des motifs visés à l'article 21 de la Charte ;
- le grand public des contenus dont la diffusion constitue une activité qui est une infraction pénale au regard du droit de l'Union, à savoir la provocation publique à commettre une infraction terroriste, les infractions relatives à la pédopornographie et les infractions relevant du racisme et de la xénophobie²¹⁴.

Outre l'obligation générale applicable à toutes les vidéos, l'article 28 ter, par. 2 énonce deux obligations spécifiques concernant les publicités. Pour les communications commerciales « qui font l'objet d'actions de promotion, sont vendues ou sont organisées » par les fournisseurs de VSP (publicité contrôlée par les VSP), l'article 28 ter, par. 2, premier alinéa constitue une obligation de veiller au respect des exigences de l'article 9, par. 1. Ainsi, lorsque les fournisseurs de VSP exercent un contrôle direct sur les publicités, ils doivent se conformer aux mêmes règles qualitatives que les fournisseurs de services de médias (voir paragraphe 3.2.3). En ce qui concerne les communications commerciales « qui ne font pas l'objet d'actions de promotion, ne sont pas vendues et ne sont pas organisées » par les fournisseurs de VSP (publicité non contrôlée par les VSP), l'article 28 ter, par. 2, deuxième alinéa prévoit une obligation de moyens plus souple pour prendre les mesures appropriées en vue de se conformer aux exigences de l'article 9, par. 1. Dans ce cas, il convient de tenir compte du « contrôle limité » exercé par les fournisseurs de VSP sur ces publicités. Bien que l'obligation soit formulée en termes moins stricts, il est clair que la Directive SMA vise à garantir un dispositif équivalent de protection des consommateurs pour la publicité sur les VSP²¹⁵.

administratives des États membres relatives à la fourniture de services de médias audiovisuels, compte tenu de l'évolution des réalités du marché, 5 octobre 2018, 2016/0151(COD), p. 31.

²¹³ Considérant 46 de la Directive 2018/1808.

²¹⁴ Il est à noter que l'article 28 ter, par. 1 ne réglemente pas les contenus qui peuvent être illicites en vertu du droit national, par exemple les contenus portant atteinte au droit d'auteur, ni les contenus controversés pour d'autres raisons que celles mentionnées à l'article 28 ter, par.1.

²¹⁵ Ofcom, *Video-sharing platform guidance: Guidance for providers on control of advertising*, 7 décembre 2021, p. 2, https://www.ofcom.org.uk/_data/assets/pdf_file/0014/229010/vsp-guidance-control-of-advertising.pdf.

Cette distinction binaire pose problème dans la mesure où la Directive SMA n'explique pas la signification des termes suivants : « qui font l'objet d'actions de promotion, sont vendues ou sont organisées ». Lorsque les fournisseurs de VSP vendent eux-mêmes directement des espaces publicitaires, il est incontestable qu'ils peuvent exercer un contrôle sur les annonces. Mais lorsque les personnes qui téléchargent des contenus s'entendent de manière indépendante avec les annonceurs pour inclure des promotions payantes dans leurs vidéos, il est clair que le contrôle des fournisseurs de VSP fait défaut. Toutefois, il existe de nombreux cas de figure où les fournisseurs de VSP exercent un niveau de contrôle différencié en ce qui concerne la publicité sur leurs plateformes. Le régulateur britannique Ofcom a récemment publié des recommandations à l'intention des VSP à cet égard. L'Ofcom considère que les publicités font l'objet d'actions de promotion, sont vendues ou sont organisées par un fournisseur de VSP « lorsqu'un fournisseur de VSP est impliqué dans la mise à disposition de la publicité sur la plateforme, ce qui peut inclure (entre autres) : permettre la diffusion de la publicité sur sa plateforme, soit directement, soit par l'intermédiaire d'un tiers, et/ou fournir des outils permettant aux annonceurs de cibler ou d'optimiser la portée de la publicité diffusée sur la plateforme²¹⁶. »

Il est significatif que l'article 28 ter se réfère uniquement à l'article 9, par. 1 et *non pas* aux obligations relatives au parrainage et au placement de produit telles qu'elles sont énoncées aux articles 10 et 11 de la Directive SMA : les exigences relatives à ces formes particulières de publicité ne s'appliquent donc pas aux fournisseurs de VSP. Cela semble étrange au premier abord, étant donné l'omniprésence du parrainage et du placement de produit dans les vidéos diffusées sur les VSP (par exemple sur les vlogs des influenceurs) et compte tenu de la révision de 2018 permettant d'inclure les éléments « services de plateformes de partage de vidéos » et « vidéos créées par l'utilisateur » dans les définitions légales du parrainage et du placement de produit²¹⁷. Néanmoins, cette décision réglementaire est logique compte tenu du contrôle limité que les fournisseurs de VSP exercent sur le parrainage et le placement de produit. Étant donné que ces communications sont intégrées dans les programmes et les vidéos créées et téléchargées par les utilisateurs²¹⁸, les fournisseurs de VSP ne sont tout simplement pas en mesure de répondre aux exigences liées à la responsabilité éditoriale du créateur de la vidéo²¹⁹. Si une chaîne vidéo est qualifiée de SMA, c'est l'opérateur de la chaîne (le fournisseur de services de médias) qui doit se conformer aux exigences des articles 10 et 11 de la Directive SMA.

²¹⁶ Ofcom, *Video-sharing platform guidance: Guidance for providers on control of advertising*, 7 décembre 2021, p. 2.

²¹⁷ Voir également Jurjens E. W., *De definitieve nieuwe Richtlijn Audiovisuele Mediadiensten: een eerste analyse*, *Nederlands tijdschrift voor Europees recht*, 2019, vol. 1-2, p. 47, https://www.bjutijdschriften.nl/tijdschrift/tijdschrifteuropeesrecht/2019/1-2/NtER_1382-4120_2019_025_102_003

²¹⁸ *Integrative advertising*, voir Clifford D. et Verdoodt V., *Integrative advertising: the marketing 'dark side' or merely the emperor's new clothes?*, 2017, *European Journal of Law and Technology*, 8(1), <https://ejlt.org/index.php/ejlt/article/view/547>.

²¹⁹ Par exemple, l'obligation d'empêcher la « [mise] en évidence de manière injustifiée » d'un produit (article 11, par. 3, point c)) ou de veiller à ce que la vidéo n'incite pas directement à l'achat ou à la location de biens ou de services (article 11, par. 2, point b)).

Cela ne signifie pas pour autant que les fournisseurs de VSP soient dispensés de toute obligation de vigilance. L'article 28 ter, par. 2, troisième alinéa oblige les fournisseurs de VSP à signaler la présence de communications commerciales dans toutes les vidéos téléchargées sur leurs plateformes, quel que soit le degré de contrôle exercé sur ces communications, dès lors que lesdites communications sont déclarées par les utilisateurs qui les mettent en ligne ou que le fournisseur de VSP en a eu connaissance d'une autre manière.

Le quatrième alinéa de l'article 28 ter, par. 2 encourage les fournisseurs de VSP à élaborer et à mettre en œuvre des codes de conduite visant à réduire efficacement l'exposition des enfants aux communications commerciales audiovisuelles diffusées sur les VSP pour des denrées alimentaires dont la consommation n'est pas recommandée, ainsi qu'à faire en sorte que ces communications ne mettent pas en évidence l'aspect positif des aspects nutritionnels de ces denrées.

Les « mesures appropriées » visées à l'article 28 ter, par. 1 et 2, qui doivent être prises pour protéger les utilisateurs contre la publicité préjudiciable et la publicité clandestine sur les VSP, doivent être de préférence mises en place par le biais de la corégulation (article 28 ter, par. 4 en lien avec l'article 4 bis, par. 1 de la Directive SMA). Elles sont déterminées en fonction de la nature du contenu en question, du préjudice qu'il peut causer, des caractéristiques de la catégorie de personnes à protéger et des droits et des intérêts légitimes en jeu, y compris ceux des fournisseurs de VSP et des utilisateurs ayant créé ou téléchargé le contenu, ainsi que l'intérêt général. Les mesures doivent être réalisables et proportionnées, compte tenu de la taille de la VSP, et ne doivent pas entraîner de mesures de contrôle *ex ante* ou de filtrage au moment de la mise en ligne qui seraient contraires à l'article 15 de la Directive e-commerce (article 28 ter, par. 3)²²⁰.

L'article 28 ter, par. 3 énonce 10 mesures que les fournisseurs de VSP doivent prendre s'ils les jugent appropriées. Les mesures suivantes sont particulièrement importantes pour la publicité en ligne :

- a. inclure et appliquer, dans les conditions des services de plateformes de partage de vidéos, les exigences visées à l'article 28 ter, par. 1 ;
- b. inclure et appliquer, dans les conditions des services de plateformes de partage de vidéos, les exigences énoncées à l'article 9, par. 1, pour les communications commerciales audiovisuelles qui ne font pas l'objet d'actions de promotion, ne sont pas vendues et ne sont pas organisées par les fournisseurs de plateformes de partage de vidéos ;
- c. disposer d'une fonctionnalité permettant aux utilisateurs qui mettent en ligne des vidéos créées par l'utilisateur de déclarer si ces vidéos contiennent, à leur connaissance ou dans la mesure où l'on peut raisonnablement attendre d'eux qu'ils le sachent, des communications commerciales audiovisuelles.

Les sept autres mesures prévoient de fournir aux utilisateurs des mécanismes de signalement et de classement (d, e, g), des systèmes de contrôle parental et de

²²⁰ Voir également le considérant 48 de la Directive 2018/1808.

vérification de l'âge (f, h), des outils d'éducation aux médias (j) et des procédures de réclamation concernant la mise en œuvre de ces mesures (i).

Il semble que l'objectif principal de cette liste de mesures est d'empêcher le téléchargement de contenus préjudiciables en intégrant l'interdiction de le faire dans les conditions des services de plateformes de partage de vidéos²²¹. Si le contenu est toujours en ligne, des mesures doivent être mises en place pour limiter l'accès à ce contenu (par exemple, par des systèmes de vérification de l'âge et de contrôle parental) ou pour s'assurer que celui-ci puisse être retiré dès que possible (par exemple, par un dispositif de déclaration et de signalement)²²². En imposant aux fournisseurs de VSP la mise en place de dispositifs permettant aux utilisateurs de la plateforme d'exercer leur influence, la Directive SMA répartit la responsabilité de la suppression des contenus préjudiciables entre les fournisseurs de VSP et les utilisateurs²²³.

Le dernier alinéa de l'article 28 ter, par. 3 dispose que les données à caractère personnel de mineurs collectées ou générées d'une autre manière par des fournisseurs de VSP conformément aux dispositions visées aux points f) et h), ne doivent pas être traitées à des fins commerciales, telles que le démarchage, le profilage et la publicité basée sur le ciblage comportemental.

Enfin, l'article 28 ter, par. 6 permet aux États membres d'imposer des mesures plus détaillées ou plus strictes que celles proposées par la directive, à condition qu'elles soient conformes au régime de responsabilité et à l'interdiction des obligations générales de surveillance, tels que définis dans la Directive e-commerce et, prochainement, dans la DSA. La pertinence des mesures doit être évaluée par les autorités nationales de régulation au regard des mécanismes établis à cet effet par les États membres (article 28 ter, par. 5 de la Directive SMA).

3.3. Le marketing d'influence : étude de cas aux Pays-Bas

Claire ten Heuvelhof, étudiant assistant de recherche, Institut du droit de l'information (IViR), Université d'Amsterdam

L'essor de la popularité des plateformes va de pair avec une popularité croissante des créateurs de contenus individuels sur les plateformes. Ces créateurs travaillent de plus en plus avec des entreprises pour faire la publicité de leurs produits et services, créant ainsi une nouvelle forme de publicité en ligne, le marketing d'influence. Le marketing d'influence adapte la technique du bouche-à-oreille aux communautés qui se sont constituées sur les plateformes. Traditionnellement, le bouche à oreille implique la

²²¹ Ofcom, *Video-sharing platform guidance: Guidance for providers on advertising harms and measures*, 7 décembre 2021, p. 3.

²²² Jurjens E. W., *De definitieve nieuwe Richtlijn Audiovisuele Mediadiensten: een eerste analyse*, 2019, *Nederlands tijdschrift voor Europees recht*, 1(2).

²²³ Voir par exemple Van Drunen M. Z., *The post-editorial control era: how EU media law matches platforms' organizational control with cooperative responsibility*, 2020, *Journal of media law*, 12(2), pp. 166-190.

recommandation d'un produit ou d'un service par une personne de confiance dans une petite communauté. Dans le cas du marketing d'influence, l'influenceur communique directement avec l'audience qu'il a acquise au fil du temps²²⁴.

Pour les entreprises, le marketing d'influence constitue une opportunité particulièrement intéressante de faire de la publicité pour leurs services. Les influenceurs jouissent généralement d'une grande confiance auprès de leur public. Ils peuvent ainsi monétiser leur popularité sur les réseaux sociaux en complément (et sans verser de commission) des systèmes publicitaires proposés par les plateformes elles-mêmes. Cela peut prendre de nombreuses formes différentes, notamment des liens d'affiliation, la fourniture de biens à évaluer ou le fait qu'un influenceur recommande un produit²²⁵. En outre, les influenceurs eux-mêmes varient considérablement en fonction, notamment, de leur domaine d'intervention (par exemple vlogueurs beauté, vlogueurs voyage ou influenceurs enfants) ou de la taille de leur audience (allant des nano-influenceurs avec moins de 1 000 *followers*, aux macro-influenceurs avec plus d'un million de *followers*)²²⁶. Selon une définition récente visant à rendre compte de cette grande diversité, un influenceur impliqué dans le marketing est « un créateur de contenu ayant une intention commerciale, qui établit des relations fondées sur la confiance et l'authenticité avec son public (principalement sur les plateformes des réseaux sociaux) et s'engage en ligne avec des acteurs commerciaux par le biais de différents modèles commerciaux à des fins de monétisation²²⁷. »

Cette brève description du marketing d'influence soulève d'ores et déjà plusieurs questions au regard de nombreux aspects du droit de la publicité. Les obligations de transparence entrent en jeu lorsqu'il n'est pas clair pour les spectateurs qu'un influenceur évalue un produit qu'il a reçu gratuitement, ou lorsque les influenceurs ne révèlent pas qu'ils ont été payés pour faire la promotion d'un lieu, d'un produit ou d'un service²²⁸. La possibilité d'exploiter la relation de confiance entre les influenceurs et leur public à des fins commerciales crée également un risque d'abus d'influence, notamment lorsque les influenceurs commercialisent des produits auprès de consommateurs vulnérables tels que les enfants²²⁹. Enfin, la diversité et l'ampleur du marketing d'influence posent un certain

²²⁴ Goanta C. et Ranchordas S., *The Regulation of Social Media Influencers: An Introduction*, The Regulation of Social Media Influencers, Elgar,

<https://www.elgaronline.com/view/edcoll/9781788978279/9781788978279.xml>

²²⁵ De Gregorio G. et Goanta C., *The Influencer Republic: Monetizing Political Speech on Social Media*, 2022, *German Law Journal*, 23 (2), p. 208, <https://doi.org/10.1017/glj.2022.15>.

²²⁶ Campbell C. et Rapp Farrell J., *More than Meets the Eye: The Functional Components Underlying Influencer Marketing*, 2020, *Business Horizons*, 63 (4), pp. 469–79, <https://doi.org/10.1016/j.bushor.2020.03.003>; Goanta et Ranchordas, *The Regulation of Social Media Influencers*.

²²⁷ Michaelsen F. et al., *The Impact of Influencers on Advertising and Consumer Protection in the Single Market*, 2022, Luxembourg, Parlement européen, p. 25, [https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/STUD/2022/703350/IPOL_STU\(2022\)703350_EN.pdf](https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/STUD/2022/703350/IPOL_STU(2022)703350_EN.pdf).

²²⁸ Antoniou A., *Advertising Regulation and Transparency in Influencers' Endorsements on Social Media*, 2021, *Communications Law - Journal of Computer, Media and Telecommunications Law*, 26(8), pp. 190–207, <http://repository.essex.ac.uk/31491/>.

²²⁹ Verdoodt V. et Feci N., *Digital influencers and vlogging advertising: Calling for awareness, guidance and enforcement*, 2019, *Auteurs & Media*, 1, pp. 11-21, <http://hdl.handle.net/1854/LU-8723069>.

nombre de défis spécifiques concernant la manière de concevoir et de faire respecter une réglementation publicitaire qui s'applique au marketing d'influence.

Ces problèmes ont été abordés par les États membres essentiellement par le biais du droit de la consommation et du droit des médias²³⁰. Le chapitre suivant se penche sur la manière spécifique dont le marketing d'influence a été réglementé aux Pays-Bas. Ces deux dernières années, les Pays-Bas ont connu un certain nombre de développements intéressants dans la manière dont les normes (européennes) s'appliquant à la publicité en ligne peuvent être adaptées aux spécificités du marketing d'influence.

3.3.1. Législation applicable aux influenceurs aux Pays-Bas

Aux Pays-Bas, le dispositif juridique encadrant les influenceurs et la publicité en ligne comprend d'une part, des textes législatifs et d'autre part, un système d'autorégulation. Premier texte législatif pertinent, la loi sur les pratiques commerciales déloyales met en œuvre la Directive sur les pratiques commerciales déloyales, et sa mise en application incombe à l'Autorité néerlandaise de protection des consommateurs et du marché (*Autoriteit Consument & Markt* – ACM). Les orientations de l'ACM et l'application du droit de la consommation dans le cadre du marketing d'influence sont axées sur l'usage de faux *likes*, *followers* ou pseudo-critiques pour promouvoir des produits et services. Ses directives de 2020 sur la protection des consommateurs contre les influenceurs en ligne établissent que les consommateurs se fient aux expériences et au comportement de tiers lorsqu'ils décident d'acheter un produit. Dans ce contexte, le marketing d'influence peut orienter le comportement des consommateurs, soit lorsque les entreprises paient les influenceurs pour qu'ils recommandent un produit, soit lorsque les influenceurs achètent des *followers* ou des *likes* pour promouvoir des messages vendant leurs propres produits. Jusqu'à présent, l'ACM s'est concentrée sur ces dernières pratiques²³¹. En 2020, l'ACM a pris une première mesure coercitive contre un influenceur. Ce dernier avait fait une promotion trompeuse de ses produits en utilisant de faux *likes* et *followers* qui donnaient aux consommateurs une image plus positive (des produits) de l'influenceur²³². Il s'agit d'une

²³⁰ Riefa C. et L. Clausen, *Towards Fairness in Digital Influencers' Marketing Practices*, 2019, *Journal of European Consumer and Market Law*, 8(2), p. 65,

<https://kluwerlawonline.com/journalarticle/Journal+of+European+Consumer+and+Market+Law/8.2/EuCML2019012> ; Pflücke F., *Making Influencers Honest: The Role of Social Media Platforms in Regulating Disclosures*,

2020, *The Regulation of Social Media Influencers*,

<https://www.elgaronline.com/view/edcoll/9781788978279/9781788978279.00023.xml>; De Cock Buning M., *Life after the European Audiovisual Media Services Directive: Social Media Influencers through the Looking-Glass*,

2020, *The Regulation of Social Media Influencers*,

<https://www.elgaronline.com/view/edcoll/9781788978279/9781788978279.00011.xml>

²³¹ ACM/19/035689, *Leidraad Bescherming van de online consument: grenzen aan online beïnvloeding*, 11 février 2020, <https://www.acm.nl/sites/default/files/documents/2020-02/acm-leidraad-bescherming-online-consument.pdf>.

²³² ACM/20/042072, *Besluit van de Autoriteit Consument en Markt op grond van artikel 2.9 van Wet handhaving consumentenbescherming tot het opleggen van een last onder dwangsom aan Bicep Papa B.V. wegens overtreding van artikel 8.8 van de Wet handhaving consumentenbescherming*, 24 novembre 2020,

violation des dispositions de la loi sur les pratiques commerciales déloyales relatives à la publicité mensongère, ou plus précisément de l'article 6:193, alinéa v : faussement affirmer ou donner l'impression que le professionnel n'agit pas à des fins qui entrent dans le cadre de son activité commerciale, industrielle, artisanale ou libérale, ou se présenter faussement comme un consommateur. En 2022, l'ACM a annoncé la mise en demeure de six autres influenceurs qui avaient également acheté de faux *likes* pour promouvoir leurs produits, en précisant que les influenceurs qui continuent à utiliser de faux *followers* ou de faux *likes* risquent une amende²³³.

Parallèlement à la loi sur les pratiques commerciales déloyales, les médias audiovisuels relèvent également de la loi sur les médias (qui met en œuvre la Directive SMA). L'applicabilité de la Directive SMA aux influenceurs dépend de la qualification ou non de ces derniers en tant que fournisseurs de services de médias commerciaux à la demande (l'équivalent néerlandais des fournisseurs de VOD dans le cadre de la Directive SMA). À défaut de recommandations à l'échelle européenne sur la manière dont la définition d'un service de médias commerciaux à la demande s'applique aux influenceurs, l'autorité néerlandaise des médias (*Commissariaat voor de Media - CvdM*) mène sa propre réflexion à cet égard. Ses travaux montrent que, pour l'instant, trois critères cumulatifs doivent être remplis pour que les influenceurs soient qualifiés de services de médias audiovisuels²³⁴. En premier lieu, il doit s'agir d'une chaîne sur une plateforme vidéo sur laquelle au moins 24 vidéos ont été publiées au cours des 12 derniers mois. Ensuite, l'influenceur doit être inscrit auprès de la Chambre de commerce et réaliser un bénéfice économique en publiant des vidéos²³⁵. Enfin, (la chaîne de) l'influenceur doit avoir au moins 500 000 *followers*. Lorsque ces trois critères sont remplis, les influenceurs sont qualifiés de services de médias audiovisuels et sont tenus de se déclarer auprès de l'autorité et de se conformer à la loi sur les médias. Les dispositions de la loi sur les médias qui s'appliquent aux influenceurs découlent pour la plupart d'une transposition directe des dispositions de la Directive SMA²³⁶. Par ailleurs, en vertu de l'article 3.6 de la loi sur les médias, les fournisseurs de services de médias audiovisuels (y compris les influenceurs) sont tenus d'adhérer à la Fondation du Code néerlandais de la publicité et de respecter les règles de l'instrument d'autorégulation, le Code de la publicité pour les réseaux sociaux et le marketing d'influence (*Reclamecode Social Media and Influencer Marketing - RSM*).

