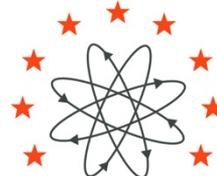




CHAIRE MASTER

Droit de la consommation

Fondation



Master 2 Droit des affaires

Droit de la consommation et des pratiques commerciales

MÉMOIRE 2021

**L'encadrement juridique de la variabilité
des prix**

BUREL Marie

Sous la direction de

Sauphanor-Brouillaud Natacha



faculté
de droit



CERGY PARIS

UNIVERSITÉ

REMERCIEMENTS

Je tenais à adresser mes chaleureux remerciements à :

Mme Sauphanor-Brouillaud, qui dirigé ce mémoire, pour son temps et sa précieuse aide.

Mme Aubert de Vincelles, directrice du Master 2 Droit des affaires parcours Droit de la consommation et des pratiques commerciales, pour les opportunités qui nous ont été offertes.

L'ensemble du corps enseignant, pour la richesse de leurs enseignements et l'attention qu'ils ont eu à notre égard.

La promotion du Master 2, pour la solidarité dont nous avons fait preuve tout au long de l'année.

LISTE DES PRINCIPALES ABRÉVIATIONS

CJUE	Cour de Justice de l'Union Européenne
RGPD	Règlement n°2016/679 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, dit règlement général sur la protection des données.
TFUE	Traité sur le Fonctionnement de l'Union Européenne

SOMMAIRE

REMERCIEMENTS	1
LISTE DES PRINCIPALES ABRÉVIATIONS	2
SOMMAIRE	3
INTRODUCTION	4
PARTIE 1 : LES RAISONS D’UN ENCADREMENT JURIDIQUE DE LA VARIABILITE DES PRIX	8
Chapitre 1. Les diverses pratiques de variabilité des prix	9
Section 1. Les pratiques classiques de variation des prix	10
Section 2. Les pratiques nouvelles de variabilité des prix	15
Chapitre 2. Les risques induits par l’absence d’encadrement juridique	21
Section 1. Les conséquences des pratiques de variabilité des prix sur le marché	22
Section 2. La pertinence d’un encadrement juridique spécifique à ces pratiques	28
PARTIE 2 : LES OUTILS DE L’ENCADREMENT JURIDIQUE DE LA VARIABILITE DES PRIX	36
Chapitre 1. Les outils liés à la protection des consommateurs	37
Section 1. L’obligation précontractuelle d’information	38
Section 2. La protection contre les pratiques commerciales déloyales	45
Chapitre 2. Moyens de protection subsidiaires de droit positif	54
Section 1. Le droit des données personnelles	55
Section 2. Les outils juridiques complémentaires permettant d’encadrer la variabilité des prix	66
CONCLUSION	79
BIBLIOGRAPHIE	80
INDEX	83
TABLE DES MATIÈRES	84

INTRODUCTION

1. « Avec l'ère de la culture discount, le prix occupe la première position parmi les critères de détermination du consommateur »¹. Le prix est un critère important pour les consommateurs lorsqu'ils choisissent un produit. Les prix très bas, selon une étude menée par Cetelem en 2003 dans 8 pays européens, incitent les consommateurs à acheter, ce qui montre que le prix est un critère important pour les consommateurs. De plus, la popularité grandissante des comparateurs de prix ne fait que renforcer cette idée.
2. Dans un premier temps, il est fondamental de préciser les notions de consommateur et de professionnel. Selon les directives européennes, dont les définitions sont reprises à l'article liminaire du Code de la consommation, un consommateur est toute personne physique n'agissant pas dans le cadre de son activité professionnelle. A contrario, un professionnel est toute personne physique ou morale agissant dans le cadre de son activité professionnelle, qu'elle soit industrielle, artisanale, commerciale, libérale ou agricole. Tout contrat impliquant ces deux catégories de personnes est dit être un contrat de consommation, pour lequel des règles particulières s'appliquent, se traduisant principalement par des obligations supplémentaires mises à la charge du professionnel.
3. Le prix est défini comme la « valeur d'échange, en monnaie, d'un bien, d'un service »². Le prix permet aux consommateurs d'estimer la qualité d'un bien et de ses composants, ou d'un service, mais également ses conditions de fabrication ou d'exécution. Il est de ce fait un critère fondamental pour les consommateurs. Selon l'ObSoCo, dans son "Observatoire du rapport au prix" mené en octobre 2014, le prix doit être représentatif de la difficulté qu'a représenté la production du produit ou l'exécution du service, mais il doit également assurer une rémunération juste aux salariés de l'entreprise le vendant. Aussi, le prix doit indirectement protéger l'environnement : un produit fabriqué exclusivement en France pourra être vendu à un prix plus cher parce qu'il contribue à la protection de l'environnement du fait de son court transport. Par contre, l'étude a démontré que les consommateurs n'associent pas toujours le prix à la qualité. Au vu de ces considérations, le prix « doit être lisible et interprétable pour les

¹ C2M, « La variabilité des prix », Journal spécial des sociétés, n°10, 6 février 2021, pages 1 à 5.

² Définition issue du dictionnaire Larousse.

consommateurs » selon N. Le Pape³. En voyant le prix affiché, les consommateurs doivent immédiatement comprendre ce qui le justifie, qu'il soit du à sa qualité ou à la réputation de l'enseigne proposant le produit ou le service auquel il est rattaché.

4. Les pratiques de variabilité des prix menacent cette lisibilité des prix, en ce qu'elles ne permettent plus aux consommateurs de vraiment comprendre le prix. Si l'on propose comme définition de la variabilité des prix le fait de les modifier suivant des critères, qu'ils soient objectifs ou subjectifs, de manière constante ou unique, on comprend que ceux-ci sèment un certain flou chez les consommateurs.

Si l'on ajoute l'intervention des algorithmes à l'équation, de manière à intégrer les données personnelles des consommateurs, ces prix sont encore moins lisibles et compréhensibles. Les algorithmes sont définis comme étant « *une suite d'étapes permettant d'obtenir un résultat à partir d'éléments fournis en entrée* », de manière à « *combiner les informations les plus diverses pour produire une grande variété de résultats* »⁴. Ce sont donc des opérations mathématiques croisant des données afin de résoudre un problème. Ce problème peut être un calcul de toute sorte, ou bien une issue qu'on ne peut prévoir sans l'aide d'un algorithme.

Quand il est question de variabilité des prix, les algorithmes permettent de les changer selon des critères prédéfinis, comme des données de marché, ou les données à caractère personnel des consommateurs. Celles-ci sont définies par l'article 4 du RGPD comme « *toute information se rapportant à une personne physique identifiée ou identifiable* »⁵. Il est précisé dans ce même article qu'est réputée être une personne identifiable toute « *personne physique qui peut être identifiée, directement ou indirectement, notamment par référence à un identifiant, tel qu'un nom, un numéro d'identification, des données de localisation, un identifiant en ligne, ou à un ou plusieurs éléments spécifiques propres à son identité physique, physiologique, génétique, psychique, économique, culturelle ou sociale* ». Ce sont alors toutes informations à caractère privé obtenues sur une personne physique. Ne sont pas considérées comme des données personnelles les données anonymisées en ce qu'elles ne permettent pas d'identifier la personne dont elles proviennent. L'opération menée par les algorithmes ne peut être réellement comprise par les consommateurs

³ N. LE PAPE, « Le prix est-il encore lisible ? », Colloque INC / DGCCRF, 12 juin 2015, page 1.

⁴ Définition issue de la CNIL, <https://www.cnil.fr/fr/definition/algorithme>.

⁵ Article 4, 1 du RGPD.

seulement si on la détaille pleinement, notamment au regard des données personnelles lorsqu'elles sont utilisées. A défaut, les consommateurs peuvent perdre confiance en les acteurs du marché intérieur.

La notion de confiance dans le marché intérieur doit être définie. D'abord, le marché intérieur est « *un espace sans frontières intérieures dans lequel s'appliquent les principes de libre circulation des personnes, des marchandises, des services et des capitaux* »⁶, calqué sur le territoire de l'Union Européenne. La confiance est traditionnellement définie comme étant le « *sentiment d'assurance, de sécurité qu'inspire au public la stabilité des affaires* »⁷. Au sein du marché intérieur, la confiance des consommateurs est acquise par le biais de la promotion de leurs intérêts, leur assurant « *un niveau élevé de protection* »⁸. Le marché intérieur couvrant de nombreux pays dans lesquels les dispositions de protection des consommateurs diffèrent grandement, il a fallu les harmoniser de manière à assurer une protection minimale et identique sur l'ensemble du territoire. Cette obtention d'un marché unique a été rendue possible par l'article 114 du TFUE. Cela permet aux consommateurs de profiter de toutes les opportunités qui leur sont offertes sur le marché intérieur, se sachant dument protégés⁹.

5. C'est par cette protection qu'on les pousse à contracter en dehors des frontières de leur pays d'origine ou de résidence : ils n'ont plus de craintes quant à leurs droits. Ils se savent protégés au moins autant que dans leur pays. Les règles sur la loi applicable en matière de litiges de consommation leur permettent également de disposer des règles de droit de leur pays¹⁰.
6. Cette unification des législations a permis le développement du commerce transfrontière, notamment avec l'avènement du commerce électronique. C'est avant tout par son biais que peuvent être mises en place les diverses techniques de variabilité des prix, surtout lorsqu'elles utilisent les données personnelles des consommateurs¹¹. Par conséquent, de nouveaux enjeux liés à la protection des consommateurs sont à encadrer par le droit. L'intérêt du sujet réside avant tout dans le fait que ces pratiques, encore trop obscures, ne font l'objet, en droit positif

⁶ « Qu'est-ce que le marché intérieur ? », vie-publique.fr.

⁷ Définition issue du dictionnaire Larousse.

⁸ Article 169, 1 du TFUE.

⁹ COMMISSION EUROPÉENNE, Groupe de travail sur l'application de l'Article 20(2) de la Directive 2006/123/EC, 2012, page 2.

¹⁰ Article 6 du Règlement n°593/2008 du 17 juin 2008 sur la loi applicable aux obligations contractuelles (Rome I).

¹¹ OCDE, « La personnalisation des prix à l'ère numérique », Note de l'Union Européenne, 28 novembre 2018, page 2.

aussi bien national qu'européen, que de très peu de réglementations. La loyauté de ces pratiques est sujette à discussion, ainsi que la nécessité de les encadrer.

7. De même, la légitimité et la justification des écarts de prix payés par les différents consommateurs sont questionnées. Comment expliquer qu'un consommateur devra payer plus cher qu'un autre pour le même bien ou service, alors qu'ils n'ont acheté le produit qu'à quelques temps d'écart ? Cela constitue-t-il une pratique discriminatoire, ou est-ce parfaitement justifié au regard de la théorie de la rencontre de l'offre et de la demande ? Adapter le prix selon la personne du consommateur constitue-t-il une discrimination ?
8. La problématique réside de ce fait dans l'efficacité du droit positif à encadrer ces pratiques de variabilité des prix. Permet-il aux consommateurs de comprendre les prix qui leur sont affichés, et de comprendre que le prix est variable ? Leur permet-il de s'opposer à ce que les prix soient personnalisés ?
9. Afin de répondre à ces interrogations, il est d'abord nécessaire de comprendre les diverses pratiques de variabilité des prix et la manière dont elles sont mises en oeuvre. Nous étudierons de ce fait les raisons d'un encadrement juridique de la variabilité des prix (partie 1). Après, doivent être appliqués les outils de l'encadrement juridique de la variabilité des prix (partie 2).

PARTIE 1 : LES RAISONS D'UN ENCADREMENT JURIDIQUE DE LA VARIABILITE DES PRIX

10. Sera en premier lieu fait un exposé des diverses pratiques de variabilité des prix (chapitre 1). Cela permettra de mieux les distinguer, mais également mieux comprendre les différents enjeux qui les entourent.

11. Ensuite, seront développés les risques induits par l'absence d'encadrement juridique (chapitre 2). De ce fait, sera étudiée la pertinence d'un encadrement juridique propre à ces pratiques.

Chapitre 1. Les diverses pratiques de variabilité des prix

12. Quatre pratiques de variabilité des prix sont à dénombrer. D'abord, la présentation sera faite des pratiques classiques de variation de prix (section 1). Ce sont les pratiques de réduction de prix, et de tarification dynamique.

13. Les pratiques de versioning, de tarification à étage et de discrimination tarifaire sont plus récentes, et semblent même parfois anecdotiques. Bien qu'elles aient été analysées en théorie, elles sont rarement rencontrées en pratique. Ce sont les pratiques nouvelles de variabilité des prix (section 2).

Section 1. Les pratiques classiques de variation des prix

14. Des pratiques sont présentes sur le marché intérieur depuis un certain temps déjà. La première de ces pratiques consiste en les réductions de prix, comprenant les soldes, les promotions et les liquidations (§1). La deuxième pratique classique est la tarification dynamique, ou yield management (§2), qui vise à adapter l'offre à la demande.

§1. Les réductions de prix : soldes, promotions et liquidations

15. La première des techniques est celle de réduction de prix, ou appelée soldes. Ce système de tarification permet aux consommateurs d'acquérir les biens ou service à prix barré, c'est à dire à un prix moindre par rapport au prix de vente usuel. Le professionnel peut lui écouler son stock de produits invendus¹².

16. L'article L. 310-3 du Code de commerce impose aux professionnels certaines conditions pour que leurs produits puissent être soldés. D'abord, seules peuvent être soldées les marchandises en stock, c'est à dire ayant déjà été vendues par le marchand dans le mois précédent le début de la période de réduction. Ensuite, elles ne peuvent survenir que lors de certaines périodes : elles ont lieu « *pour l'année civile, durant deux périodes d'une durée minimale de trois semaines et d'une durée maximale de six semaines chacune, dont les dates et les heures de début et de fin sont fixées par un arrêté du ministre chargé de l'économie* »¹³. Un article affichant une réduction en dehors de ces deux périodes ne pourrait être dit être « *soldé* »¹⁴. Toute publicité employant ce mot ou ses dérivés pour évoquer des prix barrés serait alors sanctionnable par les pratiques commerciales déloyales¹⁵.