<https://www.acm.nl/sites/default/files/documents/last-onder-dwangsom-bicep-papa-voor-gebruik-nepvolgers-en-neplikes.pdf>.

²³³ Autoriteit Consument & Markt, *Influencers stoppen met neplikes en nepvolgers na waarschuwing ACM*, Nieuwsbericht, 11 mars 2022, <https://www.acm.nl/nl/publicaties/influencers-stoppen-met-neplikes-en-nepvolgers-na-waarschuwing-acm>.

²³⁴ Bakhuis A., *VMC Studiemiddag over regulering van online content*, 2022, Mediaforum 19, <https://www.mediaforum.nl/art/5162/vmc-studiemiddag-over-regulering-van-online-content>.

²³⁵ L'enregistrement est obligatoire pour toute entreprise, *Handelsregisterwet* 2007, chapitre 3, <https://wetten.overheid.nl/jci1.3:c:BWBR0021777&hoofdstuk=3&z=2022-03-02&q=2022-03-02>. Selon les conseils fournis par la Chambre de commerce sur la création d'entreprises, l'enregistrement est requis dès lors qu'une entreprise 1) fournit des biens et/ou des services, 2) facture plus qu'un paiement symbolique et 3) effectue régulièrement des transactions commerciales. Chamber of Commerce, *When do you have a Business*, 2022, <https://www.kvk.nl/english/starting-a-business-in-the-netherlands/when-do-you-have-a-business/>.

²³⁶ Pour un aperçu de la transposition des dispositions pertinentes, voir l'outil de suivi de la transposition de la Directive SMA, 2022, Observatoire européen de l'audiovisuel, <http://avmsd.obs.coe.int/>.

3.3.2. Autorégulation des influenceurs aux Pays-Bas

L'autorégulation joue un rôle important dans l'approche néerlandaise de la publicité. Dans le monde la publicité, il est important d'établir des règles compréhensibles ancrées dans la pratique. Cela permet de créer une large base de soutien ainsi que des conditions équitables pour assurer une concurrence loyale au niveau des activités commerciales. L'autorégulation permet également d'éviter que les règles en matière de publicité soient fixées dans le moindre détail par la loi, donnant ainsi au secteur la possibilité d'étoffer lui-même les normes ouvertes, telles que celles de la loi sur les pratiques commerciales déloyales. Ces règles plus détaillées constamment testées et, le cas échéant, ajustées en fonction de l'évolution de la société en concertation avec les représentants des consommateurs. La publicité est ainsi responsable et la confiance des consommateurs est préservée. Compte tenu notamment de la rapidité des développements (technologiques) dans le domaine des réseaux sociaux et du marketing d'influence, ce que nous énonçons plus haut est d'autant plus important pour cette forme particulière de publicité²³⁷.

Principal instrument d'autorégulation de la publicité aux Pays-Bas, le Code néerlandais de la publicité (*Nederlandse Reclame Code* - NRC) comprend un chapitre applicable spécifiquement aux influenceurs, le RSM²³⁸. Le RSM a été initialement rédigé en 2014 sous la tutelle du gouvernement par l'association des droits des consommateurs et l'industrie de la publicité ; il a été mis à jour en 2019 sur la base d'un défaut manifeste de conformité parmi les influenceurs et d'un certain nombre d'appels à une clarification supplémentaire du statut du marketing d'influence au regard de la loi²³⁹. Les rédacteurs estiment qu'il est important que les consommateurs soient en mesure d'interpréter correctement les propos diffusés et puissent facilement se rendre compte qu'ils sont en présence de publicité. Dans ce contexte empreint d'ouverture et d'honnêteté, la confiance des consommateurs dans cette forme populaire de publicité est renforcée ce qui, en définitive, s'avère bénéfique pour toutes les parties prenantes : la marque, l'influenceur et les consommateurs²⁴⁰.

Le RSM établit des règles de base exigeant que la publicité des influenceurs soit transparente et non manipulatrice (notamment en ce qui concerne les enfants). Le RSM vise à promouvoir la transparence au niveau des réseaux sociaux et du marketing d'influence en déclarant ouvertement la relation existant entre l'annonceur (la marque, le

²³⁷ Directive SMA 2010, considérant 45 ; Commission européenne, *Communication de la Commission au Conseil et au Parlement européen - Améliorer la réglementation en matière de croissance et d'emploi dans l'Union européenne*, 2005, Commission européenne, <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/ALL/?uri=celex:52005DC0097>.

²³⁸ En complément, *De 'Social Code': YouTube a été mis en place en 2017 à la suite d'une enquête de l'autorité des médias*. Compte tenu des limites de son champ d'application et de ses obligations, le présent chapitre se concentre sur le RSM. Koehoorn X. *De 'Social Code': YouTube - zwakke zelfregulering in de strijd tegen sluikreclame*, 2020, Mediaforum 2, 42, <https://www.mediaforum.nl/scripts/download.php?id=4111>.

²³⁹ De Cock Buning M., *Social Media Influencers: liever door de hond of door de kat gebeten? Een analyse van de nieuwe Europese regelgeving voor influencer-marketing*, 2019, IER, 2, p. 249, <https://hdl.handle.net/1814/70256>. De Cock Buning M., *Life after the European Audiovisual Media Services Directive: Social Media Influencers through the Looking-Glass*, 2020, *The Regulation of Social Media Influencers*, <https://www.elgaronline.com/view/edcoll/9781788978279/9781788978279.00011.xml>.

²⁴⁰ Voir <https://www.reclamecode.nl/social/>, 2022.

produit ou l'entreprise qui fait l'objet d'une promotion) et le diffuseur (l'influenceur). Le comité du Code de la publicité (*Reclame Code Commissie* - RCC) veille au respect des règles du RSM. Par conséquent, il incombe en dernier ressort au RCC, après avoir reçu des plaintes de consommateurs ou de concurrents concernant le non-respect du RSM, de déterminer au cas par cas si les messages relèvent du concept de « publicité » et sont conformes au RSM. Si l'une des parties n'est pas d'accord avec la décision du RCC, l'annonce en cause peut être soumise à la commission de recours interne. Si une violation est établie, le département de conformité de la Fondation du Code de la publicité vérifie si la décision a été suivie d'effet. Si ce n'est pas le cas, le nom et la décision rendue sont publiés dans la liste de non-conformité sur le site internet de la Fondation du Code de la publicité, ce qui constitue une forme de dénonciation publique²⁴¹. Dans ce qui suit, nous examinerons comment le RSM régit le marketing d'influence et comment ses règles ont été interprétées par le RCC.

Le RSM clarifie la définition générale de la publicité dans le NRC qui s'applique également au marketing d'influence. Quelques clarifications utiles ont également été apportées en ce qui concerne les réseaux sociaux. Tout d'abord, le RSM précise explicitement que l'annonceur ne peut qu'inciter le diffuseur (sans le lui ordonner directement) à publier un message publicitaire²⁴². Il n'est pas non plus nécessaire qu'un annonceur détermine ou influence lui-même le contenu d'une publicité²⁴³. Enfin, pour établir la qualification d'une vidéo en tant que publicité, il importe peu que le discours promotionnel soit fait de manière continue ou à certains moments précis²⁴⁴.

Pour que les destinataires (consommateurs et entreprises) puissent interpréter correctement un message publicitaire via les réseaux sociaux et le marketing d'influence, ils doivent avoir connaissance de la nature de la relation entre l'annonceur et le diffuseur²⁴⁵. Cette relation est appelée « relation pertinente » dans le RSM. L'annonceur et le diffuseur sont tous deux responsables du respect du RSM²⁴⁶. Si la « relation pertinente » découle d'un accord, alors l'annonceur doit exiger du diffuseur qu'il se conforme au RSM. Dans d'autres cas, lorsqu'il invite les diffuseurs à donner leur avis sur ses produits, l'annonceur doit faire explicitement référence au RSM. Le RCC et la commission de recours soulignent également que les annonceurs restent responsables de l'identification et de la déclaration de la « relation pertinente ». Ils ont un devoir de diligence et ne peuvent pas se cacher derrière les influenceurs²⁴⁷.

²⁴¹ Voir <https://www.reclamecode.nl/compliance/non-compliant/>, 2022.

²⁴² Voir l'article 2, par. b) et l'Annexe associée au *Reclame Code Social Media & Influencer Marketing (RSM) - Explanation*.

²⁴³ *Reclame Code Commissie*, 17 mars 2016, n° 2016/00079, <https://www.reclamecode.nl/uitspraken/gezondheid/huishouden-en-inrichting-2016-00079/152627/>.

²⁴⁴ *Reclame Code Commissie*, 20 décembre 2019, n° 2019/00696, <https://www.reclamecode.nl/uitspraken/boerderijchips/voeding-en-drank-2019-00696/260894/>.

²⁴⁵ Voir l'article 3 du RSM. Voir par exemple *Reclame Code Commissie*, 10 février 2022, n° 2021/00312, <https://www.reclamecode.nl/uitspraken/actieve-inspanning-rsm/voeding-en-drank-2021-00189/304924/>, ou *Reclame Code Commissie*, 17 octobre 2019, n° 2019/00576, <https://www.reclamecode.nl/uitspraken/resultaten/reizen-en-toerisme-2019-00576/256482/>.

²⁴⁶ Voir article 6 du RSM.

²⁴⁷ Voir article 6 du RSM ; *Reclame Code Commissie*, 24 février 2020,

L'établissement d'une « relation pertinente » implique toujours un double test : l'influenceur doit avoir un avantage financier ou en nature et cet avantage doit affecter la crédibilité des propos concernés²⁴⁸. En ce qui concerne cet avantage, il importe peu que l'annonceur ait versé de l'argent à l'influenceur ou que la vidéo soit une *contrepartie* de la réception d'un produit, ainsi qu'il ressort d'un jugement dans une affaire où Fanatec avait envoyé un volant de course à une youtubeuse pour qu'elle en fasse la promotion²⁴⁹.

Une « relation pertinente » peut être déjà connue ou présumée par les consommateurs²⁵⁰. Si ce n'est pas le cas, cette relation doit être annoncée dans la publication. Selon l'article 3, point a) du RSM, la publicité via les réseaux sociaux doit être identifiable en tant que telle. En outre, conformément à l'article 3, point b) du RSM, la publication doit mentionner « explicitement » si un diffuseur a reçu un paiement en espèces ou en nature (par exemple, un billet d'avion gratuit²⁵¹ ou une réduction sur le prix d'un lit²⁵²) de la part d'un annonceur.

Selon l'article 3, point c) du RSM, cette obligation d'information peut être remplie si le contenu et la nature de la « relation pertinente » sont indiqués de manière claire et facilement accessible. Le RSM propose quelques exemples (tels que « #ad » ou « reçu de @[annonceur] », mais ne prescrit pas de méthode particulière²⁵³. Le RCC détermine au cas par cas s'il apparaît de façon suffisamment claire qu'il s'agit d'une publicité. Par exemple, dans une affaire de placement de produit, le RCC a jugé qu'une déclaration « sous la description de la vidéo [YouTube] » était placée dans « un endroit peu visible » et ne répondait donc pas à l'obligation de rendre toute publicité clairement identifiable²⁵⁴. Par ailleurs, dans une décision concernant une youtubeuse qui avait reçu un traitement au botox « offert » par l'annonceur, le RCC estime qu'il est important que le message diffusé mentionne explicitement (verbalement) que le diffuseur a reçu les services concernés « gratuitement »²⁵⁵. De plus, selon le RCC, une simple mention dans les commentaires sous la vidéo n'est pas suffisante : en l'espèce, aucune déclaration explicite ne mentionne le fait que l'influenceuse a reçu le volant gratuitement (...). Le fait que l'influenceuse ait mentionné plus tard, en réaction au message de la plaignante sous la vidéo, qu'elle avait

n° 2019/00778, <https://www.reclamecode.nl/uitspraken/resultaten/recreatie-amusement-cultuur-en-sport-2019-00778/263132/> ; College van Beroep Stichting Reclame Code, 6 août 2019, n° 2019/00179, <https://www.reclamecode.nl/uitspraken/voeding/gezondheid-2019-00179-cvb/246134/>.

²⁴⁸ Voir la note explicative de l'article 3 du RSM.

²⁴⁹ *Reclame Code Commissie*, 24 février 2020, n° 2019/00778, <https://www.reclamecode.nl/uitspraken/resultaten/recreatie-amusement-cultuur-en-sport-2019-00778/263132/>.

²⁵⁰ Voir l'Annexe du *Reclame Code Social Media & Influencer Marketing* (RSM) - Explanation.

²⁵¹ *Reclame Code Commissie*, 26 octobre 2017, n° 2017/00650, <https://www.reclamecode.nl/uitspraken/rsm/reizen-en-toerisme-2017-00650/200389/>.

²⁵² *Reclame Code Commissie*, 17 mars 2016, n° 2016/00079, <https://www.reclamecode.nl/uitspraken/gezondheid/huishouden-en-inrichting-2016-00079/152627/>.

²⁵³ Voir la note explicative de l'article 3 du RSM.

²⁵⁴ *Reclame Code Commissie*, 17 août 2017, n° 2017/00494, par. 3, <https://www.reclamecode.nl/uitspraken/rsm/persoonlijke-verzorging-en-uiteindelijk-2020-00494/288146/>.

²⁵⁵ *Reclame Code Commissie*, 23 décembre 2016, n° 2016/00896, par. 2 et 5, <https://www.reclamecode.nl/uitspraken/vlogger/gezondheid-2016-00896/178059/>.

reçu le volant et les pédales gratuitement ne change rien, car cela doit être mentionné immédiatement, dès le moment où la vidéo est visible²⁵⁶.

En complément de l'article 3 du RSM, l'article 4 du RSM dispose qu'il est interdit de modifier les messages ou autres expressions sur les réseaux sociaux de telle sorte que le consommateur moyen puisse être induit en erreur²⁵⁷. Bien que le RCC ne se soit pas (encore) prononcé sur ce point, il ressort de l'explication de l'article 4 que c'est également le cas si un annonceur affiche des contenus générés par le consommateur de manière sélective, de sorte que seuls les messages positifs soient mis en évidence²⁵⁸.

Il est également interdit d'inciter directement les enfants de moins de 12 ans à faire de la publicité pour des produits ou des services sur les réseaux sociaux²⁵⁹. À cet égard, on relève avec intérêt que le RCC juge qu'il n'y a violation de l'article 5 du RSM que si, dans la vidéo, d'autres enfants sont incités à faire de la publicité, en l'espèce pour De Bijenkorf, via leurs propres canaux de réseaux sociaux en échange d'une gratification²⁶⁰. Cette disposition n'interdit pas aux enfants de moins de 12 ans de jouer un rôle dans une publicité.

3.3.3. Conclusion

Comme indiqué précédemment, le dispositif juridique encadrant la publicité en ligne et les influenceurs comprend d'une part, des textes législatifs et d'autre part, un système d'autorégulation. À cet égard, le RSM, qui est une forme d'autorégulation, est très pertinent. L'autorégulation offre une alternative à la législation dans le monde de la publicité en ligne car les développements (technologiques) dans ce domaine se produisent à un rythme soutenu et l'autorégulation est en mesure de réagir plus rapidement à ces développements. Le RSM est lié à la législation de deux manières. D'une part, il redéfinit de façon plus détaillée les normes ouvertes dans la législation. D'autre part, l'article 3.6 de la loi sur les médias oblige l'influenceur, qui est considéré comme le « fournisseur d'un service médiatique commercial à la demande », à adhérer à la Fondation du Code de la publicité et à se conformer aux règles du RSM. Cela signifie que les influenceurs doivent être systématiquement transparents à l'égard de toute « relation pertinente » et doivent s'abstenir de toute manipulation, notamment à l'égard des enfants.

²⁵⁶ *Reclame Code Commissie*, 24 février 2020, n° 2019/00778, <https://www.reclamecode.nl/uitspraken/resultaten/recreatie-amusement-cultuur-en-sport-2019-00778/263132/>.

²⁵⁷ Voir l'article 4 du RSM.

²⁵⁸ Voir la note explicative de l'article 4 du RSM.

²⁵⁹ Voir l'article 5 du RSM.

²⁶⁰ *Reclame Code Commissie*, 17 août 2017, n° 2017/00494, <https://www.reclamecode.nl/uitspraken/bijenkorf/kleding-schoenen-en-accessoires-2017-00494/195184/>.

4. Publicité ciblée

Le présent chapitre traite de la régulation de la publicité ciblée. Le ciblage permet aux annonceurs de présenter leurs annonces uniquement aux personnes pour lesquelles la publicité est pertinente. Cela permet aux annonceurs d'augmenter la probabilité que leurs publicités débouchent sur une vente et, comme le font valoir les annonceurs, cela évite aux consommateurs de voir des publicités sans lien avec leurs centres d'intérêts. Néanmoins, le ciblage comporte également de nouveaux risques auxquels les régulateurs sont de plus en plus sensibles. Le ciblage peut, par exemple, renforcer le pouvoir manipulateur de la publicité en permettant aux annonceurs d'exploiter de façon indue les vulnérabilités des consommateurs individuels²⁶¹. Le manque de transparence sur le fonctionnement des algorithmes de ciblage peut également empêcher les régulateurs, les particuliers et les annonceurs eux-mêmes de savoir selon quelles modalités les publicités sont présentées aux utilisateurs. Enfin, pour fonctionner, la publicité ciblée a besoin de données concernant les personnes ciblées.

La nécessité d'établir des règles sur les modalités de traitement des données personnelles était au cœur des premiers débats sur la régulation de la publicité en ligne²⁶². Plus récemment, l'attention s'est reportée sur la nécessité d'appliquer les règles et sur l'élaboration de mesures supplémentaires concernant le rôle des plateformes en ligne dans la publicité ciblée. Le paragraphe 4.1 analyse dans un premier temps la mise en œuvre et l'application du RGPD dans deux États membres, l'Espagne et la France. Le paragraphe 4.2 analyse l'impact de la DSA sur les intermédiaires en ligne en termes de nouvelles restrictions en lien avec la publicité en ligne. Enfin, il convient de noter que la proposition de règlement de l'UE sur la publicité politique impose des restrictions supplémentaires au traitement des données à caractère personnel dans le cadre de la publicité en ligne. Ces règles sont abordées au paragraphe 5.2.3 du chapitre consacré à l'incidence de la publicité sur la démocratie.

4.1. Droit de la protection des données et publicité ciblée

Le droit de la protection des données est traditionnellement au cœur de la législation sur la publicité ciblée. Après l'entrée en vigueur du RGPD, la législation s'est davantage préoccupée des modalités d'application des règles et des instances chargées de les compléter. Les paragraphes suivants présentent les développements juridiques et les

²⁶¹ Helberger et al., *Choice Architectures in the Digital Economy*.

²⁶² Chen, *Data Protection Principles Governing OBA* ; Lynskey, *Track(Ing) Changes*.

orientations publiées par les autorités nationales de protection des données en Espagne et en France dans le cadre de la publicité ciblée. Ces deux pays ont été relativement actifs dans l'application du droit de la protection des données. L'autorité française chargée de la protection des données a mis l'accent sur l'application des dispositions dans le cadre du marketing en ligne et de la publicité ciblée, et a élaboré un certain nombre de directives à cet égard. L'Espagne a été le théâtre d'un conflit constitutionnel sur l'admissibilité de la publicité politique ciblée et figure régulièrement parmi les États membres qui sanctionnent le plus lourdement en vertu du droit de la protection des données²⁶³.

Parallèlement à ces présentations détaillées, il convient de noter que le 2 février 2022, l'autorité de protection des données (APD) belge a rendu une décision concernant un outil populaire avec lequel les éditeurs obtiennent le consentement pour la publicité ciblée²⁶⁴. Dans sa décision, l'APD estime que l'organisation offrant cet outil, *Interactive Advertising Bureau Europe* (IAB), agit en tant que responsable conjoint du traitement avec « les CMP (Consent Management Platforms), les éditeurs et les fournisseurs adtech participants²⁶⁵. » À ce titre, la société IAB était dans l'obligation (qu'elle n'a pas respectée) de se conformer aux dispositions du RGPD sur la nécessité d'une base légale, la transparence, la responsabilité, la protection des données par conception et par défaut, la confidentialité et la sécurité. IAB a écopé d'une amende de 250 000 euros et a reçu l'ordre d'établir une base juridique pour son traitement des données à caractère personnel, d'interdire aux organisations participantes d'utiliser leur intérêt légitime comme base juridique, et d'exercer un contrôle rigoureux sur les organisations participantes pour s'assurer que celles-ci respectent le RGPD. IAB a fait appel de cette décision²⁶⁶.

²⁶³ Daigle B. et Khan M., *The EU General Data Protection Regulation: An Analysis of Enforcement Trends by EU Data Protection Authorities*, 2020, *Journal of International Commerce & Economics* 1(15), <https://heinonline.org/HOL/Page?handle=hein.journals/jice2020&id=1&div=&collection=>; Ruohonen J. et Hjerpe K., *The GDPR Enforcement Fines at Glance*, 2022, *Information Systems* 106, <https://doi.org/10.1016/j.is.2021.101876>. Voir également la page 15 de Daigle et Khan pour une brève présentation des mesures d'application spécifiques prises par l'autorité française chargée de la protection des données dans le cadre de la publicité ciblée.