17. Les promotions en dehors des périodes des soldes sont autorisées, mais ne doivent pas créer la confusion chez les consommateurs avec les soldes, et doivent être de courte durée. Elles peuvent concerner toute ou une partie de la clientèle, tandis que les soldes concernent tous les consommateurs¹⁶.

¹² REMOND (S.), « Les différentes techniques de variation des prix », INC, Fiche économique E10, 22 avril 2021.

¹³ Article L. 310-3, I du Code de commerce.

¹⁴ Article L. 310-3, II du Code de commerce.

¹⁵ Articles L. 121-1 et suivants du Code de la consommation.

¹⁶ REMOND (S.), « Les différentes techniques de variation des prix », INC, Fiche économique E10, 22 avril 2021.

18. Enfin, la dernière pratique de réduction de prix concerne les liquidations définies à l'article L. 310-1 du Code de commerce. Il s'agit de ventes tendant à l'écoulement de la totalité de la marchandise de manière accélérée par le biais d'une réduction de prix. Les liquidations doivent faire suite à une « *décision de cessation, de suspension saisonnière, de changement d'activité, ou de modification substantielle des conditions d'exploitation* ». Par conséquent, les consommateurs peuvent acquérir la marchandise à un prix bien moins élevé que le prix de vente normal, de manière à ce que le stock du professionnel disparaisse. Selon l'Institut de la mode, les réductions de prix, soldes et promotions, représentent aujourd'hui 50% du chiffre d'affaires annuel des entreprises¹⁷. Cela permet d'apprécier l'intérêt qu'elles suscitent auprès des consommateurs, mais également des professionnels. En effet, il y a un biais d'ancrage : le consommateur est plus enclin à contracter lorsqu'il y a une réduction de prix. Selon E. Combe, « *il n'est donc pas équivalent de proposer au client une réduction sur un prix de départ, connu de tous, et de lui proposer directement un prix, sans référentiel : un prix de 70 euros n'est pas perçu de la même manière qu'une réduction de 30% sur un prix de référence de 100 euros* »¹⁸.

§2. La tarification dynamique (ou yield management)

19. La tarification dynamique, ou « *yield management* » est définie par le considérant 45 de la directive Omnibus comme étant la modification souple et rapide des prix, de manière à refléter les demandes du marché. Elle concerne avant tout les produits qui, par nature, ne peuvent pas être stockés longtemps, qui sont périssables et dont la quantité est limitée¹⁹. Née avant l'arrivée du commerce en ligne, elle était initialement mise en place par les professionnels des transports et du secteur hôtelier, dans le but de maximiser le service vendu en atteignant la capacité maximale de réservation. Cela signifie que le prix proposé à chaque client dépend essentiellement, si ce n'est pas totalement, du niveau de réservation, mais également des circonstances du marché²⁰. Le droit français de la concurrence se fonde sur la théorie de la

¹⁷ Etude menée par l'Institut Français de la Mode, 2017.

¹⁸ COMBE (E.) « Vers des prix personnalisés à l'heure du numérique ? », Fondapol, Fondation pour l'innovation politique, 2019, page 32.

¹⁹ CNC, Groupe de travail « Pratiques de gestion in fine des tarifs ou yield management et information du consommateur », 27 janvier 2020.

²⁰ Ibid.

rencontre de l'offre et de la demande, et justifie alors que les professionnels adaptent leurs prix à la demande²¹.

20. Les objectifs de cette pratique de variation des prix sont nombreux²². Elle permet d'optimiser le taux de remplissage lorsqu'il est question de prestations de services, et donc de ne pas perdre ce qui n'a pas été vendu. En plus d'éviter de perdre ce qui n'a pas été vendu, on vient augmenter le revenu en augmentant les prix des services et produits dont la demande est forte. De même, cette pratique permet d'éviter la saturation des offres les plus demandées en dirigeant les consommateurs vers des offres dont la demande est plus faible. Par conséquent, il est certain que les professionnels tirent fortement profit de cette pratique. En augmentant le prix des billets pour que l'avion soit plein le jour du décollage, les professionnels obtiennent la recette la plus élevée possible²³. Les consommateurs quant à eux, s'ils sont flexibles, peuvent se diriger vers les offres pour lesquelles la demande est moindre.

21. Le prix des voyages durant les périodes de vacances scolaires ou de fêtes est toujours bien plus élevé qu'en dehors de ces périodes. Ont en effet été créées les notions de saison haute, et saison basse, mais aussi d'heure de pointe et d'heure creuse, qui permettent d'évaluer la demande qu'il y aura pour un certain service, et d'ajuster les prix. Plus un trajet est demandé, plus le prix augmentera. Au contraire, pour les trajets faisant l'objet de peu de demandes, beaucoup de professionnels considèrent qu'il est mieux de faire payer très peu cher le billet, plutôt que d'avoir un siège vide. L'Institut National de la Consommation précise que l'objectif est ici d'optimiser les recettes : l'exécution des services a un coût fixe pour le professionnel, qui correspond à tous les frais engagés pour mener à bien l'exécution. Les recettes doivent lui permettre de couvrir ce coût, et d'obtenir des bénéfices. En augmentant les prix lors des heures de point ou des saisons hautes, les professionnels poussent les consommateurs à se rabattre sur d'autres horaires ou dates, de manière à rentabiliser l'exécution du service²⁴.

²¹ Article L. 410-2 du Code de commerce : « *Les prix des biens, produits et services [...] sont librement déterminés par le jeu de la concurrence* ».

²² CNC, Groupe de travail « Pratiques de gestion in fine des tarifs ou yield management et information du consommateur », 27 janvier 2020.

²³ COMBE (E.) « Vers des prix personnalisés à l'heure du numérique ? », Fondapol, Fondation pour l'innovation politique, 2019, page 18.

²⁴ CNC, Groupe de travail « Pratiques de gestion in fine des tarifs ou yield management et information du consommateur », 27 janvier 2020.

22. La pratique s'est étendue aux services de véhicules de transport avec chauffeur (VTC). Uber, par exemple, fait varier les prix selon la localisation du client, mais également selon le nombre de chauffeurs disponibles, de l'heure, de la localisation, et de la demande. Il a même été révélé qu'Uber prenait le pourcentage de batterie des utilisateurs en compte : plus il était bas, plus les prix augmentaient, car le client doit prendre une décision rapidement. A New York, après un concert, une hausse des prix de 400% a même été relevée en 2015, du fait de la hausse de la demande²⁵. Une même augmentation des prix de 400% a été relevée lors de la grève des transports en commun ayant touché Londres en 2017²⁶.
23. Deux types de tarifications dynamiques doivent être distinguées. Elles peuvent être d'une part ascendantes, ce qui signifie que le prix ne pourra que grimper : il sera de plus en plus élevé à l'approche de la date prévue d'exécution du service, et sera défini en fonction du stock restant²⁷. Il a pour but d'inciter les consommateurs à contracter le plus tôt possible car ils ne pourront pas obtenir un prix plus bas que celui affiché, étant donné qu'il ne pourra qu'augmenter²⁸. Le prix n'est alors ici pas dynamique en ce que le vendeur ne pourra qu'augmenter le prix, selon le schéma qu'il désire qu'il souhaite. Par cette pratique, comme les consommateurs vont contracter le plus tôt possible pour obtenir un meilleur prix, le professionnel s'assure de rentabiliser la mise en place de la prestation de service, et donc que les pertes seront minimisées. D'autre part, il peut être dynamique, ce qui signifie qu'il s'adapte en temps réel à l'offre et la demande sur le marché pertinent. Il est aligné sur les prix pratiqués par les concurrents, mais dépend aussi des circonstances géopolitiques, de la demande, de la date, et de nombreux autres critères. Cet aspect de la tarification dynamique demande aux consommateurs d'être attentifs s'ils veulent trouver un prix bas, de surveiller de manière quotidienne l'évolution des prix, tel un cours de bourse.
24. Dans les deux cas, il sera rare que deux clients aient payé exactement le même prix. Il y aura autant de prix différents que de clients. En revanche, deux personnes réservant le même service en même temps paieront le même prix. Le prix fluctue souvent rapidement, mais il reste le même pour tous tant qu'il ne change pas.

²⁵ COMBE (E.) « Vers des prix personnalisés à l'heure du numérique ? », Fondapol, Fondation pour l'innovation politique, 2019, page 19.

²⁶ Ibid., page 21.

²⁷ CNC, Groupe de travail « Pratiques de gestion in fine des tarifs ou yield management et information du consommateur », 27 janvier 2020.

²⁸ Ibid.

25. De même, les critères de variation de prix sont similaires pour ces deux pratiques²⁹. Pour les prestations de services, le premier critère est le moment de la réservation : plus on anticipe, moins le prix est élevé. Ensuite, le niveau de remplissage et la proximité de la date d'exécution du service sont des éléments importants. Le critère de la demande est le principal critère pour la vente de produits, et reste fondamental pour les prestations de service. Plus l'objet du contrat est demandé, plus le professionnel peut se permettre d'augmenter les prix.
26. Le yield management soulève deux problématiques majeures. La première est que si l'on venait à demander aux différents clients de révéler le prix payé, certains pourraient se sentir discriminés, ayant payé plus cher³⁰. Ensuite, certains auteurs estiment que cette pratique est assimilable à un cours de bourse, car il est impossible de prédire quel sera le prix à un moment donné, ni même quel est le meilleur prix que l'on puisse trouver pour un service futur³¹. Cette pratique a également été très largement critiquée lorsqu'en 2014, Uber a augmenté les prix de ses courses à Sydney à proximité du lieu où avait lieu une prise d'otages ; ainsi que lors de l'attentat du pont de Westminster à Londres en 2017. Ici, il est question du caractère moral de la pratique, l'entreprise ayant profité de l'état de détresse et de nécessité des consommateurs pour augmenter ses prix, ce qui a été décrié. La résonance internationale de cette affaire a mené les autorités américaines à négocier avec l'entreprise pour qu'elle accepte de limiter l'augmentation des prix lors de catastrophes et états d'urgence. Cela a démontré que le yield management, en plus de s'appuyer sur les circonstances propres au marché, peut s'appuyer sur un état de vulnérabilité collective des consommateurs.
27. La mise en oeuvre de la tarification dynamique est très avantageuse pour les professionnels, en ce qu'elle leur permet d'augmenter les prix lorsque la demande pour leurs produits ou services est forte, mais aussi de baisser les prix lorsque la demande est faible, et d'attirer de nouveaux clients³². Désormais, cette pratique s'applique pour de nombreux produits ou services. Par exemple, en octobre 2020, une influenceuse a partagé sur les réseaux sociaux un produit de beauté affiché à 50€. Quelques jours plus tard, sa publication a été partagée des milliers de fois, et les ventes du produit ont augmenté de manière significative. Le prix a été augmenté de 10€ à

²⁹ Ibid.

³⁰ HAUCAP (J.) « When Customers Are—and Aren't—OK with Personalized Prices », Harvard Bus. Rev., 31 mai 2018.

³¹ C2M, « La variabilité des prix », Journal spécial des sociétés, n°10, 6 février 2021, pages 1 à 5.

³² SHPANYA (A.), « Why dynamic pricing is a must for ecommerce retailers », <https://econsultancy.com>, 16 août 2014.

la suite d'une forte demande³³. Cet exemple permet de donner un cas concret du yield management mis en place en dehors des prestations de services. Le commerce électronique rend cette démarche bien plus aisée, ce qui pousse à se demander si elle pourrait prendre place de manière plus fréquente, et pour un plus grand nombre de produits.

28. Cette tarification dynamique prend déjà place dans les magasins physiques pour les denrées alimentaires périssables : il est commun qu'à l'approche de leur date de péremption, leur prix soit diminué. Un élargissement de la pratique à tout type de biens est envisageable, surtout avec le développement des étiquetages électroniques et de la connectivité via smartphone. Bien que ce ne soit qu'au stade hypothétique, il est important de se demander dès maintenant quel sera l'avenir de cette pratique, surtout depuis qu'il existe des magasins connectés dont l'affichage des prix peut être modifié d'un instant à l'autre. L'utilisation des algorithmes pourrait également permettre aux marchands de modifier ces prix affichés par voie électronique de manière instantanée. Par exemple, les distributeurs anglais Tesco ou Marks & Spencer pratiquent la tarification dynamique dans certains de leurs magasins : les prix varient selon la demande et le niveau des stocks³⁴. Bien que ce ne soit qu'anecdotique, il semble qu'il y ait un fort potentiel de développement de cette pratique.

Section 2. Les pratiques nouvelles de variabilité des prix

29. Du fait de l'ère numérique et des nouvelles technologies, les entreprises ont pu adopter de nouvelles stratégies tarifaires leur permettant d'augmenter leurs bénéfices, notamment dans le cadre du commerce en ligne.

30. Elles permettent d'une part de proposer différentes versions d'un même produit, ou différentes options à ajouter au prix de base, ce qui donne aux consommateurs la possibilité de choisir de manière plus précise le produit ou service acheté. Ce sont respectivement le versioning et la tarification à étage (§1). De même, les algorithmes permettent aux professionnels de pratiquer la personnalisation des prix par catégories de consommateurs (§2).

³³ RICARD (C.), « Cheveux : cette brosse chauffante fait le buzz sur les réseaux sociaux (et elle coûte moins de 50€) », voici.fr, 13 octobre 2020.

³⁴ COMBE (E.) « Vers des prix personnalisés à l'heure du numérique ? », Fondapol, Fondation pour l'innovation politique, 2019, page 21.