²⁶⁴ *Beslissing Ten Gronde 21/2022 van 2 Februari 2022* (Gegevensbeschermingsautoriteit, 2 février 2022), <https://www.gegevensbeschermingsautoriteit.be/publications/beslissing-ten-gronde-nr.-21-2022.pdf>. L'APD belge a publié une traduction française non officielle de cette décision : <https://www.autoriteprotectiondonnees.be/publications/decision-quant-au-fond-n-21-2022.pdf>

²⁶⁵ *Beslissing Ten Gronde 21/2022 van 2 Februari 2022*, par. 407.

²⁶⁶ Voir Veale M., Nouwens M. et Santos C., *Impossible Asks: Can the Transparency and Consent Framework Ever Authorise Real-Time Bidding After the Belgian DPA Decision?*, 2022, *Technology and Regulation*, <https://doi.org/10.31235/osf.io/mj7xu>.

4.1.1. France

Alexandra Giannopoulou, Institut du droit de l'information, Université d'Amsterdam

Le cadre normatif régissant la publicité en ligne en France a été façonné par les instruments législatifs européens applicables, à savoir le RGPD et la Directive vie privée communications électroniques, ainsi que par la législation nationale correspondante. Le moyen principal (parmi d'autres)²⁶⁷ par lequel l'autorité française de protection des données, la CNIL (Commission nationale de l'informatique et des libertés), entend réglementer la publicité en ligne consiste à déterminer la manière d'adapter le rôle crucial du consentement dans le cadre juridique de l'UE aux techniques complexes de la publicité en ligne. L'article 82 de la Loi n° 78-17 du 6 janvier 1978 relative à l'informatique, aux fichiers et aux libertés²⁶⁸ transpose les principes du consentement posés par l'article 5, par. 3 de la Directive 2002/58/CE²⁶⁹. Il prévoit notamment l'obligation, sauf exception, de recueillir le consentement des internautes avant toute opération de lecture ou d'écriture de cookies et d'autres types de traceurs. Dans ce contexte, le consentement fait référence à la définition et aux conditions prévues à l'article 4, par. 11, et à l'article 7 du RGPD. Cela signifie que le consentement doit être libre, spécifique, éclairé, univoque et que les utilisateurs doivent pouvoir le retirer à tout moment, aussi facilement qu'ils l'ont accordé.

En 2019, la CNIL a reconnu l'inefficacité de ses lignes directrices sur la réglementation du consentement à la publicité en ligne publiées en 2013, et a lancé une procédure de révision. Le 17 septembre 2020, elle a adopté des lignes directrices²⁷⁰ et une

²⁶⁷ Voir par exemple CJUE, affaire C-311/18 *Data Protection Commissioner c. Facebook Ireland et Maximillian Schrems*, <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX:62018CJ0311> sur les transferts de données tels que confirmés par le Conseil d'État français, 28 janvier 2022, 10^{ème} - 9^{ème} chambres réunies, ECLI:FR:CECHR:2022:449209.20220128, <https://www.conseil-etat.fr/fr/arianeweb/CE/decision/2022-01-28/449209>.

Voir également CNIL, *Alternatives aux cookies tiers : quelles conséquences sur le consentement ?*, 2021, <https://www.cnil.fr/fr/cookies-et-autres-traceurs/regles/alternatives-aux-cookies-tiers>.

²⁶⁸ Loi n° 78-17 du 6 janvier 1978 relative à l'informatique, aux fichiers et aux libertés, <https://www.legifrance.gouv.fr/loda/id/JORFTEXT000000886460/>.

²⁶⁹ « Les États membres garantissent que l'utilisation des réseaux de communications électroniques en vue de stocker des informations ou d'accéder à des informations stockées dans l'équipement terminal d'un abonné ou d'un utilisateur ne soit permise qu'à condition que l'abonné ou l'utilisateur soit muni, dans le respect de la Directive 95/46/CE, d'une information claire et complète, entre autres sur les finalités du traitement, et que l'abonné ou l'utilisateur ait le droit de refuser un tel traitement par le responsable du traitement des données. Cette disposition ne fait pas obstacle à un stockage ou à un accès techniques visant exclusivement à effectuer ou à faciliter la transmission d'une communication par la voie d'un réseau de communications électroniques, ou strictement nécessaires à la fourniture d'un service de la société de l'information expressément demandé par l'abonné ou l'utilisateur. »

²⁷⁰ CNIL, Délibération n° 2020-091 du 17 septembre 2020 portant adoption de lignes directrices relatives à l'application de l'article 82 de la loi du 6 janvier 1978 modifiée aux opérations de lecture et écriture dans le terminal d'un utilisateur (notamment aux « cookies et autres traceurs ») et abrogeant la délibération n° 2019-093 du 4 juillet 2019,

recommandation²⁷¹ aux fins de clarifier les règles applicables en matière de consentement dans le domaine de la publicité en ligne. La recommandation fonctionne comme un guide pratique destiné à informer les acteurs utilisant des traceurs sur les moyens concrets d'obtenir légalement le consentement des utilisateurs. Ces documents s'adressent tant au secteur professionnel de la publicité en ligne qu'aux simples utilisateurs car ils visent à assurer le contrôle des traceurs en ligne.

Tout au long de la procédure, la CNIL a tenté d'articuler et de relever les défis liés à la protection des données personnelles dans la publicité en ligne, et plus particulièrement à l'utilisation de traceurs et de cookies. « Comment les internautes peuvent-ils exercer un choix éclairé, en toute transparence, pour garder le contrôle sur leurs données personnelles alors que nous vivons dans un monde toujours plus connecté²⁷² ? »

Les récentes lignes directrices et recommandations visent à apporter une réponse à cette question tout en tenant compte de la filière professionnelle de la publicité en ligne et en renforçant le contrôle des utilisateurs. Nous présentons ci-après ces principes tels que formulés par la CNIL.

En premier lieu, la CNIL souligne que ses lignes directrices concernent toutes les opérations visant à accéder, par voie de transmission électronique, à des informations déjà stockées dans l'équipement terminal de l'abonné ou de l'utilisateur d'un service de communications électroniques, ou à inscrire des informations dans celui-ci²⁷³. Ensuite, les lignes directrices apportent des clarifications sur 1) le consentement de l'utilisateur et la gestion du consentement, 2) les informations relatives à l'utilisateur, et 3) les règles d'exemption de certains traceurs.

4.1.1.1. Consentement de l'utilisateur

La qualification de consentement libre de l'utilisateur suit les règles du RGPD (considérant 42 et article 4 du RGPD). Cela signifie que le fait de conditionner la fourniture d'un service ou l'accès à un site internet au consentement à des opérations d'écriture ou de lecture sur le terminal de l'utilisateur (pratique du « mur de traceurs ») est susceptible de porter atteinte, dans certains cas, à la liberté de consentement. Le consentement doit être spécifique. À ce titre, le consentement à ces opérations ne saurait être dûment recueilli par une acceptation globale des conditions générales d'utilisation. Le consentement doit être clair.

La CNIL insiste sur la nécessité du caractère univoque du consentement. Cela signifie que le fait de continuer à naviguer sur un site internet, d'utiliser une application

https://www.cnil.fr/sites/default/files/atoms/files/lignes_directrices_de_la_cnil_sur_les_cookies_et_autres_traceurs.pdf

²⁷¹ CNIL, Délibération n° 2020-092 du 17 septembre 2020 portant adoption d'une recommandation proposant des modalités pratiques de mise en conformité en cas de recours aux « cookies et autres traceurs ».

²⁷² Voir CNIL, *Publicité ciblée en ligne : quels enjeux pour la protection des données personnelles ?*, 2020, <https://www.cnil.fr/fr/publicite-ciblee-en-ligne-quels-enjeux-pour-la-protection-des-donnees-personnelles>.

²⁷³ Article 1^{er} - Sur le champ d'application des lignes directrices.

mobile ou de faire défiler la page d'un site ou d'une application mobile ne constitue pas un acte positif clair équivalant à un consentement²⁷⁴. La simple poursuite de la navigation sur un site ne peut plus être considérée comme l'expression du consentement valide de l'utilisateur. Les personnes doivent consentir à l'utilisation de traceurs par un acte positif clair (comme cliquer sur « J'accepte » dans un bandeau consacré aux cookies). En l'absence d'un tel consentement valide, l'utilisateur doit être considéré comme ayant refusé l'accès à son terminal ou le stockage de tout type de traceurs, et aucun traceur non essentiel au fonctionnement du service ne doit être déposé sur son appareil.

Après avoir défini le cadre juridique régissant le consentement tel qu'il s'applique aux cookies, la CNIL formule des recommandations visant à clarifier la manière dont le consentement peut être demandé, reçu et géré. La CNIL recommande vivement que le consentement soit recueilli sur chacun des sites ou applications concernés par un suivi de navigation, afin de garantir que l'utilisateur soit pleinement conscient de la portée de son consentement. Toutes les recommandations visent à améliorer la transparence. Par exemple, la CNIL souligne l'importance de mettre à disposition des utilisateurs la liste complète des responsables du traitement et des acteurs utilisant des traceurs sur chaque site. Elle recommande que cette liste figure de façon bien visible sur chaque site internet et qu'elle soit établie de manière conviviale, en privilégiant l'accessibilité, l'exactitude et la simplicité des informations nécessaires au consentement. De manière générale, la CNIL recommande une présentation des options disponibles sous une forme favorisant un consentement valide ainsi que le développement d'interfaces standardisées, fonctionnant de la même manière et utilisant un vocabulaire uniformisé, de nature à faciliter la compréhension des utilisateurs dans leur navigation sur les sites ou applications mobiles.

Afin de garantir le caractère libre du consentement donné, la CNIL recommande de demander aux utilisateurs leur consentement de manière indépendante et spécifique pour chaque finalité distincte. Toutefois, elle considère que cela n'exclut pas la possibilité de proposer aux utilisateurs de consentir de manière globale à un ensemble de finalités, sous réserve de présenter, au préalable, l'ensemble des finalités poursuivies aux utilisateurs. Enfin, la CNIL souligne que les mécanismes de refus et de retrait du consentement sont des éléments fondamentaux de la conception et du fonctionnement de tout dispositif légal de consentement. Par exemple, la CNIL recommande vivement que le mécanisme d'expression du refus de consentement aux opérations de lecture et/ou d'écriture soit accessible sur le même écran et avec la même facilité que le mécanisme d'expression du consentement.

4.1.1.2. Obligation d'informer l'utilisateur

Toujours dans la perspective d'encourager la transparence, la CNIL a émis les recommandations suivantes afin de s'assurer que les utilisateurs soient correctement et suffisamment informés avant de consentir aux traceurs en ligne.

²⁷⁴ La Commission cite à cet égard la décision *Planet 49* de la CJUE (CJUE, 1^{er} octobre 2019, C-673/17) établissant que l'utilisation de cases cochées par défaut ne peut être considérée comme un acte positif clairement destiné à donner son consentement.

Elle souligne tout d'abord que tous les utilisateurs doivent être clairement informés des finalités des traceurs avant de donner leur consentement, ainsi que des conséquences liées à l'acceptation ou au refus du traçage. Ils doivent également être pleinement informés de l'identité de toutes les entités utilisant des traceurs soumis à consentement. Dans ce contexte, les organisations utilisant des traceurs doivent être en mesure de fournir, à tout moment, la preuve de la collecte valide du consentement libre, éclairé, spécifique et univoque des utilisateurs.

La CNIL estime nécessaire de fournir au moins les informations suivantes aux utilisateurs avant de recueillir leur consentement : l'identité du ou des responsables du traitement des opérations de lecture ou d'écriture, la finalité des opérations de lecture ou d'écriture, le processus et la méthode d'acceptation et de refus des traceurs, les conséquences attachées à un refus ou à une acceptation des traceurs et, enfin, l'existence d'un droit de retrait du consentement.

4.1.1.3. Exemption de certains traceurs

Certains traceurs sont dispensés de l'obtention du consentement selon les recommandations de la CNIL. Cette exemption concerne par exemple les traceurs destinés à l'authentification auprès d'un service ou destinés à garder en mémoire le contenu d'un panier d'achat sur un site marchand, certains traceurs destinés à générer des statistiques de fréquentation, ou les traceurs permettant à des sites payants de limiter l'accès gratuit à un échantillon des contenus demandés par les utilisateurs.

Les finalités de chaque traceur doivent être présentées aux utilisateurs avant de leur offrir la possibilité de consentir ou de refuser. Elles doivent être formulées de manière intelligible, c'est-à-dire dans un langage approprié et suffisamment clair pour permettre aux utilisateurs de comprendre précisément ce à quoi ils consentent. Afin d'en faciliter la lecture, la CNIL recommande que chaque finalité soit mise en exergue dans un intitulé court accompagné d'un bref descriptif et que la possibilité soit donnée aux utilisateurs d'obtenir des informations supplémentaires sur les finalités avec d'autres fonctionnalités intégrées à l'interface.

Selon la CNIL, le contenu de cette information additionnelle peut, par exemple, venir préciser que l'affichage de la publicité englobe différentes opérations techniques concourant à la même finalité. Celles-ci incluent également le plafonnement de l'affichage (parfois appelé « *capping* publicitaire », consistant à ne pas présenter à un utilisateur une même publicité de manière trop répétitive), la lutte contre la « fraude au clic » (détection d'éditeurs prétendant réaliser une audience publicitaire supérieure à la réalité), la facturation de la prestation d'affichage, la mesure des cibles ayant plus d'appétence à la publicité pour mieux comprendre l'audience, etc.

La CNIL recommande que les traceurs de mesure d'audience dispensés du recueil du consentement soient placés après avoir dispensé une information suffisante sur leur mise en place. Par exemple, les utilisateurs peuvent être informés de la mise en œuvre de ces traceurs via la politique de confidentialité du site ou de l'application. La durée de vie de ces traceurs doit être limitée au temps strictement nécessaire, et les informations collectées par ces traceurs doivent être conservées pendant une période maximale de 25

mois. En général, la durée de conservation mentionnée ci-dessus doit faire l'objet d'un examen périodique.

4.1.2. Espagne

Elena Gil González, Chef du service juridique, Branddocs

Au cours des dernières années, l'Espagne a été témoin de plusieurs affaires étonnantes en ce qui concerne le traitement des données aux fins de la publicité ciblée, que ce soit la légalisation d'une disposition de type Cambridge Analytica, déclarée ultérieurement inconstitutionnelle, la validation de l'expression « si vous poursuivez votre navigation, nous considérons que vous acceptez les cookies », invalidée par la suite, le premier Code de conduite post-RGPD, ou le fait d'être l'État membre ayant infligé le plus grand nombre d'amendes au titre du RGPD.

Dans les pages qui suivent, nous résumerons les principaux développements et leur issue.

4.1.2.1. Le micro-ciblage politique est déclaré inconstitutionnel

L'Espagne a transposé le RGPD dans le droit national en adoptant en décembre 2018 la loi organique sur la protection des données et la garantie des droits numériques (*Ley Orgánica 3/2018 de Protección de Datos Personales y garantía de los derechos digitales*²⁷⁵ - LOPDgdd).

Cette loi contenait, entre autres, une disposition controversée concernant la publicité ciblée pour la propagande électorale. Plus précisément, la troisième disposition finale de la LOPDgdd modifiait l'article 58 bis de la loi espagnole sur le système électoral (*Ley Orgánica 5/1985 del Régimen Electoral General*²⁷⁶ - LOREG), autorisant le traitement des données personnelles par des moyens technologiques dans le cadre des campagnes électorales.

En vertu de cette disposition, les partis politiques pouvaient collecter des données personnelles concernant les opinions politiques des citoyens à partir des réseaux sociaux et de l'internet afin de personnaliser la propagande électorale en fonction de l'intérêt public. L'exposé des motifs justifiant cette disposition mentionnait la volonté de prévenir l'émergence de nouvelles affaires de type Cambridge Analytica.

Pour situer le contexte, cette disposition finale a été introduite par l'amendement d'un groupe parlementaire lors de la dernière phase du processus législatif, donc taillée sur mesure par les partis politiques eux-mêmes et adoptée à l'unanimité par le Parlement.

²⁷⁵ *Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de Protección de Datos Personales y garantía de los derechos digitales*, BOE-A-2018-16673, <https://www.boe.es/eli/es/lo/2018/12/05/3>.

²⁷⁶ *Ley Orgánica 5/1985, de 19 de junio, del Régimen Electoral General*, BOE-A-1985-11672, <https://www.boe.es/eli/es/lo/1985/06/19/5/con>.

Abstraction faite des arguments constitutionnels nationaux, force est de constater que cette disposition enfreint le RGPD à plusieurs égards. D'une part, le traitement des données à caractère personnel à ces fins était fondé sur le considérant 56 du RGPD, qui exige la mise en place de « garanties appropriées ». Une version antérieure de la disposition contenait certaines garanties, mais celles-ci ont été supprimées dans la version finale. L'absence de garanties appropriées a été le principal motif de la décision déclarant cette disposition anticonstitutionnelle.

D'autre part, en vertu du RGPD, le fondement légitime le plus approprié pour le traitement aurait été l'article 9, par. 2, point g), qui autorise le traitement de certaines catégories de données à caractère personnel sur la base de « motifs d'intérêt public important ». Or, la disposition contestée ne mentionne qu'un intérêt public général (en d'autres termes, non important). En outre, elle ne précise pas de quel intérêt il s'agit.

Par conséquent, plusieurs groupes de juristes professionnels - dont l'auteur du présent rapport - se sont spontanément organisés pour former un recours en inconstitutionnalité contre le premier paragraphe de la disposition. Ces recours ont été soumis au médiateur espagnol fin février 2019 et quelques jours plus tard, le 4 mars 2019, le médiateur a déposé un recours devant le Tribunal constitutionnel, que ce dernier a déclaré recevable.

Le 22 mai 2019 - c'est-à-dire en un temps record, en raison des élections générales à venir et des délais légaux - le Tribunal constitutionnel a rendu l'arrêt STC 76/2019²⁷⁷ déclarant à l'unanimité l'inconstitutionnalité de l'article 58 bis, par. 1 de la LOREG, qui est donc nul et non avenu.

4.1.2.2. Code de conduite sur le traitement des données à des fins publicitaires

En novembre 2020, l'autorité espagnole de protection des données (AEPD) a adopté le premier code de conduite conformément au GPD²⁷⁸. Il portait sur le traitement des données dans le cadre des activités publicitaires et a été créé par Autocontrol, l'association espagnole pour l'autorégulation de la communication commerciale, puis approuvé par l'AEPD.

Sa principale contribution est la mise en place d'un système de résolution extrajudiciaire des litiges concernant les données personnelles dans le cadre des activités publicitaires. Le code a pour vocation d'offrir aux consommateurs une procédure facile à mettre en œuvre et de servir d'alternative aux procédures administratives ordinaires.

En outre, le code fournit des orientations générales en lien avec le RGPD sur des sujets tels que la manière d'obtenir le consentement ou de sonder un intérêt légitime pour le traitement des données, de se conformer aux exigences en matière d'information, ou la nécessité de respecter les principes de protection des données dès la conception et

²⁷⁷ Tribunal Constitucional, arrêt STC 76/2019, 22 mai 2019, <https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=BOE-A-2019-9548>.

²⁷⁸ Autocontrol, *Código de Conducta: Tratamiento de datos en la actividad Publicitaria*, 2020, <https://www.autocontrol.es/wp-content/uploads/2020/11/codigo-de-conducta-proteccion-de-datos.pdf>.

par défaut. Il fournit des indications sur l'utilisation de cookies ou de technologies similaires à des fins publicitaires.

4.1.2.3. Lignes directrices sur l'utilisation des cookies

En novembre 2019, l'AEPD a publié des lignes directrices sur l'utilisation des cookies élaborées en concertation avec le secteur.

Les lignes directrices traitent de l'utilisation de cookies et de technologies similaires telles que les pixels espions ou la prise d'empreinte (*fingerprinting*) et couvrent des questions telles que la transparence relative aux informations fournies, le rôle des responsables du traitement, et l'établissement du consentement comme unique base légale.

Les deux axes principaux des lignes directrices portent sur ce qui doit être considéré comme une manifestation valide du consentement et sur la légalité des « murs de traceurs ».

Tout d'abord, les lignes directrices valident des expressions telles que « si vous poursuivez votre navigation sur ce site, vous acceptez les cookies », mais uniquement lorsqu'elles sont accompagnées d'une option de refus des cookies. Avec cette formule, les lignes directrices n'autorisent pas l'usage d'une option cochée par défaut (qui serait considérée comme équivoque) : l'option de refus des cookies donne aux utilisateurs deux choix possibles, ce qui rend le consentement univoque et respecte la disposition exigeant que le consentement soit aussi facile à retirer qu'à accorder.

Cependant, peu après, le Comité européen de la protection des données (EDPB) a publié en mai 2020 ses lignes directrices 05/2020 sur le consentement, qui interdisent de considérer les notions de type « poursuite de la navigation » comme la manifestation d'un consentement valide. C'est pourquoi l'AEPD a mis à jour, toujours en concertation avec le secteur, les lignes directrices sur l'utilisation des cookies en juillet 2020²⁷⁹ - considérant désormais que ces expressions ne constituent pas un consentement valable.

Deuxième sujet de controverse, les directives initiales prévoyaient la possibilité de refuser, dans certains cas, l'accès au service si l'utilisateur refusait de consentir aux cookies. Une fois encore, l'EDPB a infirmé cette disposition et établi que, pour que le consentement soit donné librement, l'accès aux services et aux fonctionnalités ne doit pas être conditionné par l'acceptation de l'utilisation de cookies par l'utilisateur. Par conséquent, la version actualisée des lignes directrices interdit les « murs de traceurs » lorsque les sites internet ne proposent pas d'alternative au consentement. En ce cas, les deux alternatives doivent être réellement équivalentes.

L'AEPD a prévu une période de transition de trois mois pour la mise en conformité avec ces nouvelles directives.

²⁷⁹ Agencia Española de Protección de Datos, *Guía sobre el uso de las cookies*, 2020, <https://www.aepd.es/sites/default/files/2020-07/guia-cookies.pdf>

4.1.2.4. Note technique concernant le contrôle des utilisateurs sur la personnalisation des publicités sur Android

En mai 2019, l'AEPD a publié une note concernant le contrôle des utilisateurs sur la personnalisation des publicités sur Android²⁸⁰.