§1. Le versioning et la tarification à étage

31. Le versioning est le fait de proposer des prix différents selon les versions d'un même produit. Le prestataire ou vendeur propose un produit qui se décline en plusieurs versions, souvent d'une qualité différente, et à prix différent. On ne change pas l'essence du produit, ni ses qualités essentielles, il garde la même utilité. Seulement, les produits ont plus ou moins d'options supplémentaires lorsque le prix augmente, et la qualité de leurs composants peut également différer. Les meilleurs exemples seraient les livres à format différent : les livres de poche sont souvent moins chers que les livres de format classique, car l'esthétique et la taille de la police diffèrent grandement. Pour les services, on peut citer les différentes classes de voyage : la classe économique ne permet pas d'accéder aux mêmes services que la classe business.
32. La différence principale avec la personnalisation des prix est que le versioning n'impose pas une version différente du produit ou service à chacune des catégories de consommateurs. Toutes les versions sont mises à la vente, et c'est à chaque consommateur de se diriger vers la version du produit qui lui convient le mieux, la plus adaptée à leur disposition à payer. Les consommateurs sont totalement libres de choisir le produit ou service selon ses caractéristiques.
33. Le versioning ne doit pas être confondu avec la tarification à étages, qui est le fait pour un consommateur de rajouter des options au produit de base, ce qui en augmente le prix. L'avantage est que le produit ou service est construit sur mesure : les consommateurs n'ajoutent à la prestation ou au produit de base que ce dont ils ont besoin ou envie. Ils sont de ce fait certains que ce pour quoi ils contractent reflète exactement leurs besoins. L'exemple classique en terme de biens serait l'achat d'un véhicule : plus on rajoute d'options, plus le prix augmente. Pour les services, prenons l'exemple des transports aériens : on peut rajouter un service coupe-file, un service de taxi à l'arrivée, etc. Ils sont optionnels, c'est aux consommateurs de les ajouter à la prestation initiale, ils ne leur sont jamais imposés. La difficulté réside dans le fait qu'en pratique, le prix de base correspond au service ou produit dans sa version la plus minimale possible. Les consommateurs sont obligés d'ajouter des options s'ils désirent obtenir un certain confort, ou pouvoir utiliser de manière plus optimale leur bien. De même, pour certains services, la faculté d'annulation gratuite n'est disponible que sur option : sans cette option, des frais seront retenus pour toute annulation. C'est notamment le cas des services de transports aérien. Depuis quelques années, pour certains compagnies aériennes, le prix de base

n'inclut plus aucun bagage autre qu'un petit sac à main. La réservation d'un siège particulier est payante, ce qui signifie que des personnes voyageant ensemble mais n'ayant pas réservé leurs billets ensemble ne peuvent s'asseoir côte à côte que si elles paient une option.

34. Cette pratique de variation des prix est intéressante pour les professionnels en ce qu'elle leur permet de proposer un prix d'appel très attractif³⁵, et donc de capter une plus large clientèle. Les prix d'appels sont définis comme étant des prix très bas, pour lequel la marge de bénéfice est réduite, dans le but d'attirer des consommateurs pour ensuite les diriger vers d'autres produits. Pour le versioning, c'est ici le cas : le professionnel va attirer un client en affichant un prix très bas, pour ensuite l'orienter vers un produit d'une qualité supérieure. Si l'on reprend l'exemple des billets d'avion, le prix d'appel serait le prix du billet d'avion, sans aucun bagage, sans assurance, et en classe économique. Durant le processus d'achat, on orienterait le consommateur de manière à ce qu'il choisisse son siège, qu'il ajoute des bagages, qu'il prenne le service coupe-file ou encore qu'il contracte pour des services accessoires tels qu'une assurance annulation, ou la classe business.
35. Cette pratique de prix d'appel est autorisée dès lors qu'elle ne caractérise pas une revente à perte telle que sanctionnée par l'article L. 442-2 du Code de commerce, à savoir le fait d'afficher un prix de vente inférieur au coût de production du produit, ou d'exécution de la prestation de service. De même, elle est autorisée si elle ne constitue pas une pratique commerciale trompeuse.

§2. La personnalisation des prix par catégories de consommateurs

36. Les prix personnalisés, ou discriminations tarifaires, sont définis comme étant la capacité pour un professionnel de proposer un produit à des prix différents selon les caractéristiques individuelles de chacun des consommateurs, en évaluant le prix maximal que chacun est prêt à payer pour le produit en question³⁶.

³⁵ REMOND (S.), « Les différentes techniques de variation des prix », INC, Fiche économique E10, 22 avril 2021.

³⁶ OCDE, Comité de la concurrence, « Synthèse de la table ronde sur la personnalisation des prix à l'ère numérique : Annexe au compte rendu succinct de la 130e réunion du Comité de la concurrence tenue les 27 et 28 novembre 2018 », page 2.

37. La différence de prix ne saurait être justifiée ici par des différences dans le produit³⁷ : les consommateurs achètent exactement le même produit, le coût de production est identique³⁸. Cette technique de variation des prix consiste à proposer un prix différent pour un même bien ou service selon les caractéristiques d'une partie de la clientèle. Par exemple, cela correspond à un prix avantageux pour les étudiants, pour les chômeurs, les personnes âgées, les familles nombreuses, etc. Elle prend aussi la forme de la personnalisation par prime, on vient récompenser les clients abonnés par des prix avantageux ou des services gratuits³⁹.
38. Deux types⁴⁰ de personnalisation des prix sont à distinguer⁴¹. D'abord, il y a la discrimination du troisième degré, consistant à regrouper les consommateurs par grandes catégories. Ensuite, il y a la discrimination parfaite, qui vise à afficher autant de prix différents qu'il y a de consommateurs. Cela signifie que le prix est personnalisé pour chacun d'entre eux.
39. Pour que la personnalisation des prix puisse être mise en place, elle suppose la collecte et le traitement d'informations personnelles sur les consommateurs, de manière à évaluer leurs capacités financières, et par conséquent leur propension à payer⁴². Selon l'étude menée pour la Commission Européenne⁴³, il existe plusieurs moyens pour les entreprises de collecter les données des utilisateurs dans le but de personnaliser les prix. D'abord, elles peuvent être fournies volontairement par les utilisateurs lorsqu'ils créent des comptes en ligne, ou lorsqu'ils acceptent la collecte de leurs données par les sites qu'ils consultent. Elles peuvent ensuite être collectées par l'utilisation de cookies, ou les empreintes digitales laissées par les utilisateurs⁴⁴. Enfin, les données personnelles peuvent être rachetées à des entreprises spécialisées ayant collecté les données personnelles au préalable. Une fois ces données personnelles collectées,

³⁷ DE STREEL (J.) ; JACQUES (F.), « Personalised pricing and EU law », Rapport pour la 30^{ème} Conférence Régionale Européenne de l'ITS, juin 2019, page 1.

³⁸ COMBE (E.) « Vers des prix personnalisés à l'heure du numérique ? », Fondapol, Fondation pour l'innovation politique, 2019, page 13.

³⁹ CNC, Groupe de travail « Pratiques de gestion in fine des tarifs ou yield management et information du consommateur », 27 janvier 2020.

⁴⁰ Ne sera pas abordée la discrimination de second degré, concernant les ventes liées.

⁴¹ COMBE (E.) « Vers des prix personnalisés à l'heure du numérique ? », Fondapol, Fondation pour l'innovation politique, 2019, page 13.

⁴² C2M, « La variabilité des prix », Journal spécial des sociétés, n°10, 6 février 2021, pages 1 à 5.

⁴³ COMMISSION EUROPÉENNE, « Étude de marché consommateurs sur la segmentation du marché en ligne à travers la tarification/les offres personnalisée(s) dans l'UE », Ipsos, London Economics and Deloitte, Juin 2018.

⁴⁴ Par exemple, un simple « like » laissé sur un réseau sociaux permet au responsable du traitement des données personnelles de comprendre quels sont les sujets d'intérêt principaux d'un utilisateur.

elles sont croisées de manière à dresser un profil le plus adéquat possible. Selon l'OCDE⁴⁵, les critères seront les caractéristiques de chaque consommateur - comme son âge - mais aussi ses comportements personnels. La discrimination peut par exemple être spatiale, les prix sont différents selon le pays ou la région à partir de laquelle le consommateur contracte, sans que celui soit dû aux coûts de production ni de transport⁴⁶. Cela implique que les données personnelles collectées auront trait à évaluer leur activité de navigation sur internet, leurs habitudes d'achat, en plus des caractéristiques propres telles que l'âge. Par cette segmentation, les entreprises parviennent à déterminer la « *valeur estimative de leur consentement à payer* »⁴⁷.

40. Par cette estimation du prix maximal que le consommateur est prêt à payer pour un produit ou service donné, le professionnel cherche à capter le « *surplus* » du consommateur, c'est à dire « *la différence entre le prix qu'un individu est prêt à payer pour un bien ou un service, appelé prix de réserve, et le prix qu'il a vraiment payé* »⁴⁸. Le professionnel affiche le prix maximal que le consommateur, selon le profil qui a été établi de lui, serait prêt à payer pour le produit, de manière à optimiser ses recettes. Une balance des prix se créerait : en baissant le prix pour les consommateurs n'ayant que très peu de pouvoir d'achat, mais en l'augmentant le plus possible pour les autres, les professionnels peuvent réaliser des bénéfices importants.

41. Le risque pour les entreprises mettant en oeuvre cette pratique tient principalement au fait qu'un consommateur pour lequel le prix affiché est bien plus haut que chez les concurrents pourrait refuser d'acheter le produit. En appliquant des prix trop élevés, les consommateurs peuvent se tourner vers les concurrents⁴⁹. Les professionnels doivent alors fixer des prix se situant dans le surplus qu'ils peuvent capter chez leurs clients, sans jamais qu'il soit égal à leur disposition maximale à payer⁵⁰. Le prix payé ne pourrait être égal à la disposition maximale à payer des consommateurs seulement si on se trouve dans un marché sur lequel la concurrence est faible voire inexistante, et donc où le consommateur n'aurait pas d'autre choix que d'acheter le produit en question.

⁴⁵ OCDE, Comité de la concurrence, « Synthèse de la table ronde sur la personnalisation des prix à l'ère numérique : Annexe au compte rendu succinct de la 130e réunion du Comité de la concurrence tenue les 27 et 28 novembre 2018 », page 4.

⁴⁶ COMBE (E.) « Vers des prix personnalisés à l'heure du numérique ? », Fondapol, Fondation pour l'innovation politique, 2019, page 13.

⁴⁷ OCDE, Comité de la concurrence, « Synthèse de la table ronde sur la personnalisation des prix à l'ère numérique : Annexe au compte rendu succinct de la 130e réunion du Comité de la concurrence tenue les 27 et 28 novembre 2018 », page 2.

⁴⁸ C2M, « La variabilité des prix », Journal spécial des sociétés, n°10, 6 février 2021, pages 1 à 5.

⁴⁹ Ibid.

⁵⁰ Ibid., page 27.

42. Aussi, il est peu probable que l'on puisse mettre en oeuvre cette pratique dans les magasins physiques. Les prix devant être affichés pour tous les consommateurs⁵¹, incluant tous les frais annexes, on ne pourrait changer celui-ci pour chacun des consommateurs. Les prix ne peuvent être personnalisés que dans le cas où le client négocierait avec le vendeur, ou par le biais de promotions récompensant la fidélité des clients⁵². Changer le prix pour chacun des clients ne pourrait de ce fait ne prendre place que sur les marchés numériques. Mais, ici encore, un professionnel modifiant grandement les prix en ligne sans que ceci se reflète en magasin physique pourrait être dissuasif pour les consommateurs, qui s'orienteraient vers les magasins et délaisseraient le commerce électronique.
43. Selon l'Union Européenne, dans son rapport à l'OCDE, la différence avec la tarification dynamique réside en premier lieu dans les critères de variabilité des prix, qui sont le marché ou la personne du consommateur, mais également les agissements de celui-ci. En effet, il y est expliqué qu'un consommateur ayant réservé au plus tôt son billet a réduit sa flexibilité, et s'est contentée de prendre le moins cher qu'on lui proposait, dans la peur que les prix ne soient plus aussi bas dans le futur. C'est ici la logique de tarification ascendante des prix qui est appliquée. En revanche, un consommateur ayant fait preuve de flexibilité, et pouvant se permettre de payer plus cher pour un même service, peut réserver au dernier moment⁵³.
44. En conclusion, ces pratiques, nouvelles mais aussi plus anciennes, permettent aux professionnels de modifier les prix selon des critères qu'ils définissent. Alors que la tarification dynamique est fondée sur des critères de marché purement objectifs, les réductions de prix découlent de la volonté du professionnel et de son étude du marché, tandis que la personnalisation des prix se fonde sur des critères strictement subjectifs, dépendant de la personne du destinataire du produit ou service. Seule la pratique de versioning est totalement fondée sur la volonté des consommateurs. Ces nouveaux enjeux semblent essentiels, en ce que les pratiques pourraient avoir des impacts positifs, mais également négatifs sur le marché.

⁵¹ Article L. 112-1 du Code de commerce.

⁵² COMBE (E.) « Vers des prix personnalisés à l'heure du numérique ? », Fondapol, Fondation pour l'innovation politique, 2019, page 15.

⁵³ OCDE, « La personnalisation des prix à l'ère numérique », Note de l'Union Européenne, 28 novembre 2018, page 2.

Chapitre 2. Les risques induits par l'absence d'encadrement juridique

45. Les réductions de prix font l'objet d'un encadrement juridique spécifique aux articles L. 310-1 et suivants du Code de commerce. En revanche, le yield management, ne fait l'objet d'aucune réglementation spécifique. Il en va de même pour les pratiques de personnalisation des prix, de versioning et de tarification à étage, qui ne sont pas mentionnées dans notre droit positif, aussi bien français qu'européen.

46. Alors, afin de déterminer si un encadrement juridique spécifique est nécessaire à la régulation de ces pratiques de variabilité des prix, il faut d'abord étudier les conséquences des pratiques de variabilité des prix sur le marché (section 1). Ensuite, sera développée la pertinence d'un encadrement juridique spécifique à ces pratiques (section 2).