Cette note détermine quels sont les identifiants publicitaires sur les appareils Android, à quoi ils servent et quelles sont les options dont dispose l'utilisateur pour les contrôler. Tous les appareils possèdent un identifiant publicitaire Android (AAID), c'est-à-dire un identifiant unique pour l'envoi de publicités personnalisées qui peut être modifié ou désactivé.

En désactivant l'AAID, on communique aux entités publicitaires la préférence de l'utilisateur, mais elles ne sont pas tenues de s'y conformer.

La note met en avant l'exemple de Facebook et constate que lorsque les utilisateurs désactivent la publicité basée sur leurs goûts et intérêts, le réseau social ne renvoie pas de publicités personnalisées, mais continue à collecter les données des utilisateurs, à les associer à un identifiant publicitaire et à construire un profil basé sur les applications utilisées.

4.1.2.5. Procédures de sanction

Ces dernières années, l'autorité espagnole de protection des données (AEPD) figurait régulièrement parmi les autorités infligeant le plus grand nombre d'amendes. En ce qui concerne les sanctions pour publicité ciblée, trois procédures méritent d'être mentionnées.

En octobre 2019, l'AEPD a infligé une amende de 30 000 euros à Vueling²⁸¹ pour avoir utilisé la formule « si vous poursuivez votre navigation, nous considérons que vous acceptez les cookies » sans donner à l'utilisateur la possibilité de refuser les cookies. En dépit du fait qu'à l'époque, l'arrêt rendu par la CJUE dans l'affaire C-673/17 *-Planet49*²⁸² avait déjà été publié, cette formule était toujours en vigueur en vertu des lignes directrices sur l'utilisation des cookies adoptées par l'AEPD, comme nous l'avons mentionné plus haut.

²⁸⁰ Agencia Española de Protección de Datos, *Nota técnica. Control del usuario en la personalización de anuncios en Android*, 2019, <https://www.aepd.es/sites/default/files/2019-09/nota-tecnica-android-advertising-id.pdf>.

²⁸¹ Agencia Española de Protección de Datos, PS-00300-2019, <https://www.aepd.es/es/documento/ps-00300-2019.pdf>.

²⁸² Cour de justice de l'Union européenne, Grande chambre, affaire C-673/17 *Planet49 GmbH*, 1^{er} octobre 2019. ECLI:EU:C:2019:801, <https://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?jsessionid=C21C6676D1DB1AB1BFC8C22E6F723CE9?text=&docid=218462&pageIndex=0&doclang=FR&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=5697404>.

Peu des temps après en décembre 2019, l'AEPD a infligé une amende de 10 000 euros à Ikea²⁸³ pour avoir installé des cookies analytiques, de préférence et de publicité comportementale avant que les utilisateurs n'aient donné leur consentement.

En février 2020, l'AEPD a infligé une amende de 30 000 euros à Twitter²⁸⁴ pour avoir installé des cookies sans informer suffisamment l'utilisateur ou sans lui donner la possibilité de les refuser. La procédure a été initiée par la plainte d'un utilisateur quelques jours avant l'entrée en application du RGPD.

4.2. Législation sur les services numériques (*Digital Services Act - DSA*)

Ilaria Buri, Institut du droit de l'information (IViR), Université d'Amsterdam

La publicité en ligne joue un rôle central dans l'économie numérique : au cours des dernières décennies, elle a gagné en pertinence et en complexité, devenant le principal modèle économique à l'origine des profits et de la puissance des plateformes les plus performantes et de la plupart des acteurs de l'internet actuel. Les pratiques dominantes en matière de publicité en ligne, qui reposent essentiellement sur le suivi et le profilage intrusifs des utilisateurs, ont été sévèrement critiquées ces deux dernières années en raison des nombreux problèmes individuels et sociétaux qu'elles posent. En privilégiant notamment l'engagement des utilisateurs et en récompensant les contenus viraux, les pratiques publicitaires en ligne les plus courantes semblent favoriser le développement de graves préjudices, notamment la discrimination, la manipulation, la violation systémique du droit fondamental à la vie privée et à la protection des données personnelles et, plus généralement, la dégradation de la sphère démocratique.

Avant la présentation de la proposition de législation sur les services numériques (DSA) de la Commission européenne²⁸⁵, un débat houleux s'est engagé sur la nécessité de réglementer plus strictement le domaine de la publicité en ligne en vue de maîtriser certains risques et préjudices majeurs associés à un modèle économique souvent qualifié de toxique.

Si les dispositions relatives à la publicité en ligne peuvent sembler, à première vue, être un aspect mineur du futur règlement de l'UE sur la modération des contenus, les questions relatives à la régulation de la publicité en ligne sont rapidement devenues l'une des questions les plus épineuses des négociations concernant la DSA.

²⁸³ Agencia Española de Protección de Datos, PS-00127-2019, https://www.aepd.es/resoluciones/PS-00127-2019_ORI.pdf.

²⁸⁴ Agencia Española de Protección de Datos, PS-00299-2019, <https://www.aepd.es/es/documento/ps-00299-2019.pdf>.

²⁸⁵ Proposition de règlement du Parlement européen et du Conseil relatif à un marché intérieur des services numériques (Législation sur les services numériques) et modifiant la Directive 2000/31/CE.

Ce paragraphe présente les dispositions de la DSA en matière de publicité en ligne, telles qu'elles figurent dans la proposition de la Commission présentée en décembre 2020 et dans le texte final convenu à la fin des trilogues en avril 2022²⁸⁶. Il fournit également quelques éléments permettant de contextualiser le débat politique autour de la DSA et de la publicité en ligne, sur la période allant de fin 2020 (lorsque le Parlement européen a adopté trois résolutions pour demander l'interdiction des publicités basées sur le traçage) jusqu'au débat qui s'est déroulé entre la présentation de la proposition et les négociations interinstitutionnelles.

4.2.1. Dispositions relatives à la publicité dans la proposition initiale de DSA

Le considérant 52 de la proposition de DSA fait référence au rôle important de la publicité en ligne dans le cadre des services de plateformes en ligne. Il reconnaît toutefois que « la publicité en ligne peut présenter des risques importants, qu'il s'agisse de messages publicitaires constituant eux-mêmes un contenu illicite, de la contribution à des incitations financières à la publication ou l'amplification de contenus et d'activités illicites ou autrement préjudiciables en ligne, ou encore de l'affichage discriminatoire de publicités ayant une incidence sur l'égalité de traitement et des chances des citoyens. » En outre, comme l'observe le considérant 56, la conception des services des très grandes plateformes en ligne (VLOP) est « généralement optimisée au bénéfice de leurs modèles économiques souvent axés sur la publicité et peut susciter des préoccupations sociétales. »

En ce qui concerne la publicité en ligne, la proposition de DSA de la Commission impose une série d'obligations de diligence aux plateformes en ligne qui affichent de la publicité sur leurs interfaces. Les dispositions de la proposition de DSA portant sur la transparence au niveau de la publicité s'adressent à deux types d'acteurs : i) les plateformes en ligne, définies comme des fournisseurs de services d'hébergement qui, à la demande des usagers, stockent et diffusent des informations auprès du public²⁸⁷ et ii) les très grandes plateformes en ligne (*very large online platforms* - VLOP), qui fournissent leurs services à un nombre mensuel moyen de bénéficiaires actifs du service égal ou supérieur à 45 millions.

Plus précisément, l'article 24 de la proposition de DSA exige que les plateformes en ligne fournissent aux utilisateurs des informations sur chaque publicité spécifique présentée « de manière claire et non ambiguë et en temps réel ». Les utilisateurs doivent notamment disposer des données suivantes :

²⁸⁶ Au moment de la rédaction du présent rapport, la finalisation du processus politique de la DSA est prévue en été 2022. L'analyse du texte final dans cet IRIS *Spécial* est basée sur la version de la DSA votée par la Commission du marché intérieur et de la protection des consommateurs (IMCO) du Parlement européen le 16 juin 2022, https://www.europarl.europa.eu/meetdocs/2014_2019/plmrep/COMMITTEES/IMCO/DV/2022/06-15/DSA_provisionalagreementAnnexe_EN.pdf.

²⁸⁷ Article 2(h) de la proposition de DSA.

- a) des informations indiquant clairement que l’affichage constitue une publicité ;
- b) des informations permettant d’« identifier la personne physique ou morale pour le compte de laquelle la publicité est affichée » ;
- c) « des informations utiles concernant les principaux paramètres utilisés pour déterminer le bénéficiaire auquel la publicité est présentée. »

L’article 30 de la proposition prévoit des obligations supplémentaires de transparence en matière de publicité pour les VLOP²⁸⁸. Il leur impose d’établir et de mettre à la disposition du public, via des interfaces de programme d’application (API), un registre contenant les informations relatives à une publicité spécifique²⁸⁹. Ce registre doit être accessible au public jusqu’à un an après le dernier affichage de la publicité sur les plateformes et doit comprendre des informations sur le contenu de la publicité, l’annonceur, la période durant laquelle la publicité a été affichée, la manière dont elle a été ciblée ainsi que sur sa portée. Ce registre est examiné en détail au paragraphe 5.3.

En octobre 2020, le Parlement européen a adopté trois résolutions sur la proposition de DSA²⁹⁰. Ces trois résolutions sont, entre autres, axées sur la dynamique et les implications de la publicité en ligne, en particulier la publicité micro-ciblée et comportementale²⁹¹, qui constitue le modèle économique central des plateformes en ligne. Reconnaissant que ces pratiques reposent sur un suivi omniprésent des utilisateurs et sont associées à des problèmes sociétaux majeurs (tels que l’amplification de contenus viraux et préjudiciables, la désinformation et la manipulation), les résolutions recommandent une réglementation plus stricte du traçage publicitaire (notamment par le biais d’une élimination progressive aboutissant, à terme, à une interdiction), et font valoir que d’autres formes de publicité, conformes aux droits fondamentaux (telles que la publicité contextuelle), devraient être encouragées²⁹².

La proposition de la Commission ne va pas aussi loin que les recommandations du Parlement européen sur les publicités en ligne. L’orientation choisie par la Commission, à savoir une approche basée sur la transparence excluant des restrictions plus strictes pour les systèmes de publicité en ligne, n’apparaît pas clairement dans l’exposé des motifs qui accompagne la proposition. En particulier, la Commission européenne n’explique pas pourquoi la transparence serait à elle seule l’outil le plus efficace²⁹³ et le plus approprié

²⁸⁸ Les dispositions de la DSA applicables aux VLOP sont exposées dans ce qui suit.

²⁸⁹ Voir l’analyse de Leerssen P., *Platform Ad Archives in Article 30 DSA*, <https://dsa-observatory.eu/2021/05/25/platform-ad-archives-in-article-30-dsa/>.

²⁹⁰ Parlement européen, Résolution « Législation sur les services numériques : améliorer le fonctionnement du marché unique » (2020/2018(INL)) ; Parlement européen, Résolution relative à l’adaptation des règles de droit commercial et civil pour les entités commerciales exerçant des activités en ligne (2020/2019(INL)) ; Parlement européen, Résolution sur la législation relative aux services numériques et les questions liées aux droits fondamentaux (2020/2022(INI)).

²⁹¹ Résolution « Législation sur les services numériques : améliorer le fonctionnement du marché unique », par. 33 ; Résolution sur la législation relative aux services numériques et les questions liées aux droits fondamentaux, par. 9 ; Résolution relative à l’adaptation des règles de droit commercial et civil, par. 14.

²⁹² Résolution relative à l’adaptation des règles de droit commercial et civil, par. 15 ; Résolution « Législation sur les services numériques : améliorer le fonctionnement du marché unique », par. 33.

²⁹³ L’efficacité de l’approche choisie par la Commission en matière de transparence peut être remise en cause, car des recherches empiriques récentes indiquent que les avis de transparence (telles que la signalisation des

pour résoudre les problèmes liés à la publicité en ligne (auxquels la Commission elle-même fait référence, par exemple, au considérant 50 ou à l'article 27 de la DSA sur les mesures d'atténuation des risques).

La Commission européenne a peut-être estimé que les questions liées aux systèmes de publicité en ligne reposant sur la collecte intrusive de données personnelles seraient mieux traitées dans le cadre du RGPD (et du prochain règlement « vie privée et communications électroniques »)²⁹⁴. En même temps, la Commission a probablement pris en compte l'argument selon lequel les restrictions des pratiques publicitaires en ligne des plateformes pourraient affecter les PME qui sont tributaires de ces systèmes publicitaires.

4.2.2. Positions de négociation du Parlement européen et du Conseil

En novembre 2021, le Conseil a adopté son texte final d'approche générale sur la DSA²⁹⁵. Lors des négociations, la position du Conseil était beaucoup moins innovante que celle du Parlement européen et les modifications apportées aux dispositions initiales de la Commission européenne sont restées limitées²⁹⁶. En ce qui concerne la publicité en ligne, le texte du Conseil n'envisage pas de restrictions supplémentaires et laisse pratiquement intacte la proposition de la Commission sur les normes de transparence.

Les documents du Conseil relatifs aux négociations sur la DSA - et en particulier les commentaires consolidés des États membres sur le chapitre 3 de la DSA - révèlent que la question de l'instauration de restrictions potentiellement plus strictes sur la publicité en ligne a été quasiment ignorée lors des discussions au niveau du Conseil²⁹⁷. L'Allemagne est le seul État membre qui a émis des doutes quant au caractère approprié et suffisant de l'obligation de transparence avancée par la Commission. Dans ses commentaires sur l'article 24, le gouvernement allemand note que les règles de la Commission ne vont pas assez loin pour aborder les questions liées aux systèmes dominants de publicité en ligne : « [c]ertaines plateformes en ligne s'appuient sur un modèle commercial de traçage et de profilage complet des utilisateurs afin de générer des revenus par le biais de publicités personnalisées. Toutefois, à la place de la publicité personnalisée, les plateformes pourraient générer des revenus avec la publicité contextuelle ou avec de nouvelles

parrainages sur les publicités politiques numériques) passent le plus souvent inaperçues des utilisateurs. Voir Dobber T. et al, *Effectiveness of online political ad disclosure labels: empirical findings*, 2021, https://www.uva-icds.net/wp-content/uploads/2021/03/Summary-transparency-disclosures-experiment_update.pdf.

²⁹⁴ Buri I. et Van Hoboken J., *The Digital Services Act (DSA) Proposal: A Critical Overview*, 2021, https://dsa-observatory.eu/wp-content/uploads/2021/11/Buri-Van-Hoboken-DSA-discussion-paper-Version-28_10_21.pdf

²⁹⁵ Proposition de règlement du Parlement européen et du Conseil relatif à un marché intérieur des services numériques (Législation sur les services numériques) et modifiant la Directive 2000/31/CE - Orientation générale, publ. L. n° 13203/21 (2021), <https://data.consilium.europa.eu/doc/document/ST-13203-2021-INIT/fr/pdf>.

²⁹⁶ Buri I. et Van Hoboken J., *The General Approach of the Council on the Digital Services Act*, <https://dsa-observatory.eu/2021/12/07/the-general-approach-of-the-council-on-the-digital-services-act/>.

²⁹⁷ *Digital Services Act: Consolidated Comments on Chapter 3 and Respective Recitals* (Conseil de l'Union européenne, 18 mai 2021), <https://councildsa.reset.tech/documents/wk05155-re02/>.

solutions technologiques. Les utilisateurs devraient pour le moins avoir le droit d'utiliser des plateformes en ligne sans publicité personnalisée. Il conviendrait d'interdire la publicité personnalisée, notamment lorsqu'elle cible des mineurs²⁹⁸. »

Le Parlement européen a adopté sa position finale de négociation lors d'une session plénière en janvier 2022²⁹⁹. Le texte de compromis final de l'IMCO est nettement moins ambitieux en ce qui concerne les restrictions de la publicité en ligne que les trois résolutions DSA adoptées en octobre 2020 par le Parlement européen. À cette occasion, le Parlement européen a invité la Commission à renforcer les restrictions des publicités basées sur le traçage, consistant en « une élimination progressive aboutissant, à terme, à une interdiction » de ce type de publicité, position également soutenue par le Contrôleur européen de la protection des données (CEPD) et l'EDPB dans leurs avis sur la DSA.

Les députés européens et les organisations de la société civile qui ont fait campagne pour l'interdiction des publicités basées sur le traçage n'ont pas atteint leur objectif avec le rapport final de l'IMCO. En fait, au moment de l'adoption du rapport préliminaire de l'IMCO, en mai 2021, l'idée même d'une interdiction avait déjà disparu³⁰⁰. Dans les semaines précédant le vote final, la députée Christel Schaldemose, rapporteuse de la commission IMCO sur la DSA, a dû reconnaître le manque de volonté politique de s'orienter vers une interdiction des pratiques basées sur le traçage.

Toutefois, lors de la session plénière de janvier 2022, la majorité du Parlement européen a maintenu un amendement interdisant le traitement des données personnelles des mineurs et de certaines catégories de données personnelles à des fins de publicité en ligne.

4.2.3. Accord final sur la DSA

Les trilogues de la DSA ont débuté en janvier 2022 et se sont terminées fin avril 2022. Au cours des négociations interinstitutionnelles, la publicité en ligne est restée l'une des questions les plus controversées. Les colégislateurs sont parvenus à un accord politique sur les principaux points de la DSA fin avril 2022, et au cours des deux mois suivants, plusieurs détails du règlement ont été peaufinés lors de réunions techniques. Un accord

²⁹⁸ *Digital Services Act: Consolidated Comments on Chapter 3 and Respective Recitals*, 276.

²⁹⁹ Amendements adoptés par le Parlement européen le 20 janvier 2022 sur la proposition de règlement du Parlement européen et du Conseil concernant un marché unique des services numériques (Législation sur les services numériques) et modifiant la Directive 2000/31/CE, https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/TA-9-2022-0014_FR.pdf.

³⁰⁰ Selon un rapport du Corporate Europe Observatory, qui se réfère aux témoignages de parlementaires, le lobbying massif des entreprises qui a accompagné le processus législatif a lourdement pesé en torpillant l'élan de l'UE en faveur de l'interdiction de la publicité de traçage. Corporate Europe Observatory, *How corporate lobbying undermined the EU's push to ban surveillance ads*, 2022, <https://corporateeurope.org/en/2022/01/how-corporate-lobbying-undermined-eus-push-ban-surveillance-ads>

provisoire a été adopté mi-juin 2022 par le Conseil et par le comité IMCO³⁰¹ (le vote en plénière au Parlement européen étant prévu pour début juillet).

L'article 24 du texte adopté prévoit des obligations pour toutes les plateformes en ligne qui présentent de la publicité à leurs utilisateurs. Il impose aux plateformes en ligne de veiller à ce que les utilisateurs puissent, pour chaque publicité spécifique : i) se rendre compte que les informations affichées sont de la publicité ; ii) identifier la personne physique ou morale pour le compte de laquelle la publicité est affichée ou qui a payé la publicité ; iii) obtenir des informations utiles concernant les principaux paramètres utilisés pour déterminer le bénéficiaire auquel la publicité est présentée et la manière de modifier ces paramètres lorsque cela est possible. En outre, les plateformes doivent mettre à la disposition des utilisateurs une fonctionnalité spécifique afin d'indiquer si le contenu qu'ils fournissent constitue ou inclut une communication commerciale. Les plateformes doivent veiller à ce que les utilisateurs puissent identifier la présence de publicité dans un contenu lorsque la personne l'ayant mis en ligne l'a déclarée³⁰². Outre l'obligation de rendre transparente l'entité qui finance la publicité, ce mécanisme par lequel les personnes qui mettent des contenus en ligne déclarent la publicité est le principal ajout aux mesures de transparence axées sur l'utilisateur dans la DSA.

Il est à noter que, contrairement à la proposition initiale de la Commission, l'article 24, par. 3 du texte adopté interdit également la publicité basée sur le profilage des utilisateurs qui résulte de l'utilisation de données à caractère personnel sensibles (selon la définition des articles 4 et 9 du RGPD). Les considérants précisent que cette interdiction vise les techniques de ciblage manipulatrices qui peuvent avoir un effet particulièrement négatif du fait qu'elles sont ajustées en fonction des intérêts ou des vulnérabilités des personnes. Ces répercussions négatives peuvent conduire à des préjudices sociétaux, par exemple lorsque la publicité est utilisée à des fins de discrimination ou de diffusion de désinformation³⁰³. Par ailleurs, le texte final empêche les plateformes en ligne de présenter des publicités basées sur le profilage « lorsqu'elles savent avec un degré de certitude raisonnable que le destinataire du service est un mineur³⁰⁴. » Le texte et les considérants fournissent peu d'indications permettant de déterminer à partir de quel moment on peut considérer que les plateformes savent avec un degré de certitude raisonnable que le destinataire du service est un mineur. Le considérant 52 ter indique qu'une plateforme est « considérée comme accessible aux mineurs » dès lors qu'elle permet aux mineurs d'utiliser le service dans le cadre de ses conditions générales, lorsque le service est destiné aux mineurs ou lorsque le service sait que certains de ses utilisateurs sont des mineurs, par exemple en raison des données qu'il

³⁰¹ Texte provisoire de la DSA voté par la Commission du marché intérieur et de la protection des consommateurs (IMCO) du Parlement européen le 16 juin 2022, https://www.europarl.europa.eu/meetdocs/2014_2019/plmrep/COMMITTEES/IMCO/DV/2022/06-15/DSA_provisionalagreementAnnexe_EN.pdf.

³⁰² Cf. l'exigence similaire selon laquelle les plateformes doivent permettre aux personnes qui mettent des contenus en ligne de déclarer si ces contenus contiennent de la publicité, article 28 ter, par. 3, point c) de la Directive SMA.

³⁰³ DSA considérant 52a.

³⁰⁴ Article 24b, par. 1, point b) de la DSA.

collecte à d'autres fins. Toutefois, l'article 24 ter, par. 2 prévoit que les plateformes ne sont pas tenues de traiter des données supplémentaires afin d'identifier les mineurs.