Section 1. Les conséquences des pratiques de variabilité des prix sur le marché

47. Les consommateurs sont des acteurs essentiels du marché, en ce que ce sont eux qui vont pousser les professionnels à innover, ils stimulent la concurrence⁵⁴. De ce fait, une pratique leur causant des désavantages pourrait avoir un effet néfaste, en ce qu'ils s'éloigneraient du professionnel en question. A l'inverse, une pratique leur procurant des avantages permet d'attirer les consommateurs.
48. Comme il a été souligné dans l'étude menée par l'organisation Which?⁵⁵, les consommateurs reconnaissent avoir obtenu de nombreux avantages grâce au commerce électronique, comme la baisse des prix, et les nombreux choix qui s'offrent à eux. Cela a pour conséquence qu'ils acceptent que leurs données personnelles soient collectées en contrepartie de ces avantages. Toutefois, les consommateurs reconnaissent également qu'il existe des inconvénients au commerce électronique, notamment au regard du traitement de leurs données personnelles, en ce qu'ils ne pensent avoir aucun contrôle sur celui-ci, et ses conséquences sur leurs achats.
49. Ceci est d'autant plus vrai lorsque l'on parle de techniques de variabilité des prix, en ce que les consommateurs ne pensent pas détenir toutes les informations nécessaires pour agir en connaissance de cause. Mais, la doctrine considère que les avantages et inconvénients de ces pratiques diffèrent grandement selon les caractéristiques de chaque marché⁵⁶. Par conséquent, il importe de préciser les avantages de la variabilité des prix (§1) pour le marché, puis de se pencher sur ses inconvénients (§2).

§1. Les avantages de la variabilité des prix

50. Les consommateurs bénéficient d'un grand nombre d'avantages du fait de ces pratiques, et surtout de la personnalisation des prix⁵⁷. D'abord, elle permettrait aux consommateurs de payer un prix adapté à leurs capacités financières. Cela est surtout vrai pour les consommateurs disposant de moyens financiers maigres, qui pourraient, par la personnalisation des prix,

⁵⁴ WHICH?, « Control, Alt or Delete? The future of consumer data », juin 2018.

⁵⁵ Ibid., page 7.

⁵⁶ DE STREEL (J.) ; JACQUES (F.), « Personalised pricing and EU law », Rapport pour la 30^{ème} Conférence Régionale Européenne de l'ITS, juin 2019, page 22.

⁵⁷ OCDE, « La personnalisation des prix à l'ère numérique », Note du Royaume-Uni, 28 novembre 2018, page 6.

accéder à des produits qu'ils ne pourraient acquérir lorsqu'ils affichent un prix unique⁵⁸. Une redistribution des richesses entre consommateurs se ferait au bénéfice des consommateurs ayant un faible pouvoir d'achat⁵⁹. Selon l'étude menée par Ipsos, « *le principal avantage perçu par les consommateurs était que (la personnalisation des prix) permet aux sites marchands d'offrir des réductions/promotions (22%)* »⁶⁰. Les consommateurs pourraient même bénéficier de prix réduits pour les inciter à changer leur mode de consommation personnel. Ce serait l'exemple de prix bas pour les consommateurs utilisant leur propre tasse dans les cafés⁶¹. Alors, on peut aiguiller les consommateurs vers des produits dont la consommation est plus responsable, ce qui serait alors bénéfique à l'environnement. Il reste que cela est soumis à un certain profit pour les entreprises, qui n'appliqueraient ses réductions que si elles en tirent un bénéfice. Enfin, la méthode du captage du surplus permet aux entreprises de réaliser des profits importants, permettant de rentabiliser les moyens déployés pour obtenir un profilage représentatif des consommateurs.

51. Pour ce qui est des avantages que l'on peut tirer de la tarification dynamique, l'INC⁶² précise qu'elle permet avant tout aux professionnels d'optimiser leurs profits, comme précisé précédemment. Mais, cet institut précise également qu'elle permet aux consommateurs de bénéficier de prix très bas dès lors qu'ils peuvent voyager en basse saison, ou en heure creuse. De même, de manière plus générale, les consommateurs peuvent obtenir de meilleurs prix dès lors que le produit fait face à une faible demande, ou à une grande offre.

52. Enfin, la tarification dynamique a pour conséquence de stimuler la concurrence, tout comme le fait la personnalisation des prix. Ces deux pratiques poussent les différents vendeurs et prestataires à analyser le marché pertinent, pour aligner leurs prix sur ceux des concurrents, et innover au possible afin d'attirer les clients. L'effet concurrentiel ne peut ici être ignoré.

⁵⁸ OFCOM, « Personalised pricing for communications : Making data work for consumers », 4 août 2020.

⁵⁹ OCDE, « La personnalisation des prix à l'ère numérique », Note du Royaume-Uni, 28 novembre 2018, page 6.

⁶⁰ COMMISSION EUROPÉENNE, « Étude de marché consommateurs sur la segmentation du marché en ligne à travers la tarification/les offres personnalisée(s) dans l'UE », Ipsos, London Economics and Deloitte, juin 2018, page 5.

⁶¹ OCDE, « La personnalisation des prix à l'ère numérique », Note du Royaume-Uni, 28 novembre 2018, page 6.

⁶² REMOND (S.), « Le yield management : qu'est-ce que c'est ? », INC, Fiche économique E09, 17 février 2020.

53. Par la pratique du yield management, les consommateurs accèdent à un plus grand choix d'offres, et à de meilleurs tarifs⁶³. Plus il y a d'offres, plus le marché est concurrentiel. De plus, un grand nombre d'offres permet aux consommateurs de réellement choisir celle qui est la plus adaptée à leur besoin, car plus il y a d'offres, plus il y a de chances qu'ils trouvent un produit ou une prestation de service s'approchant au mieux de ce qu'ils désirent. De ce fait, les consommateurs ne se contentent pas de contracter par défaut.
54. Pour ce qui est de la personnalisation des prix, les entreprises peuvent développer des stratégies de captation de la clientèle des concurrents. Ce serait le fait de favoriser un certain groupe de consommateurs en leur proposant des prix bas, tandis que le concurrent propose pour ce même groupe des prix plus élevés. En analysant les prix proposés par les concurrents, chaque professionnel pourrait se concentrer sur un groupe de consommateurs en particulier⁶⁴. Ce schéma opératoire mènerait à une sectorisation des clients, chaque entreprise ciblant un certain types de clients, mais elle correspond aux différents niveaux de qualité des produits, et aux différents groupes de clients.
55. En essayant de capter la clientèle des concurrents, les vendeurs peuvent être amenés à baisser le prix moyen qu'ils pratiquent pour ces clients, et donc mener à une baisse moyenne des prix sur le marché en question⁶⁵. De ce fait, il y aurait une hausse du pouvoir d'achat des consommateurs, qui pourraient accéder aux marchés plus facilement. Aussi, cela vient stimuler la concurrence en ce que le professionnel ayant perdu une partie de sa clientèle va devoir innover s'il veut la récupérer⁶⁶.
56. Enfin, pour ce qui est des réductions de prix, elles permettent aux professionnels d'écouler les stocks. Par conséquent, au lieu de jeter les produits, ils peuvent les vendre à petit prix, ce qui reste un avantage considérable. Pour les consommateurs aux moyens financiers les plus bas, les réductions de prix ont pour avantage qu'ils peuvent accéder à des offres auxquelles ils n'ont pas accès lorsque le prix n'est pas réduit. De plus, de manière globale, ils augmentent la concurrence : l'abondance d'offres les pousse à diminuer leurs prix⁶⁷.

⁶³ CNC, Groupe de travail « Pratiques de gestion in fine des tarifs ou yield management et information du consommateur », 27 janvier 2020.

⁶⁴ OCDE, « La personnalisation des prix à l'ère numérique », Note du Portugal, 28 novembre 2018, page 7.

⁶⁵ OFCOM, « Personalised pricing for communications : Making data work for consumers », 4 août 2020.

⁶⁶ OCDE, « La personnalisation des prix à l'ère numérique », Note des États-Unis, 28 novembre 2018, page 5.

⁶⁷ OBSOCO, « Observatoire du rapport au prix », octobre 2014.

§2. Les inconvénients de la variabilité des prix

57. Les pratiques de variabilité des prix peuvent avoir de nombreux effets néfastes sur les consommateurs et la concurrence.
58. Dans un premier temps, l'Union Européenne a exprimé ses inquiétudes quant à une possible entrave à l'accès au marché pour les consommateurs les plus pauvres, ce qui va à l'encontre de l'hypothèse émise par le Royaume-Uni. Pour l'Union Européenne, la tendance inverse pourrait se manifester, notamment au regard du risque de défaut de paiement qui est associé aux consommateurs les plus pauvres⁶⁸. Par exemple, un professionnel pourrait augmenter le prix pour les consommateurs les plus susceptibles de ne pas rembourser le prêt qui leur a été accordé⁶⁹. On comprend ici que, si les prix personnalisés pourraient ouvrir le marché aux consommateurs à faible pouvoir d'achat, ils pourraient également les exclure de certains marchés où les risques sont élevés pour les vendeurs ou prestataires de services. Ce risque justifierait une augmentation des prix permettant de ne toucher qu'une clientèle aux revenus suffisants.
59. La personnalisation des prix aurait pour conséquence de creuser l'écart entre les consommateurs les plus pauvres et les plus riches dans ces cas. Alors, seuls les plus riches profiteraient de cette pratique⁷⁰. Il y a également un risque que les professionnels jouent des vulnérabilités des consommateurs, visant à leur faire payer un prix plus élevé lorsqu'ils sont dans un état de nécessité ou de dépendance face au produit ou service en question⁷¹. Les consommateurs, ne pouvant se passer de la prestation proposée par le contrat, se verraient forcés d'acquiescer le produit ou service quand bien même il serait bien trop cher pour eux.
60. Pour ce qui est de la tarification dynamique, celle-ci peut avoir pour inconvénient que le prix des produits ou prestations de service augmente de manière exponentielle dès lors que la demande est forte. Cela limiterait l'accès au marché pour beaucoup de consommateurs.

⁶⁸ OCDE, « La personnalisation des prix à l'ère numérique », Note de l'Union Européenne, 28 novembre 2018, page 6.

⁶⁹ COMMISSION EUROPÉENNE, « Étude de marché consommateurs sur la segmentation du marché en ligne à travers la tarification/les offres personnalisée(s) dans l'UE », Ipsos, London Economics and Deloitte, juin 2018, page 3.

⁷⁰ OCDE, « La personnalisation des prix à l'ère numérique », Note du Royaume-Uni, 28 novembre 2018, page 7.

⁷¹ OFCOM, « Personalised pricing for communications : Making data work for consumers », 4 août 2020.

61. Ensuite, la personnalisation des prix peut avoir pour conséquence de limiter le pouvoir d'achat des consommateurs par rapport à certains produits. En captant le surplus des consommateurs pour un produit, donc en leur faisant payer le prix maximum qu'ils puissent et veulent payer, on diminue leur pouvoir d'achat par rapport aux autres produits. Comme les consommateurs vont payer un certain produit beaucoup plus cher que s'il était vendu à un prix unique, ils ne pourront acquérir les autres produits dont le prix est maximisé⁷². On voit aussi le double tranchant de la personnalisation des prix : certains produits seront acquis à prix bas, mais d'autres seront tellement chers que les consommateurs pourraient être dissuadés de les acquérir.
62. Ensuite, il est certain que les consommateurs les moins entraînés et les moins habitués à l'environnement numérique seront des cibles faciles de la personnalisation des prix, mais également du yield management. Ce dernier pousse les consommateurs à être très attentifs, à éplucher internet pour trouver le meilleur prix, mais également à surveiller de près les courbes d'évolution des prix afin de contracter au moment où il est le plus bas.⁷³ Par conséquent, c'est avant tout les personnes âgées qui pourraient souffrir de ces pratiques⁷⁴. L'OCDE vient même jusqu'à imaginer qu'une « *pénalité de loyauté* »⁷⁵ pourrait leur être infligée en raison de leur incapacité à comparer les prix : les professionnels profitent de l'inexpérience numérique de certains consommateurs pour leur proposer des produits à un prix plus élevé. S'ils étaient plus avisés, ils auraient pu trouver un meilleur prix.
63. De plus, en dehors même de la problématique du prix, les consommateurs pourraient être dirigés par les algorithmes vers des produits qui ne correspondent pas à ce qu'ils cherchent. Le prix étant un facteur décisionnel important, il serait facile de pousser un consommateur vers un produit différent en le vendant à un prix bien inférieur au prix dont le consommateur a réellement besoin⁷⁶. Cela aurait également une conséquence sur la concurrence : en poussant les consommateurs vers certains produits uniquement, on vient limiter la gamme de produits proposés aux consommateurs. Comme on les empêche de se tourner vers de nouveaux produits, ce seront toujours les mêmes produits qui seront achetés. L'innovation sera limitée, et la

⁷² OCDE, « La personnalisation des prix à l'ère numérique », Note de l'Union Européenne, 28 novembre 2018, page 5.

⁷³ C2M, « La variabilité des prix », Journal spécial des sociétés, n°10, 6 février 2021.

⁷⁴ COMMISSION EUROPÉENNE, « Étude de marché consommateurs sur la segmentation du marché en ligne à travers la tarification/les offres personnalisée(s) dans l'UE », Ipsos, London Economics and Deloitte, juin 2018, page 4.

⁷⁵ OCDE, Comité de la concurrence, « Synthèse de la table ronde sur la personnalisation des prix à l'ère numérique : Annexe au compte rendu succinct de la 130e réunion du Comité de la concurrence tenue les 27 et 28 novembre 2018 », page 6.

⁷⁶ OCDE, « La personnalisation des prix à l'ère numérique », Note des Pays-Bas, 28 novembre 2018, page 5.

fidélisation des clients empêcherait de nouveaux acteurs d'entrer sur le marché. De ce fait, la personnalisation des prix pourrait avoir pour conséquence de limiter la concurrence en ce qu'elle permet d'exclure les concurrents les plus faibles⁷⁷.