L'accord provisoire ajoute également certains éléments aux informations qui doivent être fournies par les VLOP dans le registre en vertu de l'article 30. Les nouveaux éléments devant être ajoutés au registre comprennent : les communications commerciales déclarées par les personnes ayant mis des contenus en ligne à l'aide du mécanisme de l'article 24, l'identité de la personne qui a payé pour la publicité, les paramètres (le cas échéant) appliqués pour exclure les utilisateurs de la présentation d'une publicité et certaines informations sur les plateformes publicitaires supprimées pour violation de la loi ou des conditions de service. Le paragraphe 5.3 donne un aperçu complet des informations inscrites dans ce registre en vertu de la DSA ainsi que de la réglementation proposée pour la publicité politique qui est développée à l'article 30 de la DSA.

Les dispositions de diligence visées au chapitre III de la DSA, telles que les obligations des VLOP en matière d'évaluation des risques et d'atténuation des risques systémiques (énoncées aux articles 26 et 27), sont également pertinentes pour la publicité en ligne. En vertu de l'article 26, les VLOP sont tenues de procéder à une évaluation des risques systémiques résultant « de la conception, y compris des systèmes algorithmiques, du fonctionnement et de l'utilisation faite de leurs services », une fois par an et en tout état de cause avant de déployer des fonctionnalités susceptibles d'avoir un impact sur ces risques.

Lors de l'évaluation des risques visée à l'article 26, les VLOP doivent tenir compte de la manière dont ces risques sont influencés par un certain nombre de facteurs, tels que les systèmes de recommandation et de modération des contenus, les conditions générales, les « systèmes de sélection et d'affichage de la publicité » et les « pratiques liées aux données » des VLOP. En vertu de l'article 27, un certain nombre de mesures d'atténuation peuvent être adoptées par les VLOP pour faire face aux risques systémiques identifiés. Parmi ces mesures, le texte final mentionne « l'adaptation de leur système de publicité et l'adoption de mesures ciblées visant à limiter ou à adapter la présentation des publicités. » Les considérants précisent en outre que les systèmes publicitaires « peuvent également être un catalyseur des risques systémiques », et que les mesures d'atténuation peuvent inclure la suppression des revenus publicitaires pour des « informations spécifiques », ou l'adaptation structurelle des systèmes publicitaires³⁰⁵.

Une autre disposition de la DSA ayant un impact potentiel sur la publicité en ligne concerne l'accès des chercheurs aux données de la plateforme (article 31). Dans des conditions très spécifiques (concernant, entre autres, la nécessité et la proportionnalité de l'accès aux données, l'indépendance des chercheurs et leur affiliation à un institut de recherche, ainsi que les limites concernant la vie privée, les secrets commerciaux, la sécurité du service des plateformes et l'accès des plateformes aux données), cet article permettra aux chercheurs agréés d'effectuer un certain niveau d'examen de la conformité des VLOP avec la DSA et des risques systémiques associés à leurs services, qui peuvent

³⁰⁵ Considérant 58 b de la DSA.

inclure des risques liés aux systèmes de publicité et aux pratiques relatives aux données³⁰⁶.

³⁰⁶ Le considérant 64 précise que les organisations de la société civile qui effectuent des recherches dont le « principal objectif est de soutenir leur mission d'intérêt public » peuvent également être considérées comme des chercheurs agréés.

5. Publicité et démocratie

Les instances juridiques et politiques de l'UE s'intéressent de plus en plus à l'impact de la publicité sur le processus démocratique. Ce domaine de la publicité est longtemps resté du ressort des États membres - le cadre réglementaire européen présenté au paragraphe 2.2 se concentre sur l'impact de la publicité sur les consommateurs et les entreprises utilisatrices, plutôt que sur les citoyens. Cela reflète l'accent général mis par l'UE sur le marché intérieur ainsi que ses compétences traditionnellement limitées en matière de processus et de valeurs démocratiques.

La communication de la Commission de 2018 sur la désinformation a amorcé un tournant en faveur d'une (auto)régulation accrue au niveau européen pour remédier à l'impact de la publicité sur les processus et les valeurs démocratiques³⁰⁷. Cette communication souligne les risques liés à l'utilisation des services de publicité pour financer la désinformation (par le biais d'annonces placées sur des sites internet diffusant de la désinformation) et diffuser la désinformation (par le biais d'annonces contenant de la désinformation)³⁰⁸. Pour lutter contre cette menace, la Commission souligne la nécessité de créer « [un] écosystème en ligne plus transparent, plus fiable et plus responsable ». Pour atteindre cet objectif, elle estime nécessaire « d'améliorer considérablement le contrôle des placements de publicité » et de « garantir la transparence au sujet des contenus sponsorisés, en particulier de la publicité à caractère politique et de la publicité engagée³⁰⁹. »

Quatre ans plus tard, l'UE a élaboré un certain nombre de nouvelles mesures visant à lutter contre l'impact de la publicité sur le système démocratique. Le présent chapitre analyse trois aspects du cadre réglementaire. Le paragraphe 5.1 examine la relation entre la désinformation et la publicité en ligne, et met en évidence la manière dont les initiatives d'éducation aux médias sont utilisées pour lutter contre la désinformation. Le paragraphe 5.2 se penche sur la question spécifique de la publicité politique. La publicité politique a tout d'abord été traitée en grande partie au niveau de l'UE dans le cadre de l'approche globale de la désinformation³¹⁰. Toutefois, dans le Plan

³⁰⁷ Communication de la Commission au Parlement européen, au Conseil, au Comité économique et social européen et au Comité des régions - Lutter contre la désinformation en ligne : une approche européenne, <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/FR/TXT/?uri=CELEX:52018DC0236>

³⁰⁸ Communication « Lutter contre la désinformation », 5, 7.

³⁰⁹ Communication « Lutter contre la désinformation », 7.

³¹⁰ Nenadić I., *Unpacking the 'European Approach' to Tackling Challenges of Disinformation and Political Manipulation*, 2019, *Internet Policy Review*, 8(4), <https://policyreview.info/articles/analysis/unpacking-european-approach-tackling-challenges-disinformation-and-political> ; Van Hoboken J. et al., *Het Juridisch Kader Voor de Verspreiding van Desinformatie via Internetdiensten En de Regulering van Politieke Advertenties*, 2019, Amsterdam, Instituut voor Informatierecht,

d'action pour la démocratie européenne 2020, la publicité politique est traitée comme une question distincte, nécessitant une approche réglementaire spécifique³¹¹. Cette approche s'est, depuis, concrétisée dans une proposition de régulation de la transparence et du ciblage de la publicité politique (proposition de RPP). Enfin, le paragraphe 5.3 traite d'une mesure relativement nouvelle dans la régulation de la publicité, à savoir les bibliothèques d'annonces. Les bibliothèques d'annonces ont été introduites par Facebook, Google et Twitter en réponse au contrôle réglementaire de l'utilisation de leurs systèmes publicitaires pour influencer l'élection américaine de 2016 et le référendum sur le Brexit. Elles ont ensuite été codifiées dans la proposition de DSA et de RPP³¹².

5.1. Désinformation et éducation aux médias

Eileen Culloty, School of Communications, Dublin City University

Martina Chapman, Consultante indépendante

5.1.1. La désinformation en ligne

Même si les définitions varient quelque peu, la désinformation est généralement définie par rapport à son intention pernicieuse, c'est-à-dire qu'il s'agit d'une fausse information créée ou diffusée dans l'intention de tromper³¹³. En revanche, la mésinformation est une fausse information transmise sans intention de tromper, sous la forme, par exemple, d'erreurs ou de fautes de frappe dans la communication d'informations. Bien que le problème soit antérieur à l'internet, les technologies numériques ont considérablement facilité la propagation de la désinformation, y compris les campagnes à grande échelle visant à manipuler l'opinion publique³¹⁴. Dans le monde entier, la désinformation en ligne est impliquée dans la recrudescence de maladies à prévention vaccinale, dans la distorsion des politiques menées et l'amplification des fractures sociales. Au niveau sociétal, la résistance à la désinformation semble être affaiblie par des facteurs liés à l'environnement médiatique (par exemple, perte de confiance dans les organes d'information, faiblesse des médias de service public, puissants marchés publicitaires et

https://www.parlementairemonitor.nl/9353000/1/j4nvgs5kjg27kof_j9vvij5epmj1ey0/vl8se3ct32ns/f=/blg933387.pdf

³¹¹ Commission européenne relative au Plan d'action pour la démocratie européenne, 2020, <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/FR/TXT/?uri=CELEX:52020DC0790>

³¹² Article 30 de la DSA ; article 7(6) de la proposition de RPP.

³¹³ Wardle C. & Derakhshan H., *Les désordres de l'information : Vers un cadre interdisciplinaire pour la recherche et l'élaboration des politiques*, 2017, Conseil de l'Europe.

³¹⁴ Bradshaw S., Campbell-Smith U., Henle A., Perini A., Shalev S., Bailey H. et Howard P.N., *Country case studies - Industrialized disinformation: 2020 global inventory of organized social media manipulation*. https://demotech.oii.ox.ac.uk/wp-content/uploads/sites/127/2021/03/Case-Studies_FINAL.pdf.

forte utilisation des réseaux sociaux) et à l'environnement politique (par exemple, populisme et clivages politiques et affectifs)³¹⁵.

L'élaboration de réponses efficaces contre la désinformation en ligne est un objectif ambitieux. La définition du problème soulève des difficultés d'ordre conceptuel, ainsi que des difficultés d'ordre pratique liées à l'ampleur de la diffusion des contenus en ligne et des difficultés d'ordre éthique liées à l'ingérence dans la liberté d'expression consacrée par la loi³¹⁶. Chacun de ces défis est aggravé par des lacunes importantes en matière de preuves, car la recherche sur la désinformation et les mesures de prévention n'en est qu'à ses débuts. À l'échelle mondiale, les réponses politiques sont variées et comprennent, entre autres, de nouvelles lois interdisant la diffusion de la désinformation, des mesures d'investissement dans des initiatives de recherche et d'éducation, ou de nouvelles propositions de régulation des plateformes et des pratiques en ligne. Pour protéger la liberté d'expression, les États démocratiques qualifient généralement la désinformation de « préjudiciable mais légale »³¹⁷. Par conséquent, les États démocratiques mettent l'accent d'une part, sur les mesures qui renforcent la transparence et la responsabilité dans l'environnement numérique, telles que les mécanismes de corégulation avec les plateformes en ligne, et d'autre part, sur les mesures qui visent à développer la résilience des populations, telles que les initiatives d'éducation aux médias.

5.1.2. Désinformation et publicité en ligne

La publicité en ligne peut favoriser la désinformation et nuire à l'environnement de l'information de diverses manières qui se recoupent.

Premièrement, la publicité en ligne peut être exploitée directement pour cibler certains segments de la population avec de fausses informations. En suivant le comportement en ligne, à l'aide de technologies telles que les cookies, les plateformes numériques collectent des données sur les habitudes, les pratiques et l'attitude des utilisateurs. Ces données peuvent ensuite être utilisées pour segmenter le public en catégories distinctes pour la publicité en fonction de leurs données démographiques, psychographiques, géographiques ou comportementales. Dans le cadre de la publicité politique, la capacité de micro-cibler des messages personnalisés sur des segments de l'audience en ligne est une pratique qui manque de transparence de la part des plateformes qui vendent la publicité ou des acteurs politiques qui l'achètent³¹⁸. Les propositions actuelles de l'UE visant à restreindre ou à interdire le micro-ciblage à des fins politiques sont en cours d'examen. Dans le cadre du Code européen de bonnes

³¹⁵ Humprecht E., Esser F. et Van Aelst P., *Resilience to Online Disinformation: A Framework for Cross-National Comparative Research*, *The International Journal of Press/Politics*, 25(3), pp. 493-516. <https://doi.org/10.1177/1940161219900126>.

³¹⁶ Culloty E. et Suiter J., *Disinformation and Manipulation in Digital Media*, 2021, New York, Routledge.

³¹⁷ Bontcheva, K. et al., *Balancing Act: Countering Digital Disinformation while Respecting Freedom of Expression*, 2020, Genève, Union internationale des télécommunications.

³¹⁸ *Report on disinformation: Assessment of the implementation of the Code of Practice*, 2020, Bruxelles, Groupe des régulateurs européens pour les services de médias audiovisuels (ERGA).

pratiques contre la désinformation adopté par l'UE en 2018, les grandes plateformes s'étaient déjà engagées à fournir des informations favorisant la transparence pour la publicité politique, mais leurs archives publiques ont été fortement critiquées pour leurs incohérences et leurs erreurs³¹⁹. Aux États-Unis, l'*Honest Ads Act* (loi relative aux publicités honnêtes), initialement proposée en 2017 avec un appui bipartite, propose une obligation de déclaration pour la diffusion de publicités sur les plateformes et impose à ces dernières de contrôler qui finance les publicités politiques.

Deuxièmement, les gains potentiels de la publicité en ligne incitent à produire des informations sensationnelles et fausses. Étant donné que les articles de désinformation attirent des visiteurs sur les sites internet, ils génèrent des revenus au moyen de la publicité sur ces sites. En particulier, cela crée une incitation à cibler les marchés plus riches. Par exemple, lors de l'élection présidentielle américaine de 2016, des jeunes des Balkans ont généré des revenus de cette manière en ciblant les électeurs américains. En 2019, le *Global Disinformation Index* estimait que la publicité sur les sites de désinformation générait quelque 200 millions d'euros par an³²⁰.

Troisièmement, le système de publicité en ligne est une source de revenus pour les sites de désinformation. La publicité en ligne est dominée par trois plateformes : Alphabet (Google), Amazon et Meta (Facebook)³²¹. En général, ces plateformes ne filtrent pas les sites pour lesquels elles fournissent des services publicitaires. Par conséquent, les plateformes et les grandes marques financent la désinformation par négligence. On estime que Google finance 3 USD sur 4 des recettes publicitaires générées par les sites de désinformation³²². En outre, les grandes marques financent à leur insu la désinformation, car leurs publicités sont placées sur des sites de désinformation. Par exemple, pendant la crise liée au Covid-19, des publicités provenant de grandes enseignes du secteur de la santé, notamment Merck et Johnson & Johnson, ont été placées sur des sites de désinformation promouvant des théories conspirationnistes sur le Covid-19³²³.

Quatrièmement, le système de publicité en ligne a fortement ébranlé les modèles économiques des organes d'information légitimes. En particulier, les médias d'information ont eu du mal à s'adapter à l'environnement numérique, où ils se sont trouvés confrontés à une forte concurrence de la part des nouveaux médias, à l'évolution des modes de consommation du public et à une baisse drastique de leurs revenus. Traditionnellement, les médias d'information ont toujours été fortement tributaires des recettes publicitaires, mais les annonceurs ont désormais accès à un éventail plus vaste de ressources en ligne et la publicité en ligne est dominée en tout et pour tout par trois grandes plateformes. En outre, la nature du secteur de la publicité en ligne fragilise les éditeurs, car le traçage publicitaire permet de profiler et de micro-cibler à peu de frais les audiences des éditeurs

³¹⁹ *Report on disinformation: Assessment of the implementation of the Code of Practice*, 2020, Bruxelles, Groupe des régulateurs européens pour les services de médias audiovisuels (ERGA).

³²⁰ *The Quarter Billion Dollar Question: How is Disinformation Gaming Ad Tech?*, 2019, Londres, Global Disinformation Index.

³²¹ <https://digiday.com/marketing/the-rundown-google-meta-and-amazon-are-on-track-to-absorb-more-than-50-of-all-ad-money-in-2022/>.

³²² *Ad Tech Fuels Disinformation Sites in Europe - The Numbers and Players*, 2020, Londres, Global Disinformation Index, https://www.disinformationindex.org/files/gdi_adtech_eu.pdf.

³²³ *Ibid.*

légitimes sur des sites internet de faible valeur et de désinformation³²⁴. De la sorte, les annonceurs sont en mesure de cibler leurs publics préférés à moindre coût, au profit des acteurs de la désinformation et au détriment des éditeurs légitimes.

5.1.3. Désinformation en ligne, publicité et éducation aux médias

Les inquiétudes liées à la désinformation en ligne ont suscité un regain d'intérêt des décideurs politiques pour l'éducation aux médias.

Dans l'Union européenne, l'importance de l'éducation aux médias se traduit par l'instauration d'obligations légales visées à l'article 33 bis de la Directive Services de médias audiovisuels (SMA)³²⁵, qui impose aux États membres de promouvoir et de mettre en place des mesures pour le développement des compétences liées à l'éducation aux médias.

Bien qu'il n'existe pas de définition universellement reconnue de l'éducation aux médias, il est généralement admis que les éléments clés de l'éducation aux médias consistent à comprendre et évaluer les médias de manière critique, à accéder aux médias et les utiliser, à créer et participer au sein des médias.

La Directive SMA révisée³²⁶ comprend une définition actualisée de l'éducation aux médias qui mentionne « les compétences, les connaissances et la compréhension permettant aux citoyens d'utiliser les médias d'une manière sûre et efficace ... L'éducation aux médias ne devrait pas se limiter à l'apprentissage des outils et des technologies, mais devrait viser à doter les citoyens de la réflexion critique nécessaire pour exercer un jugement, analyser des réalités complexes et reconnaître la différence entre des opinions et des faits. » (Union européenne 2018, par. 59).

Depuis 2007, l'UNESCO défend l'éducation aux médias et à l'information en tant que concept général intégrant les compétences liées aux médias, à l'information et aux technologies numériques.

L'éducation aux médias repose sur l'hypothèse réaliste que le développement de compétences analytiques et de connaissances sur les structures médiatiques devrait aider les internautes à porter un jugement plus éclairé sur les contenus qu'ils consomment.

Reconnaissant que les développements technologiques contribuent à l'évolution du modèle d'éducation aux médias, le rapport de l'ERGA intitulé *Improving Media Literacy Campaigns on Disinformation*³²⁷ note que l'éducation aux médias « ne devrait pas être

³²⁴ Ryan J., *Sustainability without surveillance: ICCL review of sustainable publishing and tracking-based advertising*, 2021, Dublin, Irish Council for Civil Liberties.

³²⁵ Union européenne, Directive Services de médias audiovisuels, 2018, <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/FR/TXT/PDF/?uri=CELEX:32018L1808&from=EN>.

³²⁶ *Ibid.*

³²⁷ ERGA, *Improving Media Literacy Campaigns on Disinformation*, [ERGA-SG2-Report-2020-Improving-Media-Literacy-campaigns-on-disinformation.pdf](https://erga-online.eu/ERGA-SG2-Report-2020-Improving-Media-Literacy-campaigns-on-disinformation.pdf) (erga-online.eu).

principalement axée sur la technologie en soi, mais sur le développement de "compétences civiques" : elle devrait être reliée à des thèmes plus larges tels que la diversité, l'éthique, la durabilité et l'insertion sociale (ERGA 2021, page 3). »

L'évolution constante de la définition de l'éducation aux médias rend particulièrement difficile la mesure de l'impact à long terme des interventions dans ce domaine. Les chercheurs ont toutefois élaboré et testé des supports pédagogiques visant à améliorer la résistance à la désinformation. Les résultats sont mitigés. Certaines études montrent que l'exposition à l'éducation aux médias et à l'information permet d'anticiper une résistance à la désinformation politique³²⁸, mais d'autres études mettent en garde contre le fait que l'éducation aux médias crée un sentiment trompeur de confiance chez les individus³²⁹.

Bien que de nouvelles recherches indiquent que l'éducation aux médias et à l'information peut jouer un rôle dans la lutte contre la désinformation ou la limitation de son impact, les campagnes mises en œuvre dans ce domaine se heurtent à des difficultés notables. Tout d'abord, ces actions sont en grande partie axées sur les enfants et les jeunes par le biais des établissements scolaires³³⁰. On a, à cet égard, accordé moins d'attention aux besoins des adultes en matière d'éducation aux médias et à l'information ainsi qu'au type de mesures qui pourraient être efficaces pour les personnes âgées³³¹.

Si l'on a accordé moins d'attention à l'éducation aux médias des adultes, c'est peut-être dû, pour une part, au fait que les interventions dans ce domaine étaient traditionnellement axées sur les jeunes et poursuivaient le double objectif de la protection (contre l'influence de la publicité, des stéréotypes et des préjugés) et de l'autonomisation (pour participer à la création et à l'expression des médias)³³². En revanche, il est plus difficile de cibler les adultes en raison de l'absence d'un système de diffusion approprié (tel que le système scolaire pour les jeunes).

Pour y remédier, les chercheurs ont étudié la manière de diffuser des messages d'éducation à l'information sur les réseaux sociaux³³³. Une étude à grande échelle évaluant l'efficacité des mesures d'éducation aux médias aux États-Unis et en Inde révèle que des initiatives relativement courtes et modulables peuvent être efficaces pour lutter

³²⁸ Kahne J. et Bowyer B., *Educating for Democracy in a Partisan Age: Confronting the Challenges of Motivated Reasoning and Misinformation*, 2017, American Educational Research Journal, 54(1), pp. 3–34, <https://doi.org/10.3102/0002831216679817>.

³²⁹ Bulger M. et Davison P., *The Promises, Challenges and Futures of Media Literacy*, 2018, Journal of Media Literacy Education, 10(1), pp. 1-21.

³³⁰ Petranová D., Hossová M. et Velický P., *Current development trends of media literacy in European Union countries*, 2017, Communication Today, 8(1), p. 52.

³³¹ Lee, N. M. *Fake news, phishing, and fraud: a call for research on digital media literacy education beyond the classroom*, 2018, Communication Education, 67(4), pp. 460-466, <https://doi.org/10.1080/03634523.2018.1503313>

³³² Hobbs R., *Media literacy in action: Questioning the media*, 2021, Rowman & Littlefield Publishers.

³³³ Tully M., Vraga E.K. et Bode L., *Designing and Testing News Literacy Messages for Social Media*, 2020, Mass Communication and Society 23(1), pp. 22-46, doi : [10.1080/15205436.2019.1604970](https://doi.org/10.1080/15205436.2019.1604970).

contre la désinformation³³⁴. Pour leur part, les plateformes de réseaux sociaux proposent d'ores et déjà des mesures d'éducation aux médias à leurs utilisateurs, mais ne fournissent généralement aucune information sur leur utilisation effective ou leur impact³³⁵.

Jusqu'à une période récente, il était difficile d'obtenir des fonds pour des projets d'éducation aux médias, notamment en l'absence de politiques ou de stratégies nationales en la matière. Plus récemment, cependant, de nouvelles possibilités de financement substantiel sont apparues pour les projets d'éducation aux médias visant à lutter contre la désinformation et à renforcer la résistance à la désinformation. Néanmoins, ce serait une erreur de considérer l'éducation aux médias comme une solution globale en soi.

Le désordre informationnel est ancré dans l'infrastructure et le système économique de l'offre au sein de l'écosystème de l'information. Les solutions à long terme nécessiteront probablement des changements aussi bien du côté de l'offre que de la demande.

L'éducation aux médias consiste à développer et à entretenir la gamme en constante évolution de compétences et de connaissances requises pour fonctionner efficacement dans une société où la technologie numérique est profondément intégrée dans tous les aspects de la vie. Le développement des compétences liées à l'éducation aux médias peut constituer une première ligne de défense efficace et pérenne contre bon nombre de problèmes auxquels sont confrontés les individus et les sociétés à l'heure actuelle et probablement à plus long terme.

5.2. Proposition de règlement de l'UE sur la publicité politique

Max van Drunen, Institut du droit de l'information (IViR), Université d'Amsterdam

La proposition de RPP représente la première initiative de l'UE visant à réglementer la publicité politique³³⁶. Il s'agit d'un domaine sensible : la réglementation européenne s'est jusqu'à présent concentrée sur la publicité commerciale, et la Cour européenne des droits de l'homme a traditionnellement laissé aux États membres une grande latitude pour réguler la publicité politique. La Cour a motivé cette décision en soulignant les disparités

³³⁴ Guess A. M., Lerner M., Lyons B., Montgomery J. M., Nyhan B., Reifler J. et Sircar N., *A digital media literacy intervention increases discernment between mainstream and false news in the United States and India*, 2020, Proceedings of the National Academy of Sciences, 117(27), pp. 15536-15545, <https://doi.org/10.1073/pnas.1920498117>.

³³⁵ Culloty E., Park K., Feenane T., Papaevangelou C., Conroy A. et Suiter J., *CovidCheck: Assessing the Implementation of the EU Code of Practice on Disinformation in relation to COVID-19*, 2021, <https://doras.dcu.ie/26472/>.

³³⁶ Article 20 de la proposition de RPP.

entre les systèmes électoraux des États membres et l'absence de consensus sur les règles qui devraient s'appliquer à la publicité politique³³⁷.

Néanmoins, la proposition de RPP ne vient pas de nulle part. Le risque que la publicité ciblée soit utilisée à mauvais escient pour parasiter les élections en exploitant les vulnérabilités des électeurs a focalisé l'attention générale à la suite du scandale Cambridge Analytica en 2018. Bien que l'impact réel du micro-ciblage politique sur les électeurs reste controversé, l'UE a présenté de nombreux documents politiques soulignant la nécessité de mieux appliquer et d'actualiser la législation sur la protection des données, d'empêcher l'utilisation abusive de la publicité visant à s'ingérer dans le processus démocratique et, de manière générale, de protéger la démocratie européenne contre les menaces mondiales et numériques³³⁸. En décembre 2021, cette pression politique a abouti à une proposition de nouveau règlement sur la publicité politique (proposition de RPP). Il y a urgence au niveau du processus législatif. La Commission souhaite que le règlement soit en place un an avant les élections européennes et a (de manière quelque peu inhabituelle) déjà fixé une date pour son entrée en vigueur (1^{er} avril 2023).

Les obligations prévues par la proposition de RPP sont exposées sur deux chapitres, que nous aborderons successivement dans le présent rapport : un paragraphe traitant de la transparence de toutes les formes de publicité politique, et un autre traitant spécifiquement de la publicité politique ciblée. Au préalable, le paragraphe ci-après détaille la portée de la proposition de RPP et son impact sur la capacité des États membres et de la Commission à encadrer davantage la publicité politique.

³³⁷ *Animal Defenders International c. United Kingdom*, n° 48876/08 (Cour européenne des droits de l'homme, 22 avril 2013) ; *TV Vest*, n° 21132/05 (Cour européenne des droits de l'homme, 11 décembre 2008).

³³⁸ *Orientations de la Commission relatives à l'application du droit de l'UE en matière de protection des données dans le contexte électoral : La contribution de la Commission européenne à la réunion des chefs d'État et de gouvernement à Salzbourg les 19 et 20 septembre 2018*, Bruxelles, Commission, <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/FR/TXT/?uri=CELEX%3A52018DC0638> ; Communication de la Commission au Parlement européen, au Conseil, au Comité économique et social européen et au Comité des régions - Lutter contre la désinformation en ligne: une approche européenne, 2021, Bruxelles, EDPB, <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/FR/TXT/PDF/?uri=CELEX:52018DC0638&from=FR> ; Contrôleur européen de la protection des données, EDPS, *Opinion on Online Manipulation and Personal Data*, 2018, https://edps.europa.eu/sites/edp/files/publication/18-03-19_online_manipulation_en.pdf ; Judit Bayer et al., *Disinformation and Propaganda: Impact on the Functioning of the Rule of Law and Democratic Processes in the EU and Its Member States*, 2021 Update ; Tom Dobber et al., *Do (Microtargeted) Deepfakes Have Real Effects on Political Attitudes?*, 2021, *The International Journal of Press/Politics* 26(1), pp. 69–91, <https://doi.org/10.1177/1940161220944364>. Communication « Lutter contre la désinformation » ; Commission européenne relative au Plan d'action pour la démocratie européenne ; Orientations de la Commission relatives à l'application du droit de l'UE en matière de protection des données dans le contexte électoral : La contribution de la Commission européenne à la réunion des chefs d'État et de gouvernement à Salzbourg les 19 et 20 septembre 2018, Bruxelles, Commission, <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/FR/TXT/?uri=CELEX%3A52018DC0638> ; Bayer et al., *Disinformation and Propaganda*.

5.2.1. Portée et contexte de la proposition de règlement sur la publicité politique

La proposition de RPP vise à couvrir l'ensemble des acteurs intervenant dans la filière complexe de la publicité politique. À cette fin, elle introduit un certain nombre de nouveaux concepts. Au centre se trouve une nouvelle définition de la publicité politique. Celle-ci est définie à l'article 2, par. 2, comme « l'élaboration, le placement, la promotion, la publication ou la diffusion, par tout moyen, d'un message :

- 1) par ou pour un acteur politique ou pour son compte, sauf s'il s'agit d'un message à caractère purement privé ou commercial, ou

- 2) susceptible d'influencer un processus législatif ou un comportement de vote ».

Cette définition établira une norme unique pour remédier à la fragmentation actuelle du paysage réglementaire. En effet, certains États membres ne définissent pas la publicité politique (par exemple, les Pays-Bas), d'autres se concentrent sur certains médias, certaines périodes électorales ou certains acteurs spécifiques (par exemple, l'Allemagne ou la Croatie), ou sur la finalité de la publicité (par exemple, le Danemark)³³⁹.

Lorsqu'il s'agit de définir ce qu'est une publicité *politique*, la proposition de RPP adopte une approche fondée à la fois sur les enjeux et sur les acteurs. L'article 2, par. 4, énumère huit types d'acteurs politiques. Il s'agit des (représentants de) partis politiques, des campagnes et des alliances, ainsi que des candidats, des élus et des membres non élus du gouvernement au niveau européen, national, régional ou local. Les messages de ces acteurs politiques sont présumés influencer le débat politique, sauf s'ils sont de nature purement privée ou commerciale³⁴⁰. Toutefois, les publicités d'acteurs non politiques peuvent également constituer une publicité politique, pour autant qu'elles soient susceptibles d'influencer le processus législatif ou le comportement de vote. Pour déterminer si tel est le cas, il convient de tenir compte de facteurs pertinents tels que la langue du message, le contexte, l'objectif de l'annonce et ses moyens de diffusion. Aux termes de la proposition de RPP, une publicité politique ne doit pas forcément porter explicitement sur un candidat ou une élection ; les considérants soulignent que les messages concernant des questions sociétales ou controversées peuvent également entrer dans son champ d'application³⁴¹.

La proposition de RPP adopte une approche tout aussi large pour définir quelle *publicité* entre dans son champ d'application. La publicité politique couvre non seulement la publication, mais aussi la préparation et la promotion de messages politiques. Le considérant 1 souligne que le règlement est destiné à couvrir un large éventail d'acteurs, notamment les influenceurs, les sociétés de conseil politique, les opérateurs en matière d'analyse de données et les plateformes d'intermédiation technologique³⁴². Le chapitre 2,

³³⁹ ERGA, *Notions of Disinformation and Related Concepts*, 2021, 45, <https://erga-online.eu/wp-content/uploads/2021/03/ERGA-SG2-Report-2020-Notions-of-disinformation-and-related-concepts-final.pdf>, Proposition de RPP, p. 1, 11.

³⁴⁰ Considérants 16, 22-24 de la proposition de RPP.

³⁴¹ Considérant 17 de la proposition de RPP.

³⁴² Considérants 1 et 33 de la proposition de RPP.

qui porte sur la transparence de la publicité politique, impose la majeure partie des obligations aux prestataires de services de publicité politique. Le concept de services de publicité politique ajoute une composante économique à la publicité politique. Un service de publicité à caractère politique est défini comme une activité économique non salariée, exercée normalement contre rémunération, consistant à faire de la publicité politique³⁴³. La rémunération peut également inclure un avantage en nature, comme des cadeaux ou des voyages offerts à des influenceurs en ligne en échange de la publication d'un message politique³⁴⁴. En revanche, les opinions politiques exprimées sans contrepartie dans les médias audiovisuels ou la presse ne constituent pas des services de publicité politique. De même, les services fournis par des intermédiaires en ligne sans contrepartie ne relèvent pas du champ d'application de la proposition de RPP, sauf si l'utilisateur est rémunéré. Facebook fournit donc un service de publicité politique lorsqu'il est payé pour promouvoir des messages politiques, mais pas lorsqu'il permet aux utilisateurs de télécharger gratuitement des messages politiques. Bien entendu, les utilisateurs qui sont payés pour publier des messages politiques sur les plateformes (comme les influenceurs) fournissent un service de publicité politique³⁴⁵.

La proposition de RPP interdit aux États membres, « pour des motifs liés à la transparence »³⁴⁶, d'introduire ou de maintenir des règles divergentes. En d'autres termes, les dispositions relatives à la transparence visent une harmonisation maximale, mais les États membres restent libres d'imposer des règles supplémentaires concernant l'utilisation des services de publicité politique³⁴⁷. Celles-ci peuvent porter, par exemple, sur le contenu de la publicité politique ou sur la période pendant laquelle il est prévu de diffuser la publicité politique³⁴⁸. Par ailleurs, le champ d'application de la proposition de RPP est limité aux services de publicité politique et aux techniques de ciblage et d'amplification utilisées dans le cadre de la publicité politique³⁴⁹. Par conséquent, la régulation des aspects du processus politique qui ne relèvent pas de ce champ d'application, comme la transparence du financement des partis politiques, n'est manifestement pas exclue par la proposition de RPP.

À la différence des autres dispositifs législatifs abordés dans cette publication, la Commission aura le pouvoir de modifier les exigences de transparence qui s'appliquent à la publicité politique par le biais d'actes délégués³⁵⁰. Les actes délégués permettent à la Commission de modifier certaines parties d'un règlement en fonction, par exemple, d'une évolution rapide des conditions concrètes ou des connaissances scientifiques. Il existe certaines limites au pouvoir de la Commission d'adopter des actes délégués. En vertu de

³⁴³ Articles 2, par. 1 et 2, par. 5 de la proposition de RPP ; article 57 du TFUE.

³⁴⁴ *These Are Not Political Ads: How Partisan Influencers Are Evading TikTok's Weak Political Ad Policies* (Mozilla), consulté le 15 février 2022, https://assets.mofoprod.net/network/documents/TikTok-Advertising-Report_e5GrWx5.pdf.

³⁴⁵ Article 2, par. 5, considérants 19 et 29 de la proposition de RPP.

³⁴⁶ Article 3 de la proposition de RPP.

³⁴⁷ Weatherill S., *The Fundamental Question of Minimum or Maximum Harmonisation*, 2020, SSRN Scholarly Paper, Rochester, NY, Social Science Research Network, 25, <https://papers.ssrn.com/abstract=3660372>.

³⁴⁸ Articles 7 et 11, considérants 13 et 25 de la proposition de RPP.

³⁴⁹ Article 1, par. 1 de la proposition de RPP.

³⁵⁰ Articles 7, par.8, 12, par. 8 et 19 de la proposition de RPP.

l'article 290 du TFUE, le règlement délégué doit être suffisamment spécifique et ne pas affecter l'essence de la législation de référence. Concrètement, cela signifie que la Commission ne peut pas modifier la proposition de RPP de manière à impliquer des choix politiques incombant au législateur³⁵¹. La proposition de RPP limite elle-même le pouvoir de la Commission d'adopter des actes délégués jusqu'à deux ans après la prochaine élection européenne (qui aura lieu en 2024). La proposition de RPP détermine comment la Commission peut modifier les exigences de transparence : elle peut retirer, modifier et, pour autant qu'elles ne concernent pas le ciblage, ajouter des exigences de transparence. Cela peut se faire au regard de l'évolution technologique dans le domaine de la recherche scientifique, de l'évolution du contrôle en matière de ciblage et par d'autres moyens lorsque cela s'avère nécessaire pour comprendre le contexte plus large de l'annonce. Enfin, et c'est sans doute le plus important, il existe une limite politique : les actes délégués spécifiques et le pouvoir de la Commission d'adopter des actes délégués sont soumis au veto du Parlement européen et du Conseil³⁵².

5.2.2. Transparence des publicités politiques

La proposition de RPP exige la collaboration des différents acteurs de la chaîne de valeur pour rendre la publicité politique plus transparente. Tout d'abord, les prestataires de services de publicité demandent aux parraineurs (ou aux prestataires de services de publicité qui agissent pour le compte de ceux-ci) de déclarer si le service de publicité qu'ils demandent est à caractère politique. Les parraineurs et les prestataires de services de publicité agissant pour le compte de ceux-ci effectuent cette déclaration³⁵³.

Dès qu'un acteur sait qu'il fournit un service de publicité politique, il est tenu de tenir des registres sur le service qu'il fournit. Ces registres comprennent les informations suivantes : 1) l'annonce publicitaire politique ou la campagne politique à laquelle le ou les services sont liés ; 2) le ou les services spécifiques fournis ; 3) la valeur de ces services (aussi bien le montant qu'ils ont facturé que la valeur de tout autre avantage qu'ils ont reçu en échange des services) ; 4) le cas échéant, l'identité du parraineur et ses coordonnées.

La proposition de RPP confère aux régulateurs et aux acteurs intéressés le droit de demander ces documents. Les acteurs intéressés sont définis comme des chercheurs universitaires, des membres d'une organisation de la société civile, des acteurs politiques, des observateurs électoraux ou des journalistes. La proposition de RPP prévoit l'obligation de solliciter une autorisation pour chaque catégorie. L'autorisation peut être fournie par une loi ou un organisme national, européen ou international, selon la catégorie.

³⁵¹ Türk A.H. , *Legislative, Delegated Acts, Comitology and Interinstitutional Conundrum in EU Law – Configuring EU Normative Spaces*, European Law Journal n/a, no. n/a: 6, consulté le 26 janvier 2022, <https://doi.org/10.1111/eulj.12400> ; Chamon M., *Limits to Delegation under Article 290 TFEU: The Specificity and Essentiality Requirements Put to the Test*, 2018, Maastricht Journal of European and Comparative Law, 25(2), p. 241 et suiv., <https://doi.org/10.1177/1023263X18760548>.

³⁵² Articles 7, par. 8, 12, par. 8 et 19 de la proposition de RPP.

³⁵³ Article 5, par. 1 de la proposition de RPP.

L'article 31 de la DSA prévoit un droit d'accès aux données similaire. Son champ d'application personnel est plus restreint : le droit ne s'applique qu'aux chercheurs agréés et ne permet à ces derniers de demander des données qu'aux très grandes plateformes en ligne³⁵⁴. Le droit d'accès aux données prévu par la proposition de RPP est accordé à un groupe d'acteurs élargi (notamment les journalistes et les acteurs politiques) et couvre un groupe d'entreprises plus vaste. Toutefois, contrairement à l'article 31 de la DSA, la proposition de RPP énumère explicitement les informations que les acteurs intéressés peuvent demander. Les prestataires de services de publicité politique peuvent en outre facturer les coûts administratifs liés à la communication d'informations en réponse à des demandes répétitives, rejeter les demandes infondées, peu claires ou excessives, et agréger les montants pour protéger leurs intérêts commerciaux légitimes³⁵⁵.

Parallèlement à l'obligation de fournir des données aux régulateurs et aux entités intéressées qui en font la demande, les prestataires de services de publicité politique sont également tenus de transmettre les informations qu'ils collectent à l'éditeur de publicité politique. L'éditeur est défini comme la personne qui rend publique une annonce publicitaire à caractère politique sur tout type de support³⁵⁶. Il est important de noter que les plateformes en ligne peuvent également être considérées comme des éditeurs de publicité politique³⁵⁷. La proposition de RPP ne précise pas comment les deux concepts (éditeur de publicité politique et fournisseur de services de publicité politique) sont liés l'un à l'autre. Toutefois, l'article 9, par. 3 dispose que les éditeurs de publicité politique peuvent fournir des services de publicité politique, et l'article 11, par. 1, que les prestataires de services de publicité politique peuvent être des éditeurs de publicité politique³⁵⁸. Concrètement, il est difficile d'imaginer un éditeur de publicité politique qui ne soit pas également un prestataire de services de publicité politique, étant donné que les deux définitions couvrent des acteurs qui publient des publicités politiques.

L'article 7 de la proposition de RPP oblige les éditeurs de publicité politique à regrouper toutes les informations fournies par les différents services de publicité politique ayant travaillé sur une publicité ou une campagne politique, et à transmettre ces informations au public. Ils doivent le faire de manière à garantir que les informations relatives à la transparence restent en place lors de la diffusion ultérieure de la publicité politique. Par exemple, les plateformes en ligne peuvent utiliser des techniques de marquage qui restent en place lorsqu'une publicité politique est partagée par les utilisateurs des réseaux sociaux.

³⁵⁴ Article 31, considérant 64 de la DSA. Entre autres exigences, les chercheurs agréés doivent être affiliés à un organisme de recherche tel qu'une université ou une organisation de la société civile menant des recherches scientifiques dont l'objectif principal est de soutenir leur mission d'intérêt public. L'analyse contenue dans cet IRIS *Spécial* est basée sur la version de la DSA votée par la Commission du marché intérieur et de la protection des consommateurs du Parlement européen le 16 juin 2022, disponible sur : https://www.europarl.europa.eu/meetdocs/2014_2019/plmrep/COMMITTEES/IMCO/DV/2022/06-15/DSA_provisionalagreementAnnexe_EN.pdf.

³⁵⁵ Articles 10 et 11 de la proposition de RPP.

³⁵⁶ Article 2, par. 11 de la proposition de RPP.

³⁵⁷ Article 7, par. 6 de la proposition de RPP.

³⁵⁸ Article 9, par. 3 de la proposition de RPP.

En vertu de l'article 7, trois éléments d'information doivent être disponibles avec la publicité politique : la mention qu'il s'agit d'une publicité politique, l'identité du parraineur et de l'entité qui le contrôle en dernier ressort, ainsi qu'un avis de transparence³⁵⁹. Celui-ci contient de nombreuses informations complémentaires concernant notamment le financement, la diffusion et les élections ou référendums liés à l'annonce. Le chapitre 3 de la proposition de RPP énonce des informations supplémentaires concernant les données personnelles et le ciblage de la publicité³⁶⁰. Les éditeurs de publicité politique doivent également mettre ces informations à la disposition des régulateurs et des acteurs intéressés qui en font la demande, et (en fonction de leur taille) inclure des informations sur la valeur des services de publicité politique qu'ils fournissent dans leur rapport financier annuel³⁶¹.

Enfin, les éditeurs de publicité politique ont une obligation d'exécution. Ils doivent permettre aux particuliers de leur signaler qu'une publicité politique enfreint la proposition de RPP, et doivent eux-mêmes « s'efforc[er] raisonnablement » de veiller à ce que les informations communiquées au public soient complètes. Lorsqu'une publicité politique enfreint les dispositions de la proposition de RPP ou ne comprend pas toutes les informations nécessaires, elle doit être retirée³⁶².

La proposition de RPP adopte une approche novatrice de la transparence de la publicité. Elle complète l'obligation traditionnelle de l'éditeur de rendre la publicité transparente par une obligation pour chaque autre acteur de la filière de communiquer à l'éditeur les informations qu'il doit rendre disponibles³⁶³. Nul doute que ce dispositif est nécessaire pour garantir l'accès à la grande diversité d'informations (par exemple, sur le budget consacré à la publicité) couvertes par la proposition de RPP. En même temps, le fait d'imposer des obligations à une telle diversité d'acteurs relève du défi en termes d'exécution. La Directive SMA, en revanche, a régulièrement adopté une approche plus centralisée de la responsabilité. Elle vise les fournisseurs de services de médias audiovisuels qui contrôlent les contenus publiés *et* la manière dont ces contenus sont organisés. Lorsque plusieurs acteurs exercent un contrôle sur les contenus, les régulateurs attribuent la responsabilité à l'acteur ayant le plus d'influence (ou permettent aux parties prenantes de répartir la responsabilité sur une base contractuelle). Ainsi, un seul acteur peut être tenu pour responsable lorsque des programmes sont diffusés en violation de la

³⁵⁹ Article 7, par. 1 de la proposition de RPP. L'article 12, par. 3, point c) exige en outre que soient également fournies avec l'annonce publicitaire des informations supplémentaires permettant de comprendre la manière dont une publicité est ciblée ou amplifiée (le cas échéant). Le texte ne précise toutefois pas si ces informations doivent être visibles chaque fois qu'un utilisateur voit une publicité ciblée, ou si elles peuvent être incluses dans l'avis de transparence.