64. La conséquence indirecte de ces techniques est qu'il devient bien plus difficile pour les consommateurs d'acheter. Les consommateurs doivent consacrer beaucoup de temps à leurs achats, étant donné qu'ils se voient obligés de comparer toutes les offres, même après avoir contracté⁷⁸. La crainte d'être passés à côté du meilleur prix devient obsessionnelle pour certains⁷⁹. La même problématique a été soulevée pour les réductions de prix : leur abondance mène à une perte de repères pour les consommateurs, qui ne savent plus estimer ce qui est un bon prix, mais aussi le vrai prix des produits⁸⁰.

65. Le seul moyen de revenir à des achats simplifiés serait d'utiliser un VPN⁸¹ ou un navigateur bloquant automatiquement les cookies, ce qui permettrait de revenir à une certaine neutralité des prix, mais très peu de consommateurs connaissent l'existence de ces outils⁸².

66. En conclusion, les inquiétudes sont plus nombreuses et ont plus d'impact que les avantages que les consommateurs pourraient potentiellement tirer de ces pratiques⁸³. Tout ceci a pour conséquence que les consommateurs peuvent perdre confiance en le marché dès lors qu'une pratique de variabilité des prix y prendrait place. De ce fait, une entreprise pourrait perdre des clients si elle met en oeuvre l'une de ces pratiques, et encore plus si elle le fait de manière non transparente. A l'inverse, une entreprise pourrait capter une clientèle nouvelle en affirmant ne pas recourir à de tels mécanismes⁸⁴.

⁷⁷ OFCOM, « Personalised pricing for communications : Making data work for consumers », 4 août 2020.

⁷⁸ OBSOCO, « Observatoire du rapport au prix », octobre 2014.

⁷⁹ Ibid.

⁸⁰ Ibid.

⁸¹ VPN est l'abréviation de « virtual private network » (réseau privé virtuel). Ils permettent de masquer l'adresse IP de l'utilisateur, et donc son identité lorsqu'il navigue sur internet. Il est également possible de se connecter à un réseau situé dans une localité ou un pays différent, notamment pour accéder à des services qui ne sont pas disponibles dans le pays de résidence de l'utilisateur.

⁸² COMMISSION EUROPÉENNE, « Étude de marché consommateurs sur la segmentation du marché en ligne à travers la tarification/les offres personnalisée(s) dans l'UE », Ipsos, London Economics and Deloitte, juin 2018, page 4.

⁸³ OFCOM, « Personalised pricing for communications : Making data work for consumers », 4 août 2020.

⁸⁴ Ibid.

67. Vient de ce faire la question de la pertinence d'un encadrement juridique spécifique des pratiques de variabilité des prix. Comme elles ont nombreux inconvénients pour le marché, il pourrait être pertinent de créer des outils juridiques qui leur sont propres.

Section 2. La pertinence d'un encadrement juridique spécifique à ces pratiques

68. Du fait des nombreux inconvénients, et des faibles avantages offerts par les différentes pratiques de variabilité des prix, il y a une mauvaise perception des consommateurs des pratiques de variabilité des prix (§1). Cela implique qu'il serait nécessaire de réglementer ces pratiques par des dispositifs juridiques qui leur sont spécifiques. Néanmoins, la doctrine semble s'y opposer, ce qui mène à des discussions sur la nécessité de l'encadrement juridique de ces pratiques (§2).

§1. La mauvaise perception des consommateurs des pratiques de variabilité des prix

69. Les seules pratiques visant à proposer des prix différents pour certaines catégories de consommateurs perçues de manière positive sont les réductions étudiantes, ou les programmes de fidélité récompensant la loyauté des clients. De même, elle admet que les différences de prix entre le commerce en ligne et le commerce physique pour un même produit entrent dans le champ de la personnalisation des prix, sans que leur légitimité soit remise en cause⁸⁵.

70. Une perte de confiance des consommateurs a été détectée par de nombreuses études portant sur l'impact des prix personnalisés sur les consommateurs. L'étude menée par la Commission européenne en 2018 a démontré que 42% des personnes interrogées ne voyaient aucun avantage à la personnalisation des prix⁸⁶. Selon l'ObSoCo⁸⁷, 58% des consommateurs français pensent qu'il n'est pas convenable d'adapter le prix au désir d'achat du consommateur.

71. L'Ofcom, dans son étude menée en 2020⁸⁸, révèle que seuls 10% des consommateurs interrogés au Royaume-Uni disent comprendre les mécanismes de personnalisation des prix, et 39% ne connaissant pas l'existence de cette pratique avant l'étude. Cela démontre que cette pratique est

⁸⁵ COMMISSION EUROPÉENNE, Lignes directrices sur l'application de la directive 2005/29/CE, 2016, page 149.

⁸⁶ OFCOM, « Personalised pricing for communications : Making data work for consumers », 4 août 2020.

⁸⁷ OBSOCO, « Observatoire du rapport au prix », octobre 2014.

⁸⁸ OFCOM, « Personalised pricing for communications : Making data work for consumers », 4 août 2020.

encore trop obscure pour les consommateurs, qui n'en connaissent souvent que le nom. La question de la transparence de la pratique est par conséquent soulevée ici. Cette étude a également permis de mettre en exergue les aspects de la personnalisation des prix qui suscitent des interrogations, si ce n'est des inquiétudes, au niveau des consommateurs.

72. La première source d'inquiétude découle des données personnelles, de leur collecte, traitement, sécurité, mais aussi leur éventuelle vente à d'autres acteurs du marché. Les consommateurs ne comprennent pas ce qu'il advient réellement de leurs données personnelles, quand bien même les obligations d'information découlant du RGPD seraient respectées. Ces consommateurs estiment qu'ils ne contrôlent plus leurs données personnelles, et se sentent désemparés face à leur collecte. Un autre fondement de désapprobation des consommateurs tient à l'utilisation des informations ethniques, l'âge, ou les capacités financières⁸⁹. Les consommateurs interrogés semblent s'opposer à ce que ce type de données personnelles soient collectées dans le but de personnaliser les prix. Enfin, ils considèrent que pour collecter un nombre suffisant de données personnelles pour établir un profil des différents utilisateurs, et in fine d'évaluer leur capacité maximale de paiement, les entreprises doivent constamment les épier. Ils en déduisent que ces pratiques sont très intrusives, leur moindre action étant collectée et traitée⁹⁰.

73. Ensuite, la perte de contrôle se fait ressentir chez les consommateurs, qui se sentent souvent désemparés face aux personnalisations des prix, qu'ils ne comprennent pas⁹¹. Cela tient notamment au fait qu'ils estiment ne plus pouvoir vérifier avoir fait une bonne affaire, étant donné qu'ils n'ont plus de point de comparaison⁹². La personnalisation des prix semble altérer la perception que les consommateurs ont des prix, et, in fine, altérer leur décision commerciale⁹³. Cela est appuyé par l'ObSoCo⁹⁴, dont l'étude a souligné qu'une forte variabilité des prix entraîne une perte de repères pour les consommateurs, qui remettent en question la véracité des prix proposés. Il en va de même pour la tarification dynamique qui empêche les consommateurs d'avoir une idée claire de ce qu'est un bon prix⁹⁵. La compréhension même du

⁸⁹ Ibid.

⁹⁰ WHICH?, « Control, Alt or Delete? The future of consumer data », juin 2018.

⁹¹ Ibid.

⁹² OFCOM, « Personalised pricing for communications : Making data work for consumers », 4 août 2020.

⁹³ C2M, « La variabilité des prix », Journal spécial des sociétés, n°10, 6 février 2021.

⁹⁴ OBSOCO, « Observatoire du rapport au prix », octobre 2014.

⁹⁵ COMBE (E.) « Vers des prix personnalisés à l'heure du numérique ? », Fondapol, Fondation pour l'innovation politique, 2019, page 22.

prix qui est affiché leur pose souvent problème : est-il lié à une forte demande, est-ce lié à une personnalisation des prix ? Ou encore à un simple besoin d'augmenter les recettes du professionnel ? Ces incertitudes peuvent mener à une perte de confiance des consommateurs.

74. L'étude menée par le Citizens Advice en 2018 a montré que 84% des consommateurs anglais refusent la personnalisation des prix dans les marchés de produits essentiels, c'est à dire les produits qui sont nécessaires pour assouvir leurs besoins. Les trois quart des consommateurs interrogés déclarent même qu'ils perdraient la confiance qu'ils ont en le professionnel s'ils venaient à découvrir que celui-ci pratique des prix personnalisés⁹⁶.
75. Enfin, les pratiques de personnalisation de prix, mais également le yield management, peuvent faire naître chez les consommateurs un sentiment d'injustice dès lors qu'ils ont la possibilité de comparer les prix payés par d'autres consommateurs. Ils peuvent se sentir discriminés lorsqu'ils paient un produit plus cher que les autres consommateurs, mais surtout lorsque les prix affichés sont, de manière générale, bien plus élevés que la moyenne. Cela pourrait être le cas lorsque le prix affiché est aligné sur les capacités financières des consommateurs⁹⁷. Dans ce cas, les plus riches paieraient constamment plus cher que les personnes aux moyens financiers inférieurs. Cette démarche de proportionnalité pourrait être grandement décriée et vue comme discriminatoire⁹⁸.
76. L'étude menée par l'ObSoCo a révélé que les consommateurs « *ont aussi déclaré qu'ils ressentaient un sentiment de colère et/ou de culpabilité s'ils rencontraient lors d'un séjour de vacances quelqu'un ayant acheté son séjour 20% moins cher qu'eux* »⁹⁹. Il est alors fortement probable que les consommateurs utilisent leur droit de rétractation pour faire annuler le contrat, et se diriger vers un autres vendeur ou prestataire¹⁰⁰. Il en va également de la réputation du professionnel, qui pourrait perdre la confiance de ces clients. La seule manière d'éviter ceci serait que le professionnel justifie cette différence de prix sur des fondements tels que la qualité,

⁹⁶ CITIZENS ADVICE, « A price of one's own : An investigation into personalised pricing in essential markets », août 2018.

⁹⁷ OCDE, « La personnalisation des prix à l'ère numérique », Note du Portugal, 28 novembre 2018, page 6.

⁹⁸ HAUCAP (J.) « When Customers Are—and Aren't—OK with Personalized Prices », Harvard Bus. Rev., 31 mai 2018.

⁹⁹ OBSOCO, « Observatoire du rapport au prix », octobre 2014.

¹⁰⁰ OCDE, « La personnalisation des prix à l'ère numérique », Note de l'Union Européenne, 28 novembre 2018, page 6.

les options choisies, ou tout élément autre que la personnalisation des prix par le biais du profilage¹⁰¹.

77. Il reste que certaines pratiques de personnalisation des prix sont regardées de manière positive par les consommateurs. C'est notamment le cas des réductions de prix pour les senior, les étudiants, ou les clients fidèles¹⁰². Il en va de même pour le versioning, la tarification à étage, ou lorsque les consommateurs participent à l'élaboration du prix, parce que les consommateurs sont libres de choisir quelle version du produit acheter¹⁰³. Ils n'ont dans ce cas pas le sentiment d'être discriminés, et ce du seul fait qu'ils ont eu un réel choix¹⁰⁴.

78. La tarification dynamique semble également être acceptée par les consommateurs français, dont 55% admettent la variabilité du prix selon l'offre et la demande¹⁰⁵, mais uniquement lorsqu'elle reste modeste. Dans le cas contraire, ils considèrent qu'elle ne reflète plus le prix réel du produit ou service, mais uniquement la volonté d'augmenter les bénéfices du prestataire ou vendeur¹⁰⁶. C'est également un sentiment d'injustice qui peut découler de la pratique lorsque les consommateurs comparent le prix qu'ils ont payé pour un même produit ou une même prestation. Cela est d'autant plus vrai lorsqu'il n'y a eu aucune information sur la présence d'une telle pratique : s'il en est informé, la prévisibilité peut atténuer ce sentiment d'injustice¹⁰⁷, notamment si le consommateur a les moyens de surveiller les évolutions de prix pour contracter lorsqu'il est bas.

79. Cette défiance générale des consommateurs envers la personnalisation des prix mène à se demander si cette pratique nécessite un encadrement spécifique, ou si le droit positif permet de l'encadrer de manière à restaurer la confiance des consommateurs.

¹⁰¹ REMOND (S.), « Le yield management : qu'est-ce que c'est ? », INC, Fiche économique E09, 17 février 2020.

¹⁰² HAUCAP (J.) « When Customers Are—and Aren't—OK with Personalized Prices », Harvard Bus. Rev., 31 mai 2018.

¹⁰³ OCDE, Comité de la concurrence, « Synthèse de la table ronde sur la personnalisation des prix à l'ère numérique : Annexe au compte rendu succinct de la 130e réunion du Comité de la concurrence tenue les 27 et 28 novembre 2018 », page 3.

¹⁰⁴ HAUCAP (J.) « When Customers Are—and Aren't—OK with Personalized Prices », Harvard Bus. Rev., 31 mai 2018.

¹⁰⁵ OBSOCO, « Observatoire du rapport au prix », octobre 2014.

¹⁰⁶ REMOND (S.), « Les différentes techniques de variation des prix », INC, Fiche économique E10, 22 avril 2021.

¹⁰⁷ CNC, Groupe de travail « Pratiques de gestion in fine des tarifs ou yield management et information du consommateur », 27 janvier 2020.

§2. La nécessité discutée de l'encadrement juridique de ces pratiques

80. La nécessité de créer un éventail juridique spécifique aux différentes pratiques de variabilité des prix est amplement discutée par la doctrine. En effet, la rareté de la pratique de personnalisation des prix remet en question la nécessité de son encadrement juridique propre (A). De plus, le consensus reste que les outils juridiques actuels de droit européen, mais également de droit français sont suffisants à régler les diverses pratiques de variabilité des prix (B).

A - La rareté de la pratique de personnalisation des prix

81. Les nombreuses études menées sur le sujet de la personnalisation des prix ont démontré que la personnalisation des prix n'est qu'anecdotique sur le marché intérieur¹⁰⁸. Ces pratiques semblent n'être mises en oeuvre que de manière isolée, et de manière minimale : la différence de prix médiane entre les prix proposés lorsqu'ils sont personnalisés est de 1,6%¹⁰⁹.