³⁶⁰ Pour une liste complète des informations devant figurer dans l'avis de transparence, voir les annexes de la proposition de RPP, https://eur-lex.europa.eu/resource.html?uri=cellar:9cec62db-4dcb-11ec-91ac-01aa75ed71a1.0001.02/DOC_2&format=PDF.

³⁶¹ Article 8 de la proposition de RPP ; à proprement parler, seules les moyennes entreprises au sens de l'article 3, par. 3 de la Directive 2013/34/UE sont exclues de cette obligation, tandis que les petites et micro-entreprises ne sont pas exclues.

³⁶² Articles 9 et 7, par. 3 de la proposition de RPP.

³⁶³ Ainsi que directement aux régulateurs et aux acteurs privés autorisés à demander des informations.

Directive SMA³⁶⁴. La proposition de RPP, quant à elle, impose des obligations à une grande diversité d'acteurs et ne prévoit aucune obligation claire incombant à un seul acteur central de garantir la transparence de la publicité politique. Les éditeurs de publicité politique doivent s'efforcer raisonnablement de faire en sorte que les informations fournies soient complètes, mais ils ne sont pas tenus d'en évaluer l'exactitude. De même, les prestataires de services publicitaires ne sont pas tenus de vérifier si les informations que les parraineurs leur fournissent sont correctes, ou si un parraineur est en fait un acteur politique. En d'autres termes, les obligations interdépendantes de la proposition de RPP reposent essentiellement sur la coopération volontaire des différents acteurs impliqués dans la publicité politique. Or, cela risque de poser un défi majeur aux régulateurs nationaux pour faire appliquer le règlement.

5.2.3. Publicité politique ciblée

La proposition de RPP impose des obligations supplémentaires lorsque les données personnelles sont traitées pour cibler ou amplifier une publicité politique. Les considérants de la proposition de RPP soulignent le « pouvoir et [le] risque d'utilisation abusive des données à caractère personnel qui sont associés au ciblage » et notamment le risque que soient exploitées les vulnérabilités de certains électeurs, par exemple en les exposant à des informations auxquelles ils sont particulièrement sensibles³⁶⁵. Le règlement fait également référence au fait que la publicité ciblée peut être utilisée pour segmenter les groupes d'électeurs. Cela risque, par exemple, d'empêcher les électeurs de voir des publicités politiques sur des sujets ou des partis qui ne correspondent pas à leurs intérêts, ou d'augmenter les coûts pour les partis politiques souhaitant atteindre les électeurs qui n'adhèrent pas à leurs messages³⁶⁶.

Pour répondre aux préoccupations relatives au micro-ciblage politique potentiellement manipulateur, la proposition de RPP restreint les conditions d'utilisation des techniques de ciblage ou d'amplification dans le contexte de la publicité politique, en renforçant l'interdiction du RGPD d'utiliser des données sensibles (par exemple, les données qui révèlent l'origine raciale ou ethnique, les opinions politiques, les croyances religieuses ou philosophiques, ou l'orientation sexuelle)³⁶⁷. L'article 9, par. 2 du RGPD prévoit 10 exceptions à cette interdiction. Ces exceptions permettent par exemple le

³⁶⁴ Weinand J., *Implementing the EU Audiovisual Media Services Directive: Selected Issues in the Regulation of AVMS by National Media Authorities of France, Germany and the UK*, 2018, Baden-Baden, Nomos Verlag ; Castendyk O., Dommering E. and Scheuer A., 2008, *European Media Law*, Kluwer Law International B.V).

³⁶⁵ Considérants 5 et 47 de la proposition de RPP ; Brkan M., *EU Fundamental Rights and Democracy Implications of Data-Driven Political Campaigns*, 2020, *Maastricht Journal of European and Comparative Law*, 27(6), pp. 774–90, <https://doi.org/10.1177/1023263X20982960>.

³⁶⁶ Kreiss D. et Barrett B., *Democratic Tradeoffs: Platforms and Political Advertising*, 2020, p. 506, <https://kb.osu.edu/handle/1811/92273>. Zuiderveen Borgesius F. J. et al., *Online Political Microtargeting: Promises and Threats for Democracy*, 2018, *Utrecht Law Review*, 14(1), pp. 82–96, <https://doi.org/10.18352/ulr.420> ; Ali M. et al., *Ad Delivery Algorithms: The Hidden Arbiters of Political Messaging*, 2019, ArXiv:1912.04255 [Cs], <http://arxiv.org/abs/1912.04255>.

³⁶⁷ Article 12, par. 1 et 2 de la proposition de RPP.

traitement de données sensibles dans des contextes spécifiques (par exemple, dans le domaine de la santé publique ou de la sécurité sociale), ou lorsqu'une autre justification s'applique (par exemple, lorsque les données sont manifestement rendues publiques par la personne concernée ou sont rendues nécessaires pour des raisons d'intérêt public important). Lorsque des données sensibles sont utilisées pour cibler ou amplifier la publicité politique, la proposition de RPP limite les exceptions au nombre de deux : d'une part, pour le traitement fondé sur le consentement, et d'autre part, pour le traitement effectué par une organisation à but non lucratif et poursuivant une finalité politique, philosophique, religieuse ou syndicale sous réserve que le traitement se rapporte aux membres ou aux anciens membres de cette organisation ou aux personnes entretenant avec celle-ci des contacts réguliers.

D'aucuns ont fait valoir que ces deux cas constituaient d'ores et déjà les seules exceptions sur lesquelles les organisations pouvaient raisonnablement s'appuyer pour utiliser des données sensibles à des fins de micro-ciblage politique³⁶⁸. Le Contrôleur européen de la protection des données souligne ce point explicitement en faisant valoir que « dans la pratique, l'article 12 de la proposition ne semble pas offrir de protection supplémentaire³⁶⁹. » En tout état de cause, la version actuelle de la proposition de RPP lèverait toute incertitude juridique à cet égard. Cela pourrait permettre aux autorités nationales d'appliquer plus facilement la législation sur la protection des données dans le cadre du micro-ciblage politique, ce que la Commission préconise également dans son plan d'action pour la démocratie³⁷⁰. Néanmoins, compte tenu des critiques à l'égard du fait que la proposition de RPP ne s'attaque pas de façon efficace à l'impact du micro-ciblage politique sur la démocratie, la nécessité de restrictions supplémentaires sur la publicité politique ciblée sera probablement un thème central du débat législatif sur la proposition de RPP³⁷¹. D'autant plus que la DSA a été modifiée après la présentation de la proposition de RPP pour interdire totalement aux plateformes en ligne le traitement des données sensibles visant à profiler des personnes à des fins publicitaires³⁷².

³⁶⁸ Dobber, Fathaigh et Borgesius, *The Regulation of Online Political Micro-Targeting in Europe*, 6 ; Bennett C. J., *Voter Databases, Micro-Targeting, and Data Protection Law: Can Political Parties Campaign in Europe as They Do in North America?*, 2016, *International Data Privacy Law*, 6(4), p. 266, <https://doi.org/10.1093/idpl/ipw021> ; Blasi Casagran C. et Vermeulen M., *Reflections on the Murky Legal Practices of Political Micro-Targeting from a GDPR Perspective*, 2021, *International Data Privacy Law*, 11(4), pp. 348–59, <https://doi.org/10.1093/idpl/ipab018>. Bennett fait valoir que l'exception visée à l'article 9, par. 2, point e) du RGPD, qui s'applique aux données manifestement rendues publiques par la personne concernée, était pertinente dans le contexte du micro-ciblage politique. En ce cas, cette exception n'est plus applicable au titre de la proposition de RPP.

³⁶⁹ *Opinion 2/2022 on the Proposal for Regulation on the Transparency and Targeting of Political Advertising*, 2022, Brussels, EDPS, 9, https://edps.europa.eu/system/files/2022-01/edps_opinion_political_ads_en.pdf.

³⁷⁰ Commission européenne, *Plan d'action pour la démocratie européenne*, 4.

³⁷¹ Voir notamment Helberger N., Dobber T. et De Vreese C., *Towards Unfair Political Practices Law: Learning Lessons from the Regulation of Unfair Commercial Practices for Online Political Advertising*, 2021, *JIPITEC*, 12(3), <http://www.jipitec.eu/issues/jipitec-12-3-2021/5338> ; Ó Fathaigh R. et al., *Microtargeted Propaganda by Foreign Actors: An Interdisciplinary Exploration*, 2021, *Maastricht Journal of European and Comparative Law*, 1023263X211042471, <https://doi.org/10.1177/1023263X211042471> ; Van Drunen M. Z. et al., *Transparency and (No) More in the Political Advertising Regulation*, 2022, *Internet Policy Review*, <https://policyreview.info/articles/news/transparency-and-no-more-political-advertising-regulation/1616>.

³⁷² Article 24 de la DSA (version de la DSA votée par la Commission du marché intérieur et de la protection des consommateurs du Parlement européen le 16 juin 2022,

Outre le renforcement de l'interdiction d'utiliser des données sensibles pour la publicité politique, l'article 12, par. 3 à 8, et l'article 13 prévoient des obligations de transparence supplémentaires. Ils s'appuient sur le système de transparence établi au chapitre 2 de la proposition de RPP. Le chapitre 2 impose principalement aux prestataires de services de publicité politique de tenir des registres et de les transmettre aux éditeurs de publicité politique, aux régulateurs et aux entités intéressées. Au chapitre 3, ce rôle est rempli par les responsables du traitement utilisant des techniques de ciblage ou d'amplification. Les responsables du traitement qui utilisent des techniques de ciblage et d'amplification doivent : adopter, mettre en œuvre et conserver des règles internes décrivant l'utilisation de ces techniques ; tenir un registre des mécanismes, des techniques, des paramètres et des sources de données personnelles utilisées pour le ciblage et l'amplification ; transmettre les informations nécessaires permettant aux personnes concernées de comprendre la manière dont elles sont ciblées par la publicité. Les services de publicité doivent fournir au responsable du traitement les informations dont il a besoin pour se conformer à ces obligations³⁷³.

L'obligation de transmettre à des tiers les informations que le responsable du traitement est tenu de collecter est partagée entre le responsable du traitement et l'éditeur de publicité politique. Les responsables du traitement doivent transmettre les informations relevant du chapitre 3 de la proposition de RPP aux acteurs intéressés qui en font la demande³⁷⁴. Ils ont également pour obligation de fournir aux individus des informations sur le ciblage. Il s'agit là d'un autre élément d'information (en sus de la signalisation en tant que publicité, de l'identité du parraineur et du lien vers l'avis de transparence) qui doit être fourni avec la publicité elle-même lorsqu'un spectateur la voit. Inversement, les éditeurs doivent inclure des informations sur le ciblage des publicités politiques dans l'avis de transparence. Lorsque l'éditeur et le responsable du traitement sont distincts, ce dernier doit fournir ces informations à l'éditeur.

Il peut arriver que plusieurs acteurs déterminent la finalité et les moyens des techniques de ciblage et d'amplification³⁷⁵. Par exemple, Blasi Casagran et Vermeulen s'appuient sur les orientations des autorités chargées de la protection des données et sur la jurisprudence nationale et européenne pour considérer que les plateformes et les acteurs politiques sont tous deux responsables du traitement des données lorsque la publicité est distribuée par des plateformes à des publics personnalisés fournis par l'acteur politique. Toutefois, lorsque la publicité est ciblée en fonction de certaines

https://www.europarl.europa.eu/meetdocs/2014_2019/plmrep/COMMITTEES/IMCO/DV/2022/06-15/DSA_provisionalagreementAnnexe_EN.pdf et la proposition de RPP du 25 novembre 2021, <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=COM:2021:731:FIN&qid=1637871780636>).

³⁷³ Article 12, par. 3 et par. 7 de la proposition de RPP.

³⁷⁴ Les autorités de régulation sont uniquement habilitées à demander des informations (article 10) relevant du chapitre 2 (qui traite des obligations générales de transparence) et ne peuvent demander des informations qui relèvent du chapitre 3 (consacré au ciblage et à l'amplification de la publicité politique). Article 10 et considérants 54 et 61 de la proposition de RPP.

³⁷⁵ *Orientations de la Commission relatives à l'application du droit de l'UE en matière de protection des données dans le contexte électoral : La contribution de la Commission européenne à la réunion des chefs d'État et de gouvernement à Salzbourg les 19 et 20 septembre 2018*, Bruxelles ; *Lignes directrices 8/2020 sur le ciblage des utilisateurs de médias sociaux*, 2021, Bruxelles, EDPB, pp. 14–16, https://edpb.europa.eu/system/files/2021-11/edpb_guidelines_082020_on_the_targeting_of_social_media_users_fr_0.pdf.

caractéristiques d'un public fournies par la plateforme, cette dernière est l'unique responsable du traitement³⁷⁶. La proposition de RPP ne précise pas la manière dont ses obligations doivent être respectées lorsqu'il y a plusieurs responsables du traitement. L'article 26 du RGPD, qui dispose que les responsables conjoints du traitement déterminent ensemble leurs responsabilités respectives, ne s'applique qu'à leurs obligations en vertu du RGPD. Le Contrôleur européen de la protection des données a donc demandé que ce point soit clarifié au cours du processus législatif de la proposition de RPP³⁷⁷.

5.3. Bibliothèques d'annonces

Max van Drunen, Institut du droit de l'information (IViR), Université d'Amsterdam

5.3.1. L'émergence des bibliothèques d'annonces dans la régulation de la publicité

Les bibliothèques d'annonces sont des bases de données accessibles au public contenant des exemplaires des annonces publicitaires diffusées sur les plateformes assorties de nombreuses informations connexes³⁷⁸. Mises en place à l'été 2018 par Facebook (24 mai), Twitter (28 juin) et Google (15 août), elles constituent un nouveau composant relativement récent du droit et de la réglementation en matière de publicité. Initialement, il s'agissait de mesures d'autorégulation. Les plateformes ont mis en place des bibliothèques d'annonces sans obligation légale de le faire, mais sous la pression considérable de l'opinion publique et de la réglementation³⁷⁹.

Dans l'UE, le contexte réglementaire le plus pertinent est la Communication sur la désinformation, dans laquelle la Commission déclare qu'elle soutiendra un code de bonnes pratiques d'autorégulation exigeant des plateformes en ligne et du secteur de la publicité qu'ils créent, entre autres, « des référentiels contenant des informations complètes sur les contenus sponsorisés »³⁸⁰. Pourtant, le Code de bonnes pratiques contre

³⁷⁶ Blasi Casagran et Vermeulen, *Reflections on the Murky Legal Practices of Political Micro-Targeting from a GDPR Perspective*, 353.

³⁷⁷ *Opinion 2/2022 on the Proposal for Regulation on the Transparency and Targeting of Political Advertising*, p. 20.

³⁷⁸ Leerssen P. et al., *Platform Ad Archives: Promises and Pitfalls*, *Internet Policy Review*, 2019, 8(4), <https://doi.org/10.2139/ssrn.3380409>.

³⁷⁹ *Shining a Light on Ads With Political Content*, Meta (blog), 2018, <https://about.fb.com/news/2018/05/ads-with-political-content/>; *Ads Transparency*, consulté le 8 février 2022, <https://business.twitter.com/en/help/ads-policies/product-policies/ads-transparency.html>; *Google Releases a Searchable Database of US Political Ads*, TechCrunch (blog), consulté le 8 février 2022, <https://social.techcrunch.com/2018/08/15/google-political-ad-library/>; *Twitter Launches Its Ads Transparency Center, Where You Can See Ads Bought by Any Account*, TechCrunch (blog), consulté le 8 février 2022, <https://social.techcrunch.com/2018/06/28/twitter-ads-transparency-center/>.

³⁸⁰ Communication « *Lutter contre la désinformation* ».

la désinformation lancé en 2018 ne prévoit pas d'obligation de créer ces référentiels. Dans ses orientations de 2021 visant à renforcer le Code de bonnes pratiques contre la désinformation, la Commission souligne à nouveau la nécessité de disposer de bibliothèques d'annonces³⁸¹.

L'article 30 de la DSA et l'article 7, par. 6 de la proposition de RPP prévoient de soumettre les très grandes plateformes en ligne à une obligation légale de créer des bibliothèques d'annonces³⁸². Dans l'évaluation d'impact des deux règlements, la Commission relève un certain nombre de critiques concernant le fait que les données mises à disposition dans les bibliothèques d'annonces créées volontairement par les plateformes sont insuffisantes, et que l'accès aux données peut être supprimé à la discrétion des plateformes, ce qui empêche les investissements dans des projets de recherche à long terme³⁸³. Par conséquent, la DSA exige des très grandes plateformes en ligne qu'elles créent des bibliothèques d'annonces contenant un ensemble d'informations de base pour toutes les publicités. La proposition de RPP s'appuie sur cette disposition en exigeant que les très grandes plateformes en ligne incluent des informations supplémentaires sur les publicités politiques dans les bibliothèques d'annonces afin de contrer les risques systémiques menaçant le processus électoral. La proposition de RPP n'affecte en rien l'obligation des plateformes d'atténuer les risques systémiques en vertu de la DSA³⁸⁴.

5.3.2. Les objectifs des bibliothèques d'annonces

Les bibliothèques d'annonces visent à restaurer la transparence qui fait défaut lorsque la publicité est ciblée. La publicité transmise par les médias de masse tels que la presse écrite ou la télévision est, par nature, visible de tous. En revanche, les publicités ciblées sur les plateformes ne sont visibles que par la personne qui les reçoit³⁸⁵. Par conséquent,

³⁸¹ *Code européen de bonnes pratiques contre la désinformation*, 2018, Bruxelles, Commission européenne, 7, https://eos.cartercenter.org/uploads/document_file/path/825/35_Code_of_Practice_on_Disinformation_FR.pdf ; *Communication de la Commission au Parlement européen, au Conseil, au Comité économique et social européen et au Comité des régions : Orientations de la Commission européenne visant à renforcer le code européen de bonnes pratiques contre la désinformation*, 2021, Commission européenne, <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/FR/ALL/?uri=CELEX:52021DC0262>.

³⁸² Cette analyse est basée sur la version de la DSA votée par la Commission du marché intérieur et de la protection des consommateurs du Parlement européen le 16 juin 2022, https://www.europarl.europa.eu/meetdocs/2014_2019/plmrep/COMMITTEES/IMCO/DV/2022/06-15/DSA_provisionalagreementAnnexe_EN.pdf et la proposition de RPP du 25 novembre 2021, disponible sur <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/FR/TXT/?uri=CELEX:52021PC0731>.

³⁸³ *Impact Assessment Report 1/2 Accompanying the DSA*, 2020, Commission européenne, 17 ; *Impact Assessment Report Accompanying the Proposal for a Regulation of the European Parliament and of The Council on the Transparency and Targeting of Political Advertising*, 2021, Bruxelles, Commission européenne, pp. 69, 104, 107, https://ec.europa.eu/info/sites/default/files/4_1_177594_pol-ads-ia_en_0.pdf.

³⁸⁴ P. 3, considérants 32 et 70, article 1 de la proposition de RPP.

³⁸⁵ Bodó B. et al., *Tackling the Algorithmic Control Crisis – the Technical, Legal, and Ethical Challenges of Research into Algorithmic Agents*, 2017, *Yale Journal of Law and Technology*, 19(1), <http://digitalcommons.law.yale.edu/yjolt> <http://digitalcommons.law.yale.edu/yjolt/vol19/iss1/3>.

les fournisseurs de plateformes sont (en principe) les seuls acteurs à avoir une vision d'ensemble en ce qui concerne les différentes publicités présentées aux différents publics respectifs sur leur service³⁸⁶. Avec les bibliothèques d'annonces, les plateformes donnent accès, par le biais d'une base de données accessible au public, à (certaines de) ces données concernant la façon dont les annonces sont diffusées et disponibles. Les bibliothèques d'annonces constituent donc une forme de transparence destinée au public, qui complète les mesures de transparence destinées aux autorités publiques (telles que les pouvoirs d'enquête des autorités de contrôle) et aux utilisateurs individuels (telles que le marquage des publicités)³⁸⁷.

De manière générale, les bibliothèques d'annonces sont censées remplir deux objectifs³⁸⁸. En premier lieu, elles visent à responsabiliser les plateformes et les annonceurs. Comme nous l'avons mentionné précédemment, les bibliothèques d'annonces ont notamment été instaurées pour répondre aux préoccupations concernant l'impact de la publicité ciblée sur le processus électoral. La proposition de RPP, en particulier, insiste sur les risques d'utilisation de la publicité politique visant à segmenter les électeurs et à exploiter leurs vulnérabilités³⁸⁹. Cependant, les bibliothèques d'annonces permettent d'instaurer une responsabilité par une série de normes qui, pour la plupart, n'ont pas grand-chose à voir avec le ciblage. Elles permettent par exemple de déterminer si un parti politique dépense plus en publicité que ne l'autorise la réglementation sur le financement des campagnes, et si les annonces diffusées sur une plateforme relèvent de la désinformation, sont préjudiciables aux mineurs ou s'apparentent à de la publicité comparative illicite. Pour résumer, en augmentant la transparence des publicités diffusées sur les plateformes, les bibliothèques d'annonces visent à faciliter l'application des multiples normes qui s'appliquent à la publicité.

En second lieu, les bibliothèques d'annonces sont destinées à permettre une meilleure compréhension de l'impact de la publicité en ligne. La publicité en ligne est associée à de nombreux risques, allant de l'ingérence étrangère dans le système électoral à la discrimination dans l'accès aux offres d'emploi ou de logement offertes par la publicité ciblée³⁹⁰. La manière dont la publicité ciblée contribue à ces risques (pour autant qu'elle y contribue) fait toujours l'objet d'un débat, notamment parce que les données requises pour fournir des réponses plus concluantes n'étaient, jusqu'à présent, pas

³⁸⁶ Il convient de noter qu'il existe des solutions alternatives. Les chercheurs peuvent, par exemple, demander aux utilisateurs de la plateforme d'installer des extensions qui recueillent des informations sur les publicités qu'ils voient. Persily N. et Tucker J. A., *Conclusion: The Challenges and Opportunities for Social Media Research*, 2020, dans *Social Media and Democracy: The State of the Field, Prospects for Reform*, éd. J.A. Tucker et Persily N.; SSRN, *Anxieties of Democracy*, 2020, Cambridge: Cambridge University Press, pp. 313–31, <https://www.cambridge.org/core/books/social-media-and-democracy/conclusion-the-challenges-and-opportunities-for-social-media-research/232F88C00A1694FA25110A318E9CF300>.

³⁸⁷ Leerssen P., *The Soap Box as a Black Box: Regulating Transparency in Social Media Recommender Systems*, 2020, SSRN Scholarly Paper, Rochester, NY, Social Science Research Network, <https://doi.org/10.2139/ssrn.3544009>.

³⁸⁸ Voir à cet égard le paragraphe 5.2.3. Considérant 63 de la DSA, considérant 42 de la proposition de RPP.

³⁸⁹ Considérants 5 et 47 de la proposition de RPP, Dobber et al., *Do (Microtargeted) Deepfakes Have Real Effects on Political Attitudes?*, Kreiss and Barrett, *Democratic Tradeoffs*, 506. Borgesius et al., *Online Political Microtargeting*; Ali et al., *Ad Delivery Algorithms*.

³⁹⁰ Communication « Lutter contre la désinformation ». Considérants 52 et 63 de la DSA.

disponibles. En donnant accès à ces données, les bibliothèques d'annonces permettent, en principe, de mieux comprendre les risques traditionnels auxquels la publicité en ligne est associée, et d'identifier les risques émergents. Cette démarche est indispensable pour une réglementation fondée sur des faits et un débat public éclairé sur les responsabilités des plateformes et des annonceurs³⁹¹. En particulier, l'article 27, par. 2, point a) de la DSA présente les bibliothèques d'annonces comme une source d'information permettant d'identifier les risques systémiques (concernant par exemple la diffusion de contenus illégaux ou les effets perniciose sur les processus électoraux) sur les très grandes plateformes en ligne.

Le fait que les bibliothèques d'annonces sont accessibles au public implique que les régulateurs ne sont pas les seuls acteurs à pouvoir examiner la publicité en ligne sur les plateformes. En revanche, la DSA et la proposition de RPP soulignent la nécessité d'instaurer un contrôle public des risques inhérents à la publicité en ligne sur les plateformes. La proposition de RPP précise notamment qu'il convient de mettre ces données à la disposition du public afin de « [faciliter] le travail des acteurs intéressés, y compris les chercheurs, dans leur rôle spécifique consistant à soutenir des élections ou des référendums libres et équitables et des campagnes électorales équitables, notamment en soumettant les parraineurs de la publicité politique à un examen et en analysant le paysage de la publicité politique³⁹². » Les nouvelles données probantes sur la façon dont les bibliothèques d'annonces sont utilisées révèlent que les journalistes les utilisent en particulier pour repérer plus facilement les publicités controversées et rédiger des articles à ce sujet³⁹³. Dans le même temps, le caractère public des bibliothèques d'annonces leur permet également d'être utilisées à des fins qui n'ont rien à voir avec la gouvernance des plateformes. Les entreprises peuvent, par exemple, utiliser des bibliothèques d'annonces pour connaître les groupes ciblés par leurs concurrents et les messages utilisés à cette fin.

5.3.3. Quelles sont les informations disponibles dans les bibliothèques d'annonces ?

L'utilité des bibliothèques d'annonces pour les chercheurs, les autorités de contrôle, les journalistes et les entreprises concurrentes dépend des informations qu'elles contiennent. La plupart des critiques formulées à l'encontre des bibliothèques d'annonces créées volontairement par les plateformes en ligne portent sur la portée limitée des informations disponibles. Le manque d'informations (précises) sur la manière dont les publicités sont

³⁹¹ Ausloos J., Leerssen P. et ten Hije P., *Operationalizing Research Access in Platform Governance: What to Learn from Other Industries?*, 2020, AlgorithmWatch, p. 15, <https://hdl.handle.net/11245.1/90e4fa77-d59a-49f1-8ccd-57d0725122bd>.

³⁹² Considérant 63 de la DSA, considérant 42 de la proposition de RPP.

³⁹³ Leerssen P. et al., *News from the Ad Archive: How Journalists Use the Facebook Ad Library to Hold Online Advertising Accountable*, 2021, *Information, Communication & Society*, 0(0), pp. 1-20, <https://doi.org/10.1080/1369118X.2021.2009002>.

ciblées et sur les publics ciblés est vivement critiqué³⁹⁴. Par ailleurs, le mode de fonctionnement des bibliothèques d'annonces est également controversé. Des chercheurs dénoncent le fait que les informations sont présentées d'une manière qui rend difficile leur agrégation, que des publicités sont retirées de la base de données et que bien souvent, les publicités politiques ne sont pas correctement identifiées³⁹⁵.

Le tableau 2 donne un aperçu des informations que les plateformes doivent désormais inclure dans les bibliothèques d'annonces en vertu de la DSA et de la proposition de RPP. Les informations sur la publicité politique restent provisoires, car la proposition de RPP n'a pas été officiellement adoptée, et la Commission a le pouvoir de modifier les exigences de transparence de la proposition de RPP jusqu'en 2026 par le biais d'actes délégués. Néanmoins, les contours du contenu des bibliothèques d'annonces sont désormais visibles.

Les informations présentées dans le tableau 2 permettent d'harmoniser la transparence des publicités diffusées sur les plateformes avec celle des médias traditionnels en facilitant l'identification des publicités diffusées sur les plateformes en ligne et de leurs acteurs. En outre, les bibliothèques d'annonces mettent à disposition des informations supplémentaires visant à documenter la manière dont les annonces sont diffusées sur les plateformes. Elles comportent notamment des informations plus spécifiques sur la manière dont les publicités sont ciblées et sur les groupes d'individus qu'elles ont atteints. Enfin, les bibliothèques d'annonces contiennent davantage d'informations sur les publicités politiques afin de répondre aux risques spécifiques à l'encontre du processus démocratique, qui sont à l'origine de la création de ces bibliothèques. En particulier, les bibliothèques d'annonces contiennent des informations sur le montant du financement des publicités politiques, sur les personnes qui les ont financées et sur les élections qu'elles étaient censées influencer. Cependant, comme l'a montré l'expérience des bibliothèques d'annonces jusqu'à présent, leur utilité dépend largement de la manière dont ces mesures sont interprétées, de la précision des informations spécifiques qui sont fournies et des fonctionnalités qu'elles offrent aux chercheurs. En particulier, la proposition de RPP et la DSA n'imposent que des obligations limitées aux plateformes pour rendre disponibles des informations précises sur le ciblage et l'amplification ou pour identifier les publicités politiques qui devraient être incluses dans la bibliothèque d'annonces. L'interprétation, la mise en œuvre et l'exécution des

³⁹⁴ Kreiss et Barrett, *Democratic Tradeoffs*, p. 506 ; Dubois P. R. , Arteau-Leclerc C. and Giasson T., *Micro-Targeting, Social Media, and Third Party Advertising: Why the Facebook Ad Library Cannot Prevent Threats to Canadian Democracy*, 2021, SSRN Scholarly Paper, Rochester, NY, Social Science Research Network, <https://papers.ssrn.com/abstract=3817971> ; Rieke A. et Bogen M., *Leveling the Platform: Real Transparency for Paid Messages on Facebook*, Upturn, consulté le 16 novembre 2021, <https://www.upturn.org/static/reports/2018/facebook-ads/files/Upturn-Facebook-Ads-2018-05-08.pdf>.

³⁹⁵ Leerssen et al., *News from the Ad Archive*. Edelson et al., *An Analysis of United States Online Political Advertising Transparency*, 9. Edelson L., Lauinger T. et McCoy D., *A Security Analysis of the Facebook Ad Library*, 2020, dans 2020 IEEE Symposium on Security and Privacy (SP), p. 667, <https://doi.org/10.1109/SP40000.2020.00084>. Leerssen et al., *Platform Ad Archives* ; Medina Serrano J. C., Papakyriakopoulos O. et Hegelich S., 2020, *Exploring Political Ad Libraries for Online Advertising Transparency: Lessons from Germany and the 2019 European Elections*, dans International Conference on Social Media and Society, SMSociety'20, New York, NY, USA, Association for Computing Machinery, p. 118, <https://doi.org/10.1145/3400806.3400820>.

obligations légales imposées aux plateformes pour créer des bibliothèques d'annonces devraient donc constituer une prochaine étape importante pour faire en sorte que la publicité ciblée sur les plateformes en ligne soit transparente pour le public³⁹⁶. Dans ce contexte, il est important de noter que la Commission est habilitée à publier des lignes directrices sur la structure, l'organisation et les fonctionnalités des bibliothèques d'annonces. Étant donné que la Commission a également le pouvoir exclusif de faire respecter les obligations qui s'appliquent aux très grandes plateformes en ligne, y compris la disposition relative aux bibliothèques d'annonces, ces lignes directrices peuvent constituer un indicateur important des contraintes découlant des bibliothèques d'annonces dans la pratique³⁹⁷.

Enfin, il convient de noter que la DSA pose trois restrictions aux informations contenues dans les bibliothèques d'annonces. Premièrement, elle impose aux plateformes de veiller à ce que les bibliothèques d'annonces ne contiennent aucune donnée personnelle des destinataires de la publicité. Cela peut se produire lorsque, par exemple, les informations concernant la manière dont une publicité a été ciblée sont si précises qu'il est possible de reconstituer à rebours si une personne a été exposée à une publicité. Deuxièmement, les plateformes sont tenues de retirer de la bibliothèque d'annonces les informations relatives au contenu, à l'annonceur et à l'entité assurant le financement dès lors qu'elles suppriment une annonce enfreignant la loi ou les conditions de service. À la place, les plateformes doivent inclure des informations relatives à l'injonction de retrait qu'elles ont reçue de l'État membre en vertu de l'article 8 de la DSA (par exemple, pourquoi ce contenu est illicite et quelle est l'autorité à l'origine de l'injonction) ainsi que l'exposé des motifs expliquant le retrait qu'elles transmettent à la personne qui a mis le contenu en ligne (par exemple, pourquoi cette annonce enfreint les conditions de service et par quel moyen elle a été repérée [automatiquement, par un tiers ou de la propre initiative des plateformes])³⁹⁸. Enfin, la DSA n'oblige les plateformes à inclure les publicités dans leur bibliothèque d'annonces que pendant une durée d'un an après leur dernier affichage. Une fois ce délai écoulé, elles peuvent être retirées³⁹⁹. Étant donné que la proposition de RPP exige que des informations supplémentaires soient ajoutées aux bibliothèques d'annonces existantes conformément à la DSA, il est probable que ces exigences s'appliquent également à la proposition de RPP. Toutefois, la proposition de RPP ne fournit pas de réponse définitive sur ce point.

³⁹⁶ Van Drunen et al., *Transparency and (No) More in the Political Advertising Regulation ; Orientations de la Commission européenne visant à renforcer le code européen de bonnes pratiques contre la désinformation*.

³⁹⁷ Article 30 et 44a, point a) 1a de la DSA. Par ailleurs, l'interopérabilité des bibliothèques d'annonces et la transmission de données à ces bibliothèques par les intermédiaires publicitaires ne sont pas réglementées explicitement dans la DSA et sont soumises à des normes et des codes de conduite volontaires (article 34, par. 1, point e), et article 36, par. 2, point b) de la proposition de DSA).

³⁹⁸ Article 30, par. 2, point a) de la DSA.

³⁹⁹ Article 30, par. 1 de la DSA.

Tableau 2. Vue d'ensemble des informations incluses dans les bibliothèques d'annonces selon le projet de DSA et la proposition de RPP. Les déclarations requises en vertu de la proposition de RPP et recoupant les exigences de la DSA ne sont pas mentionnées.

Catégorie	Information	Base juridique
Contenu	Le contenu de la publicité, avec le nom du produit, du service ou de la marque, et le thème.	Art. 30, par. 2, point a) DSA
	Annonces déclarées par les personnes qui les ont mises en ligne (par exemple, les influenceurs).	Art. 30, par. 2(da) DSA
	Un exemplaire de l'annonce ou un lien vers celle-ci.	Annexe I (a) RPP
Origine	La personne physique ou morale pour le compte de laquelle la publicité est affichée	Art. 30, par. 2, point b) DSA
	L'adresse, le numéro de téléphone et l'adresse électronique du parraineur.	Art. 7, par. 2, point a), Annexe I (b) RPP
Durée	La période de diffusion.	Art. 30 DSA
	La période de diffusion (prévue) et, le cas échéant, si l'annonce a déjà été diffusée dans le passé.	Art. 7, par. 2, point b), Annexe I (c), II (b) RPP
Portée	Le nombre total de bénéficiaires du service atteints et, le cas échéant, les nombres totaux pour le ou les groupes de bénéficiaires que la publicité ciblait spécifiquement.	Art. 30, par. 2, point e) DSA
	Indications sur la taille du public ciblé au sein de l'électorat concerné.	Annexe II (b) RPP
Ciblage	Le fait que la publicité était ou non destinée à être ciblée et, le cas échéant, les principaux paramètres utilisés pour cibler et/ou exclure certains groupes.	Art. 30, par. 2, point d) DSA
	Les groupes spécifiques de destinataires visés, les catégories de données à caractère personnel utilisées pour le ciblage, les mécanismes et la logique du ciblage, y compris les paramètres d'inclusion et d'exclusion et les raisons du choix de ces paramètres.	Annexe II (a) RPP
	La source des données à caractère personnel (y compris, le cas échéant, si ces données sont dérivées, déduites ou obtenues d'un tiers) et l'avis de ce tiers relatif à la protection des données.	Annexe II (c) RPP
Financement	La personne physique ou morale qui a payé la publicité, si elle est différente de l'annonceur.	Art. 30(ba) DSA
	Les montants prévisionnels ou effectifs dépensés (ou la valeur d'autres avantages) pour l'élaboration, le	Art. 7, par. 2, point c), Annexe I

	placement, la promotion, la publication et la diffusion de l'annonce concernée et de la campagne publicitaire.	(e-g) RPP
	Les sources des fonds utilisés.	Annexe I (f) RPP
	La méthode de calcul du montant du financement.	Annexe I (g) RPP
Contexte électoral	Toute élection ou référendum auquel la publicité est liée.	Annexe I (d) RPP
	Un lien vers des informations officielles sur les modalités de participation aux élections ou au référendum auxquels la publicité politique est liée.	Annexe I (i) RPP
Obligations légales	Un lien vers la bibliothèque d'annonces.	Art. 7, par. 2, point e), Annexe I (h) RPP
	Un lien vers le mécanisme de notification et de retrait.	Art. 7, par. 2, point f), Annexe I (j) RPP
	Un lien vers des moyens efficaces afin d'aider les particuliers à exercer les droits dont ils bénéficient en matière de publicité politique en vertu du RGPD.	Annexe II (d) RPP

6. Conclusion

Au cours des quatre dernières années, nous avons assisté (entre autres) à une extension significative de la régulation des plateformes, à l'intégration de la publicité politique dans le cadre réglementaire de l'UE, à la révision de la Directive Services de médias audiovisuels (SMA), ainsi qu'au renforcement de l'application des normes existantes en matière de protection des données. Ces initiatives ont permis d'adapter la législation, conçue initialement pour la publicité hors ligne, aux changements survenus dans l'écosystème de la publicité en ligne, et d'élargir la régulation de la publicité ciblée au-delà de sa portée initiale axée sur les données personnelles.

La révision du droit européen de la publicité s'est en grande partie concentrée sur l'intégration d'un plus grand nombre d'acteurs qui interviennent dans l'écosystème publicitaire de plus en plus complexe. Les plateformes en ligne ont fait l'objet de nombreuses nouvelles obligations en matière de publicité. Elles ont été intégrées dans le cadre existant applicable à la publicité vidéo en vertu de la Directive SMA, et ont également été soumises à de nouvelles obligations établies par la Directive SMA. Dans le même temps, les influenceurs qui diffusent des informations sur les plateformes en ligne sont également soumis à des obligations croissantes en vertu du droit des médias et de la consommation. Le contrôle réglementaire s'est également tourné, dans une moindre mesure, vers les prestataires de services qui ne sont pas directement impliqués dans la diffusion de la publicité. La proposition de RPP impose en particulier des obligations aux prestataires de services de publicité politique qui recouvrent notamment les cabinets de conseil politique, les agences de publicité, les plateformes d'intermédiation technologique et les courtiers de données. De surcroît, l'élargissement progressif du concept de responsable du traitement (utilisé pour déterminer quels acteurs doivent se conformer à la législation sur la protection des données) menace d'englober les acteurs impliqués dans la publicité ciblée.

La révision du cadre juridique applicable à la publicité en ligne s'est appuyée en grande partie sur des mesures juridiques connues. Les obligations figurant, par exemple, dans la Directive SMA, la DSA et la proposition de RPP ont été mises à jour pour garantir que la publicité reste transparente et ne contienne pas de contenu illicite, indépendamment du fait qu'elle soit publiée par des radiodiffuseurs, la presse ou des plateformes en ligne et des influenceurs. La nécessité du consentement et de restrictions limitant l'utilisation des données sensibles continue également à jouer un rôle majeur dans la régulation de la publicité ciblée. Les autorités nationales soulignent la nécessité de veiller à ce que la publicité ciblée reste transparente et repose sur un consentement explicite, tandis que la réglementation européenne impose de nouvelles restrictions à l'utilisation des données sensibles dans le cadre de la publicité politique.

Par ailleurs, il existe également de nouveaux outils dans l'arsenal publicitaire. Ces mesures comprennent, par exemple, l'obligation imposée aux plateformes en vertu de la DSA et de la proposition de RPP de créer des bibliothèques d'annonces contenant des exemplaires (assorties d'un certain nombre d'informations complémentaires) des annonces qui ont été diffusées sur leur service. Elles viennent compléter les mesures de transparence en matière de publicité destinées aux usagers et aux organes de contrôle par une base de données accessible au public, visant à permettre aux chercheurs, aux journalistes et aux autres acteurs un meilleur contrôle de la publicité sur les plateformes en ligne⁴⁰⁰. Dans la même logique, le règlement sur la publicité politique soumet les acteurs de la chaîne de valeur de la publicité en ligne à l'obligation de tenir un registre afin de renforcer la transparence des usages de la publicité politique. Enfin, les règles censées atténuer l'impact de la publicité ciblée font toujours l'objet d'une vive controverse. La DSA laisse en suspens une question qui, jusqu'à présent, a été principalement traitée dans le droit de la consommation et de la protection des données, à savoir quels sont les critères permettant d'établir si une publicité ciblée doit être considérée comme manipulatrice et proscrite⁴⁰¹. En définitive, les dispositions de la DSA visant la publicité en ligne sont axées directement sur la nécessité de renforcer la transparence de la publicité et de limiter la publicité ciblée utilisant des données sensibles ou diffusée auprès de mineurs. La manière dont il convient d'interpréter ces restrictions, ainsi que d'autres normes limitant la publicité ciblée dans la DSA, la proposition de RPP, le droit de la protection des données et le droit de la consommation devrait constituer un thème central du droit européen de la publicité.

La mise en application du cadre juridique de l'UE encadrant la publicité en ligne constitue dès à présent un défi majeur pour les autorités publiques. L'écosystème de la publicité en ligne est complexe et le dispositif juridique qui l'encadre couvre plusieurs domaines juridiques différents. Concrètement, cela signifie que la régulation de la publicité en ligne relève de la responsabilité des différentes autorités de contrôle habilitées à faire appliquer la législation en matière de médias, de protection des données et de consommation, de régulation des plateformes, de même que la législation spécifique concernant, par exemple, la publicité politique. Cela risque de donner lieu à une application incohérente, incapable de protéger efficacement toutes les différentes valeurs en jeu, ou n'étant pas considérée comme prioritaire par l'une ou l'autre des différentes autorités de surveillance compétentes. Ce problème ne se limite pas à la publicité en ligne, mais concerne également le système des médias numériques dans son ensemble. Les autorités de contrôle ont d'ores et déjà commencé à s'attaquer à cette question en créant des réseaux de coopération, notamment entre les instances chargées de la protection des consommateurs, des médias et des données⁴⁰². La DSA s'appuie sur ces initiatives en prévoyant la création d'un coordinateur pour les services numériques chargé de faciliter la collaboration entre les différentes autorités de contrôle

⁴⁰⁰ Leerssen, *The Soap Box as a Black Box*.

⁴⁰¹ Helberger et al., *Choice Architectures in the Digital Economy*.

⁴⁰² Reyna A., *Breaking Down Silos in Public Enforcement: Lessons from Consumer-Facing Markets*, 2021, SSRN Scholarly Paper, Rochester, NY, Social Science Research Network, <https://doi.org/10.2139/ssrn.3838697>.

compétentes⁴⁰⁵. Les modalités concrètes d'application détermineront la manière dont le nouveau cadre publicitaire établi ces dernières années sera mis en œuvre.

⁴⁰⁵ Proposition de règlement du Parlement européen et du Conseil relatif à un marché intérieur des services numériques (Législation sur les services numériques) et modifiant la Directive 2000/31/CE, art. 38.

Une publication
de l'Observatoire européen de l'audiovisuel

30
Ans

Observatoire
européen
de l'audiovisuel

COUNCIL OF EUROPE

CONSEIL DE L'EUROPE