82. Cette rareté de la pratique s'expliquerait par le fait que les entreprises préfèrent s'abstenir de la mettre en place du fait de la mauvaise perception que les consommateurs ont de la pratique¹¹⁰. Le risque réputationnel est fort dissuasif sur le marché intérieur sur lequel la confiance est essentielle. Mais, d'autres éléments expliqueraient ce phénomène.

83. Selon la BIAC¹¹¹, la personnalisation des prix ne peut être réalisée que dans des circonstances très particulières. Pour mettre en oeuvre une collecte des données dans le but d'établir un profilage, les entreprises doivent disposer de moyens financiers et techniques importants. De plus, le profilage n'est pertinent que lorsqu'il porte sur un nombre suffisant de consommateurs. Le profilage doit être représentatif de la clientèle du professionnel, mais aussi du marché lorsque de dernier souhaite capter la clientèle des concurrents. Les entreprises doivent par conséquent disposer de parts de marché suffisantes et des capacités financières et techniques pour réaliser un profilage leur permettant d'évaluer correctement la capacité à payer

¹⁰⁸ Études menées par le Conseil National de la Consommation et la DGCCRF (2014), l'Autorité de la Concurrence anglaise (CMA, 2018), par l'Ipsos pour la Commission européenne (2018), et par l'Autorité de la Concurrence et le Bundeskartellamt allemand (2019).

¹⁰⁹ COMMISSION EUROPÉENNE, « Étude de marché consommateurs sur la segmentation du marché en ligne à travers la tarification/les offres personnalisée(s) dans l'UE », Ipsos, London Economics and Deloitte, juin 2018.

¹¹⁰ DE STREEL (J.) ; JACQUES (F.), « Personalised pricing and EU law », Rapport pour la 30^{ème} Conférence Régionale Européenne de l'ITS, juin 2019, page 2.

¹¹¹ OCDE, « La personnalisation des prix à l'ère numérique », Note du BIAC, 28 novembre 2018, page 6.

des différents types de consommateurs. Plus elles disposent de données personnelles à analyser, plus l'estimation de la volonté de payer de chaque consommateur sera proche de la réalité¹¹².

84. De plus, la marge d'erreur que peuvent se permettre des entreprises est très fine. Mal segmenter les consommateurs peut leur faire perdre des bénéfices, notamment lorsqu'il est question de capter une clientèle nouvelle, ou de fidéliser sa clientèle : afficher un prix trop élevé peut faire fuir les consommateurs, tandis qu'afficher des prix trop bas qui ne peuvent être compensés par les prix affichés pour les autres groupes de consommateurs peut mener à une perte de bénéfices importantes pour les entreprises¹¹³. Il est par conséquent nécessaire que le profilage soit le plus exact possible, sous peine de quoi les prix affichés dissuadent les consommateurs d'acheter, et les poussent vers les concurrents. Dès lors, la difficulté à mettre cette pratique en place explique sa rareté.
85. D'autre part, la rentabilité de la personnalisation des prix suscite des doutes. Le coût des algorithmes, mais également des données personnelles, lorsqu'elles sont rachetées à d'autres entreprises, peut ne pas être rentabilisé. Les investissements nécessaires ne semblent être compensés par les potentiels bénéfices.
86. Enfin, l'émergence des comparateurs de prix met un frein à ces pratiques. Il devient plus facile, par ces outils, pour les consommateurs de comparer les prix des différents concurrents, à échelle mondiale, afin de s'orienter vers les prix correspondant le mieux à leur disposition maximale à payer.
87. Même si la personnalisation des prix est rendue possible grâce aux algorithmes et autres avancées technologiques, elle n'a été que très peu rencontrée sur le marché intérieur. Nous n'avons à notre disposition aucune décision de justice mentionnant cette pratique, ni aucun rapport relatant des faits précis. Ce sujet est avant tout théorique, et veut anticiper une pratique qui pourrait prendre de l'ampleur dans le futur¹¹⁴. Cela justifie les nombreux débats autour de la pertinence d'un encadrement spécifique des diverses pratiques de variabilité des prix.

¹¹² OCDE, « La personnalisation des prix à l'ère numérique », Note de l'Union Européenne, 28 novembre 2018, page 4.

¹¹³ OCDE, « La personnalisation des prix à l'ère numérique », Note du Portugal, 28 novembre 2018, page 8.

¹¹⁴ OCDE, Comité de la concurrence, « Synthèse de la table ronde sur la personnalisation des prix à l'ère numérique : Annexe au compte rendu succinct de la 130e réunion du Comité de la concurrence tenue les 27 et 28 novembre 2018 ».

B - L'existence d'outils juridiques suffisants à réglementer les pratiques de variabilité des prix

88. De nombreux auteurs estiment que notre droit positif est suffisant, et qu'il n'est pas pertinent de le compléter par des dispositions propres à chaque des pratiques de variabilité des prix. La BIAC considère qu'il faut, dans un premier temps, appliquer le droit positif aux pratiques, afin de vérifier s'il est suffisant¹¹⁵. Il faudrait de ce fait attendre que ces pratiques prennent de l'ampleur pour analyser l'efficacité du droit positif pour les réguler. Ce même organisme souligne que créer un nouvel attirail juridique pour ces pratiques ne semble pas proportionnel au but recherché étant donné qu'elles ne sont pour la plupart qu'anecdotiques¹¹⁶. Comme ces pratiques ne sont encadrées par le droit positif de manière spécifique, elles ne peuvent être interdites que lorsqu'elles sont par nature anticoncurrentielles, déloyales, mensongères, ou injuste¹¹⁷. Ce sont alors le droit de la concurrence, le droit de la consommation, le droit des données personnelles et les lois anti-discriminations qui vont intervenir pour les réguler.
89. La principale difficulté pour les consommateurs est qu'ils ne comprennent pas ces pratiques, et qu'ils ne sont pas toujours conscients qu'elles sont mises en place. Le Conseil national de la Consommation a donc émis des propositions au regard de la tarification dynamique, mais qui pourraient s'appliquer aux autres techniques de variabilité des prix. Ces propositions tiennent de la transparence des pratiques. Il faudrait informer les consommateurs de l'existence de ces pratiques, et de leur fonctionnement : c'est une double information. L'information devrait être *« fournie par tous moyens appropriés et de façon claire, lisible et accessible pour les consommateurs »*¹¹⁸. De même, le Conseil propose une formation des consommateurs par les associations de consommateurs. Celles-ci les formeraient d'abord sur les notions de ces pratiques, leur licéité, leur fonctionnement, et surtout les principaux paramètres de variabilité des prix. La transparence est également de mise pour ce qui est de la collecte et du traitement des données personnelles¹¹⁹. Pour ce qui est du yield management spécifiquement, le Conseil recommande que les professionnels informent les consommateurs de la durée de validité des offres lorsqu'ils savent que leur prix va varier.

¹¹⁵ OCDE, « La personnalisation des prix à l'ère numérique », Note du BIAC, 28 novembre 2018, page 12.

¹¹⁶ Ibid., page 13.

¹¹⁷ OCDE, Comité de la concurrence, « Synthèse de la table ronde sur la personnalisation des prix à l'ère numérique : Annexe au compte rendu succinct de la 130e réunion du Comité de la concurrence tenue les 27 et 28 novembre 2018 », page 5.

¹¹⁸ CNC, Groupe de travail « Pratiques de gestion in fine des tarifs ou yield management et information du consommateur », 27 janvier 2020.

¹¹⁹ WHICH?, « Control, Alt or Delete? The future of consumer data », juin 2018, page 43.

90. En conclusion, face à la rareté de la pratique de personnalisation des prix, il semble peu intéressant de consacrer tout un nouvel attirail juridique à celle-ci. De plus, ce serait se projeter précocement, car on ne peut évaluer l'impact qu'aurait réellement cette pratique sur le marché si elle était mise en oeuvre de manière systématique. Il s'agit donc de réguler les rares cas que l'on détecte via les outils juridiques que nous avons actuellement à notre disposition. Reste que la question de la pertinence de l'encadrement cette pratique est importante face à son fort potentiel de développement.
91. Pour ce qui est des autres pratiques, il semble également que même si elles semblent être plus acceptées par les consommateurs, elles ne sont pas totalement comprises ni identifiées. Il faut étudier la manière dont le droit positif pourrait aider les consommateurs à être mieux avisés lorsqu'ils contractent.
92. En conclusion, l'émergence de ces nombreuses pratiques crée de nouveaux enjeux juridiques. La protection des consommateurs sur le marché intérieur garantit leur confiance, et stimule la concurrence. Le droit doit permettre aux consommateurs de comprendre les diverses pratiques de variabilité des prix pour agir de manière plus informée sur le marché, pour que leur consentement soit réellement éclairé. Il faut maintenant appliquer notre droit positif à ces pratiques afin d'en vérifier l'efficacité.

PARTIE 2 : LES OUTILS DE L'ENCADREMENT JURIDIQUE DE LA VARIABILITE DES PRIX

93. Le droit positif doit être appliqué aux différentes pratiques de variabilité des prix afin d'en vérifier l'efficacité. Pour ce faire, quatre principaux domaines du droit seront étudiés ici en ce qu'ils permettent aux consommateurs d'obtenir réparation des préjudices qu'ils subissent du fait de ces pratiques.
94. Il convient d'abord d'appliquer le droit de la consommation à ces pratiques, qui tient avant tout à protéger les consommateurs par le biais d'exigences relatives à la transparence des pratiques commerciales. Seront développés les outils liés à la protection des consommateurs (chapitre 1).
95. Le droit des données personnelles, le droit de la concurrence et le droit pénal seront envisagés à la lumière de ces pratiques comme moyens de protection subsidiaires de droit positif (chapitre 2).

Chapitre 1. Les outils liés à la protection des consommateurs

96. Le droit de la consommation trouve son fondement dans le postulat selon lequel le consommateur est la partie faible au contrat, que ce soit au niveau de ses connaissances ou de son pouvoir de négociation. Il est par conséquent nécessaire de le protéger, notamment en préservant ses intérêts face aux professionnels qui sont eux experts dans le domaine, partie forte au contrat. Ensuite, sont à préciser les fondements sur lesquels le droit de la consommation pourrait intervenir dans la mission d'encadrement des pratiques de variabilité des prix, mais surtout de personnalisation des prix.
97. L'exigence de transparence est imposée par le biais de l'obligation précontractuelle d'information (section 1). Ensuite, le droit positif peuvent intervenir dans le cadre de la protection contre les pratiques commerciales déloyales (section 2).

Section 1. L'obligation précontractuelle d'information

98. Une obligation précontractuelle d'information est née du droit européen avec la directive n°2011/83/UE sur les droits de consommateurs. Cette directive visait à rééquilibrer les pouvoirs entre consommateurs et professionnels¹²⁰, offrant « *un juste équilibre entre un niveau élevé de protection des consommateurs et la compétitivité des entreprises* »¹²¹. Elle a été transposée en droit français par la loi n°2014-344 du 17 mars 2014 relative à la consommation, créant l'article L. 111-1 du Code de la consommation. L'article 4 de la directive précise qu'elle est d'harmonisation maximale, ce qui signifie que le législateur national ne peut s'écarter des dispositions prévues par la directive. Il ne peut que les transposer de manière exacte, et ne peut protéger les consommateurs de manière plus stricte ou plus souple.
99. Par conséquent, au titre de cette disposition, le professionnel doit transmettre, avant la conclusion du contrat, toute une série d'informations au consommateur. Elles portent sur le produit ou service lui-même, mais également sur les droits du consommateur, l'identité du professionnel, et les garanties légales dont les consommateurs bénéficient.
100. Il est nécessaire dans un premier temps de vérifier l'applicabilité de cette obligation aux cas de variabilité des prix (§1), pour ensuite se pencher sur la nécessité de renforcer ce droit face aux prix personnalisés (§2).

§1. L'applicabilité de cette obligation aux cas de variabilité des prix

101. L'obligation précontractuelle d'information est due par tout professionnel concluant un contrat avec un consommateur, peu importe la nature du produit ou du service faisant l'objet du contrat. Tout contrat de consommation est alors soumis à cette obligation précontractuelle d'information. Elle diffère de l'obligation d'information de l'article 1112-1 du Code civil qui est due par toute partie au contrat, et pour tout type de contrat ; mais elle ne concerne que les informations que la partie les détenant sait déterminantes du consentement de son cocontractant. En droit commun des obligations, seules certaines informations sont à communiquer sur le fondement de cet article. Elles diffèrent selon les parties et le contrat, tandis que le Code de la

¹²⁰ Communiqué de presse en Conseil des ministres du 2 mai 2013.

¹²¹ Étude d'impact sur la Loi n°2014-344 du 17 mars 2014 relative à la consommation.

consommation impose une liste d'informations qui doivent toujours être transmises par le professionnel.

102. Il reste alors à préciser dans quelle mesure cette obligation précontractuelle d'information du Code la consommation porte sur le prix (A), et à l'étudier à la lumière de la spécificité des variabilités de prix (B).

A - L'information précontractuelle sur le prix

103. La Directive n°98/6/CE du 16 février 1998 relative à la protection des consommateurs en matière d'indication des prix des produits offerts aux consommateurs impose en son troisième article que le prix soit indiqué pour tous les produits offerts par des professionnels aux consommateurs. Le but de cette directive est « *d'améliorer l'information des consommateurs et de faciliter la comparaison des prix* »¹²². Toujours selon celle-ci, le prix est un élément important car il est « *la manière la plus simple de donner aux consommateurs les possibilités optimales pour évaluer et comparer le prix des produits et donc de leur permettre d'opérer des choix éclairés* »¹²³. Le prix est également essentiel pour les professionnels : pour attirer les clients et rester compétitifs, ils doivent adapter leurs prix à ceux pratiqués par leurs concurrents, mais aussi à ce que les consommateurs sont prêts à payer pour un produit ou service spécifique. Ceci a été confirmé par la CJUE selon laquelle le prix est une information substantielle¹²⁴.

104. L'article L. 112-1 du Code de la consommation, cité dans l'article L. 111-1, 2°, indique que le prix des produits ou services doit être communiqué au consommateur « *par voie de marquage, d'étiquetage, d'affichage ou par tout autre procédé approprié* ». Il doit inclure toutes les taxes, et tous les frais pertinents. Dans le cas où le prix ne pourrait être déterminé, l'article L. 112-3 du Code de la consommation, reprenant l'article 5 de la directive de 2011, admet qu'un prix seulement déterminable puisse être transmis au consommateur. Dans ce cas, le professionnel doit fournir « *le mode de calcul du prix et, s'il y a lieu, tous les frais supplémentaires de transport, de livraison ou d'affranchissement et tous les autres frais éventuels* ».

¹²² Article 1 de la Directive n°98/6/CE du 16 février 1998 relative à la protection des consommateurs en matière d'indication des prix des produits offerts aux consommateurs.

¹²³ Considérant 6 de la Directive n°98/6/CE du 16 février 1998 relative à la protection des consommateurs en matière d'indication des prix des produits offerts aux consommateurs.

¹²⁴ CJUE, Deroo-Blanquart, affaire C-310/15, 7 septembre 2016, point 46.

105. L'obligation précontractuelle d'information porte par conséquent également sur le prix, comprenant toutes les taxes. En cas de manquement à cette obligation, les sanctions pouvant être prononcées sont la nullité du contrat sur le fondement des vices du consentement¹²⁵, l'engagement de la responsabilité délictuelle du professionnel¹²⁶, voire le prononcé d'une amende pénale sur le fondement du délit de tromperie¹²⁷.

B - La spécificité des variabilités de prix

106. Plusieurs spécificités liées à la variabilité des prix sont à relever pour ce qui est de l'application de l'obligation précontractuelle d'information. D'abord, ces pratiques prennent principalement forme par le biais de contrats à conclus distance, bien que ce ne soit pas nécessairement le cas. Les contrats conclus à distance sont définis par l'article L. 221-1 du Code de la consommation¹²⁸ comme étant les contrats de consommation conclus par le biais d'un « *système organisé de vente ou de prestation de services à distance* », qui est tout outil de communication à distance. Le contrat doit avoir été entièrement conclu par le biais d'un tel outil, de sa négociation à sa conclusion. Si le professionnel et le consommateur ont procédé à l'une des étapes de conclusion du contrat en leur présence physique mutuelle, le contrat n'est pas considéré comme un contrat conclu à distance. Ce régime protecteur ne lui est pas applicable.

107. Du fait de la nature spéciale de ces contrats, la Commission Européenne a estimé qu'il était important de protéger plus les consommateurs. De ce fait, les règles relatives aux contrats conclus à distance prévues aux articles L. 221-1 et suivants du Code de la consommation, issus de la directive de 2011, sont d'harmonisation maximale. C'est pour cette raison que des obligations précontractuelles d'information additionnelles pèsent sur les professionnels lors de la conclusion de contrats conclus à distance, que l'on trouve à l'article L. 221-5 du Code de la consommation. Il est notamment offert aux consommateurs un droit de rétractation, et le professionnel doit leur transmettre une information précontractuelle renforcée sur son identité ainsi que sur les modalités d'exercice du droit de rétractation. Sont également mises à la charge des professionnels de nouvelles obligations précontractuelles d'information sur le prix. L'article

¹²⁵ Cour de cassation, 12 novembre 1987, n°85-18.350.

¹²⁶ Cour de cassation, 4 février 1975, n°72-13.217.

¹²⁷ Cour de cassation, 20 décembre 1988, n°86-96.295.

¹²⁸ Issu de la transposition de la Directive n°2011/83/UE par la loi n°2014-344 du 17 mars 2014 relative à la consommation.

L. 221-5, 3° précise que les consommateurs doivent être informés du fait qu'ils supportent les frais de renvoi du bien en cas d'exercice de leur droit de rétractation s'il ne peut pas être renvoyé par la poste du fait de sa nature. L'alinéa 4° impose que les consommateurs soient informés du fait qu'ils doivent payer les frais dus à la résiliation du contrat de service de distribution d'eau, de chauffage urbain, de fourniture de gaz ou d'électricité lorsqu'il a été exécuté, jusqu'à la fin effective du contrat.

108. Des obligations spécifiques sont mises à la charge des opérateurs de plateformes numériques par la loi n°2016-1321 du 7 octobre 2016 pour une République numérique, d'initiative nationale. Si le contrat est conclu par le biais d'une plateforme numérique de mise en relation des parties¹²⁹, l'article D. 111-8, I, 3° du Code de la consommation impose à la plateforme de préciser les éventuels coûts de mise en relation lorsqu'il est mis à la charge du consommateur. Ce tarif doit, comme tout élément substantiel faisant l'objet d'une obligation précontractuelle d'information, être communiqué au consommateur de manière claire, intelligible et transparente. Les frais de mise en relation fluctuant d'une plateforme à une autre, ou d'un vendeur à un autre, ils peuvent être un critère décisif pour les consommateurs, et permettent de stimuler la concurrence en forçant les professionnels à jouer sur ces frais pour se rendre plus attractifs auprès des consommateurs.

109. Par ailleurs, il y a des règles particulières pour les annonces de réduction de prix. Celles-ci sont en principe licites, à moins que leur caractère déloyal ne soit prouvé. L'arrêté du 31 décembre 2008 relatif aux annonces de réduction du prix imposait aux professionnels d'indiquer le prix de référence à partir duquel la réduction de prix est annoncée, en plus du prix réduit. Le prix de référence est défini comme étant « *le prix le plus bas effectivement pratiqué par l'annonceur pour un article ou une prestation similaire dans le même établissement de vente au détail ou site de vente à distance, au cours des trente derniers jours précédant le début de la publicité* »¹³⁰. Toute annonce n'indiquant pas ce prix de référence était jugée être une pratique commerciale trompeuse ou agressive¹³¹, et ce de manière automatique. Cet arrêté a néanmoins été abrogé suite à l'arrêt VTB/VAB rendu par la CJUE le 23 avril 2009, qui a considéré le droit belge relatif aux annonces de réduction de prix, similaire au droit français, non conforme à la

¹²⁹ Au sens de l'article L. 111-7, I, 2° du Code de la consommation.

¹³⁰ Arrêté du 31 décembre 2008 relatif aux annonces de réduction de prix à l'égard du consommateur, article 2, 1.

¹³¹ Articles L. 121-1 et suivants du Code de la consommation.

directive 2005/29/CE : cette directive d'harmonisation maximale ne permet pas la sanction automatique de pratiques commerciales qui ne sont pas incluses dans la liste annexée. La directive n'autorise les Etats-membres à sanctionner des pratiques commerciales du fait de leur déloyauté qu'après un examen au cas par cas par le juge national. L'arrêté du 31 décembre 2008 qui venait automatiquement déclarer trompeuses ou agressives les annonces de réduction de prix n'indiquant pas le prix de référence, bien que ces pratiques ne soient pas incluses dans les listes annexées à la directive de 2005, n'y était par conséquent pas conforme. Toutefois, cette solution va être à nouveau appliquée en droit français du fait de la directive n°2019/2161 dite Modernisation¹³², qui impose aux professionnels d'indiquer le prix antérieur du produit ou service. Il est défini comme étant « *le prix le plus bas appliqué par le professionnel au cours d'une période qui n'est pas inférieure à trente jours avant l'application de la réduction de prix* »¹³³. C'est alors une nouvelle obligation d'information précontractuelle sur le prix qui est mise à la charge du professionnel.

110. Enfin, pour ce qui est de la tarification à étages, notamment dans le secteur aérien, la CJUE a précisé que l'information transmise aux consommateurs doit comporter tous les éléments indispensables au service de transport des passagers¹³⁴, mais également tous les éventuels suppléments optionnels que le passager aurait acceptés¹³⁵. Cela signifie que le consommateur doit être en mesure de différencier le tarif de base comprenant tous les éléments indispensables au service des options qu'il aurait acceptées. Il peut librement enlever ou rajouter des options.

§2. La nécessité de renforcer ce droit face aux prix personnalisés

111. Les consommateurs devraient avoir le droit de refuser toute personnalisation des prix, et de revenir à un prix unique, basé sur des critères objectifs¹³⁶. Cela fait écho au principe de neutralité du net qui voudrait que les utilisateurs aient des résultats de recherche neutres, qui ne soient pas adaptés à leurs habitudes de navigation, à leur personne. Bien que ce droit ne soit prévu par aucun texte, on pourrait se demander s'il ne serait pas nécessaire de manière à préserver les intérêts des consommateurs. Laisser aux consommateurs le droit de revenir à des

¹³² Les dispositions transposant cette directive n'entreront en vigueur qu'à partir du 28 mai 2022.

¹³³ Article 2 de la Directive n°2019/2161.

¹³⁴ CJUE, ebookers.com Deutschland, affaire C-112/11, 19 juill. 2012, point 15.

¹³⁵ Ibid., point 14.

¹³⁶ OCDE, « La personnalisation des prix à l'ère numérique », Note des Pays-Bas, 28 novembre 2018, page 10.

prix neutres, de manière à payer le même prix que tout le monde, comme c'est notamment le cas dans les enseignes physiques aujourd'hui, pourrait être largement contesté par les professionnels. Si les consommateurs peuvent comparer le prix unique au prix personnalisé qui leur est proposé, les professionnels risquent de subir des pertes financières, surtout au vu des investissements pécuniers réalisés pour mettre en place les systèmes de traitement des données. De plus, il reste que les prix sont librement déterminés par le jeu de la concurrence, et donc des entreprises.

112. Les professionnels ne peuvent échapper à leurs obligations d'information sur la présence de ces pratiques, qui ont été renforcées. Une information claire, intelligible et facilement accessible sur la présence d'un procédé de personnalisation des prix doit être délivrée aux consommateurs. Le considérant 45 de la directive modernisation¹³⁷ rend licites les pratiques de personnalisation des prix « *pour des consommateurs ou des catégories de consommateurs spécifiques au moyen d'une prise de décision automatisée qui procède à une analyse et à un profilage du comportement du consommateur permettant aux professionnels d'évaluer le pouvoir d'achat de ce dernier* ». Elles ne peuvent par conséquent pas être interdites du seul fait de leur nature. Toutefois, les consommateurs doivent en être « *clairement informés, de sorte qu'ils puissent tenir compte des risques potentiels que comporte leur décision d'achat* ». Par conséquent, la directive a inséré l'article 6, 1, e bis) à la directive de 2011. Avec cet ajout, « *l'application d'un prix personnalisé sur la base d'une prise de décision automatisée* » fait partie des informations à fournir aux consommateurs lors de la conclusion d'un contrat à distance. Tout manquement à cette obligation mène à la sanction du professionnel. Notons que le considérant 45 de la directive modernisation exclue la tarification dynamique du champ d'application de cette nouvelle information précontractuelle, et concerne exclusivement la personnalisation des prix. En effet, le législateur européen se justifie en précisant que la tarification dynamique ne repose pas sur une personnalisation fondée sur une prise de décision automatisée, mais bien par des critères extérieurs à la personne du consommateur.

113. Le processus d'achat du consommateur dépend intégralement des informations qui lui sont transmises par le professionnel¹³⁸. C'est sur celles-ci qu'il va se fonder pour prendre sa décision, pour évaluer les produits concurrents, et acheter le produit ou service qui correspond

¹³⁷ Directive n°2019/2161 du 27 novembre 2019.

¹³⁸ OFCOM, « Personalised pricing for communications : Making data work for consumers », 4 août 2020.

le mieux à ses attentes. Néanmoins, l'information sur la seule présence d'une personnalisation des prix ne saurait suffire. En effet, la directive n°93/13/CEE du 5 avril 1993 concernant les clauses abusives dans les contrats conclus avec les consommateurs impose que toute information transmise aux consommateurs leur permette de comprendre la portée de leurs engagements¹³⁹. Cette directive, transposée par la loi n° 95-96 du 1^{er} février 1995 concernant les clauses abusives et la présentation des contrats et régissant diverses activités d'ordre économique et commercial a créé les articles L. 212-1 et suivants (anciennement L. 132-1 et suivants). Au titre de ces articles, sont jugées abusives les clauses « *qui ont pour but ou effet de créer, au détriment du consommateur, un déséquilibre significatif entre les droits et obligations des parties au contrat* ». Elles sont réputées non écrites, ce qui signifie qu'elles sont supprimées du contrat, qui reste applicable si l'absence de cette clause ne le vide pas de sa substance. Deux listes de clauses abusives issues de la directive de 1993 ont été transposées aux articles R. 212-1 et R. 212-2 du Code de la consommation. La liste du premier article concerne des clauses noires, qui sont réputées abusives de manière irréfutable : on ne peut en apporter la preuve du contraire. Dans le second article sont listées les clauses présumées abusives de manière simple, la présomption peut être renversée. Néanmoins, aucune de ces clauses ne semble s'appliquer aux pratiques de variabilité des prix.

114. Le prix inadéquat ne peut consister en un déséquilibre significatif au titre des clauses abusives, comme il est précisé à l'article L. 212-1 alinéa 3 du Code de la consommation. Toutefois, il est admis que la clause portant sur le prix soit abusive lorsqu'elle n'est pas rédigée « *de façon claire et compréhensible* ». Cette considération a été précisée par l'arrêt Kásler et Káslerné Rábai¹⁴⁰ rendu par la CJUE : l'exigence de transparence de la clause portant sur le prix ne saurait être réduite au seul caractère compréhensible sur le plan formel et grammatical. Elle doit permettre au consommateur de comprendre l'impact de son engagement, notamment économique. Appliquée aux pratiques de variabilité des prix, et plus précisément de personnalisation des prix, on comprend que le consommateur doit comprendre que la pratique a impacté le prix, de quelle manière, et selon quels critères. A défaut, le clause pourrait être jugée abusive.

¹³⁹ Article 4, 2 de la Directive n°93/13/CEE.

¹⁴⁰ CJUE, Kásler et Káslerné Rábai, affaire C-26/13, 30 avril 2014.

115. La directive modernisation, en son article 4, 5) impose aux places de marché à rôle de référencement d'afficher les paramètres de classement des offres, ainsi que leur importance, dans une section « *directement et aisément accessible à partir de la page sur laquelle les offres sont présentées* ». Les consommateurs sont par conséquent mis au courant d'une éventuelle personnalisation des offres, ainsi que des critères justifiant celle-ci. Le degré de précision de ces informations n'est pas précisé dans la directive, mais on peut rapprocher cette disposition aux pratiques de personnalisation des prix. Cette possibilité de comparer les prix est essentielle aux consommateurs, qui sont alors totalement libre de leur choix¹⁴¹. Cela permettrait notamment aux consommateurs de s'orienter vers un professionnel ne personnalisant pas les prix, ou affichant un prix personnalisé différent car les critères ne seraient pas les mêmes. Permettre aux consommateurs d'identifier les différentes personnalisations des prix pourrait même stimuler la concurrence, chaque professionnel devant prendre en compte la personnalisation effectuée par ses concurrents pour rester compétitif¹⁴². De plus, cela viserait à restaurer une confiance entre les professionnels et les consommateurs, qui pourraient s'orienter vers les professionnels qui, selon eux, affichent les prix les plus loyaux et leur correspondant le mieux.

116. L'obligation précontractuelle d'information, couplée des clauses abusives, n'est pas le seul fondement de droit positif de la consommation pouvant remettre en question ces pratiques. Les consommateurs peuvent également se fonder sur les pratiques commerciales déloyales pour demander réparation des préjudices qu'ils auraient subis du fait des variabilités des prix.

Section 2. La protection contre les pratiques commerciales déloyales

117. Le marché intérieur ayant besoin de la confiance des consommateurs pour se développer, le droit européen vient sanctionner les pratiques commerciales déloyales¹⁴³. Serait constitutif d'une telle infraction « *le recours par une entreprise de techniques de personnalisation des prix trompeuses ou mensongères, manquant de transparence et mises en œuvre sans que le consommateur l'ait choisi ou y ait consenti* »¹⁴⁴.

¹⁴¹ OFCOM, « Personalised pricing for communications : Making data work for consumers », 4 août 2020.

¹⁴² OCDE, « La personnalisation des prix à l'ère numérique », Note du Royaume-Uni, 28 novembre 2018, page 8.

¹⁴³ Considérant 2 de la Directive n°2005/29/CE.

¹⁴⁴ OCDE, Comité de la concurrence, « Synthèse de la table ronde sur la personnalisation des prix à l'ère numérique : Annexe au compte rendu succinct de la 130^e réunion du Comité de la concurrence tenue les 27 et 28 novembre 2018 », page 5.

118. Dans un premier temps, sera expliqué le régime d'interdiction des pratiques commerciales déloyales (§1), pour ensuite procéder à l'application des dispositions interdisant les pratiques commerciales déloyales aux cas spécifiques de variabilité des prix (§2).

§1. L'interdiction des pratiques commerciales déloyales

119. Les pratiques commerciales sont entendues comme étant « *toute action, omission, conduite, démarche ou communication commerciale, y compris la publicité et le marketing, de la part d'un professionnel, en relation directe avec la promotion, la vente ou la fourniture d'un produit aux consommateurs* »¹⁴⁵. Cette définition large de la notion permet de sanctionner une grande variété de pratiques commerciales implémentées par des professionnels à destination des consommateurs, toujours dans la logique de protection de la partie la plus faible. Toutes les étapes de la relation commerciale sont incluses, même la période de négociations précontractuelle, la seule exigence étant qu'un contrat ait été conclu.

120. Les pratiques de variabilité des prix sont entendues comme étant des actions de la part de professionnels, en relation directe avec la vente de produits ou services. Elles semblent par conséquent rentrer dans la définition de pratiques commerciales. De plus, les prix personnalisés peuvent constituer une violation de la directive n°2005/29/CE sur les pratiques déloyales dès lors qu'elles sont trompeuses, ou si les données collectées sur les consommateurs sont obtenues de manière illégale. La déloyauté de la pratique découle du fait qu'elle est contraire à la diligence professionnelle et qu'elle altère le comportement économique du consommateur moyen¹⁴⁶, autrement dit le consommateur normalement informé et raisonnablement attentif et avisé¹⁴⁷. Ces critères cumulatifs sont repris à l'article L. 121 du Code de la consommation qui interdit les pratiques commerciales déloyales, transposant la directive n°2005/29/CE.

121. Toutefois, avant même d'analyser une pratique au regard de ces critères, il faut se pencher sur la liste de pratiques réputées déloyales en toutes circonstances de l'annexe I de la directive de 2005. Ces pratiques dont la déloyauté est présumée sont automatiquement sanctionnées, en ce qu'on estime que les critères généraux sont toujours remplis : elles sont toujours contraires à la

¹⁴⁵ Article 2, d de la Directive n°2005/29/CE.

¹⁴⁶ Article 5 de la Directive n°2005/29/CE.

¹⁴⁷ Article L. 121-1 du Code de la consommation.

diligence professionnelle et altèrent toujours le comportement économique des consommateurs. Les trente et une pratiques de l'annexe I ont été transposées aux articles L. 121-4 et L. 121-7 du Code de la consommation. La directive est d'harmonisation maximale¹⁴⁸, ce qui signifie que les États membres ne peuvent interdire automatiquement des pratiques déloyales si celles-ci ne sont pas incluses dans la liste d'annexe de la directive dès lors qu'elles rentrent dans le champ d'application de la directive. Le champ d'application de cette directive est large : il concerne toute pratique commerciale à destination des consommateurs. La CJUE a précisé que toute règle nationale visant à réglementer une pratique commerciale dans le but de protéger les consommateurs rentre dans son champ d'application¹⁴⁹. C'est le cas même si la finalité de protection des consommateurs n'est que secondaire.

122. Il faut une appréciation casuistique des pratiques commerciales pour qu'elles puissent être qualifiées de déloyales, puis le cas échéant être interdites¹⁵⁰. Les pratiques de variabilité des prix, et plus précisément les prix personnalisés ne sont pas incluses dans ces deux articles, elles ne peuvent de ce fait pas être interdites per se. Il faut de ce fait se référer aux critères généraux cumulatifs¹⁵¹ de l'article L. 121-1 pour établir ou non leur caractère déloyal. N'ayant pas été transposées, les définitions proposées de ces critères sont celles issues de l'article 2 de la directive de 2005. La diligence professionnelle est « *le niveau de compétence spécialisée et de soin dont le professionnel est censé faire preuve* », notamment au regard du principe de bonne foi. Le professionnel doit respecter toutes les normes relatives à son activité, mais également agir en bonne foi envers les consommateurs. Ensuite, pour ce qui est de l'altération substantielle du comportement économique des consommateurs, c'est le fait de « *compromettre sensiblement l'aptitude du consommateur à prendre une décision en connaissance de cause et l'amenant par conséquent à prendre une décision commerciale qu'il n'aurait pas prise autrement* ». Sans cette pratique déloyale, le consommateur n'aurait pas agi ainsi, se serait tourné vers un autre produit ou service, ou aurait contracté dans des conditions substantiellement différentes.

123. Sont à distinguer les pratiques trompeuses et agressives. Des critères spécifiques sont prévus dans les dispositions du Code de la consommation transposant la directive afin de sanctionner ces pratiques, cumulés aux critères généraux.

¹⁴⁸ Article 4 de la Directive n°2005/29/CE.

¹⁴⁹ CJUE, *Euronics Belgium*, ordonnance C-343/12, 7 mars 2013.

¹⁵⁰ CJCE, *VTB-VAB*, affaires C-261/07 et C-299/07, 23 avril 2009.

¹⁵¹ T. Com. Paris, 31 janvier 2012, *Gaz. Pal.* 2013. 2507.

124. Les pratiques commerciales déloyales par action ou omission trompeuse sont définies aux articles L. 121-2 et L. 121-3, reprenant l'article 6 de la directive de 2005. Une pratique est trompeuse lorsqu'elle crée une confusion avec un autre bien ou service, lorsqu'elle repose sur des allégations fausses ou de nature à induire en erreur le consommateur sur les qualités substantielles du produit ou service, ou lorsque le professionnel n'est pas clairement identifiable¹⁵². Elle est également trompeuse par omission lorsque l'information substantielle pour le consommateur est dissimulée ou rendue inintelligible¹⁵³. Notons que l'information doit être substantielle, et par conséquent déterminante du consentement du consommateur pour que l'on admette que la pratique soit trompeuse. On ne saurait sanctionner le professionnel s'il trompait le consommateur sur une information ou qualité du produit ou service qui ne soit qu'accessoire et qui ne revête aucune importance pour le consommateur. Cet article vise lui aussi à protéger les consommateurs en ce qu'il leur permet de prendre des décisions commerciales en étant dûment informés de toutes les modalités de leur démarche¹⁵⁴.

125. Les pratiques commerciales agressives sont interdites par l'article L. 121-6 du Code de la consommation, reprenant l'article 8 de la directive. Une pratique commerciale est agressive si elle se fait par le biais de sollicitations répétées et insistantes, de contraintes physiques ou morales, et qu'elle a pour conséquence de vicier le consentement du consommateur. Elle a également pour conséquence d'altérer de manière significative la prise de décision commerciale du consommateur, et d'entraver l'exercice de ses droits contractuels. Le critère de la diligence professionnelle n'est pas repris ici. Sont ajoutés comme critères le consentement vicié et l'entrave de l'exercice des droits des consommateurs. Le harcèlement, la violence morale ou physique, l'exploitation d'une vulnérabilité du consommateur, ou la menace d'une action en justice non légale sont des comportements agressifs.

¹⁵² Article L. 121-2 du Code de la consommation.

¹⁵³ Article L. 121-3 du Code de la consommation.

¹⁵⁴ DE STREEL (J.) ; JACQUES (F.), « Personalised pricing and EU law », Rapport pour la 30^{ème} Conférence Régionale Européenne de l'ITS, juin 2019, page 5

§2. L'application des dispositions interdisant les pratiques commerciales déloyales aux cas spécifiques de variabilité des prix

126. L'article L. 121-2 inclue « *le prix ou le mode de calcul du prix, le caractère promotionnel du prix* », ce qui signifie qu'il est applicable aux pratiques de variabilité des prix. La Commission Européenne a rappelé que les professionnels sont libres de fixer les prix qu'ils souhaitent, à condition qu'ils en informent dument les consommateurs, notamment sur le mode de calcul du prix, dès lors qu'ils en font la demande¹⁵⁵.

127. Bien qu'elle ne figure pas dans la liste de l'Annexe I de la directive de 2005, une analyse casuistique pourrait permettre de caractériser le caractère déloyal de la personnalisation des prix (A). Doit ensuite être faite une appréciation de la déloyauté des autres pratiques de variabilité des prix (B).

A - Le caractère déloyal de la personnalisation des prix

128. Tromper le consommateur sur la présence d'une personnalisation des prix, donc sur le mode de calcul du prix, pourrait être sanctionné sur le fondement de l'article L. 121-1 du Code de la consommation. C'est notamment le cas lorsque le professionnel dit ne pas pratiquer de prix personnalisés alors qu'il le fait. En effet, est trompeuse la pratique commerciale qui « *repose sur des allégations, indications ou présentations fausses ou de nature à induire en erreur* » le consommateur, notamment lorsqu'elles portent sur « *le prix ou le mode de calcul du prix, le caractère promotionnel du prix et les conditions de vente, de paiement et de livraison du bien ou du service* »¹⁵⁶. Il ne suffit cependant pas que le consommateur ramène la preuve de ces allégations fausses. Il doit également prouver que son comportement commercial a été altéré, donc qu'il n'aurait pas pris cette décision commerciale si la pratique n'avait pas été mise en place, ou s'il en avait été informé. La seule preuve du mensonge ne suffit donc pas à caractériser la déloyauté de la pratique s'il n'a pas eu pour conséquence un changement de comportement du consommateur¹⁵⁷.

¹⁵⁵ COMMISSION EUROPÉENNE, Lignes directrices sur l'application de la directive 2005/29/CE, 2016., page 148.

¹⁵⁶ Article L. 121-2 du Code de la consommation.

¹⁵⁷ Cour de cassation, 29 novembre 2011, n°10-27402.

129. En revanche, lorsqu'il est question des pratiques trompeuses par omission, l'article L. 121-3 du Code de la consommation rajoute une exigence. En effet, l'information qui a été omise, dissimulée ou fournie de manière ambiguë ou à contretemps par le professionnel doit être substantielle pour le consommateur. Est compris dans les informations substantielles « *le prix toutes taxes comprises et les frais de livraison à la charge du consommateur, ou leur mode de calcul, s'ils ne peuvent être établis à l'avance* »¹⁵⁸. Par conséquent, toute omission relative au prix, à son mode de calcul, et aux frais annexes permet de caractériser la déloyauté de la pratique. La Commission Européenne a également précisé que le fait de ne pas informer le consommateur sur le fait que ses données personnelles sont utilisées pour personnaliser les prix est une pratique trompeuse par omission¹⁵⁹. Le caractère déloyal ne découle alors pas de la personnalisation des prix en elle-même, mais du manque d'informations à son égard ou de leur caractère trompeur.

130. Enfin, les pratiques commerciales pourraient être qualifiées d'agressives lorsque le professionnel personnalise les prix du fait d'une vulnérabilité des consommateurs. Par exemple, « *l'exploitation, en connaissance de cause, par le professionnel, de tout malheur ou circonstance particulière d'une gravité propre à altérer le jugement du consommateur, dans le but d'influencer la décision du consommateur à l'égard du produit* »¹⁶⁰ est une pratique commerciale agressive. Les algorithmes, identifiant une faiblesse d'une quelconque nature chez un consommateur pourraient augmenter le prix des produits relatifs à celle-ci. Le consommateur étant en situation de faiblesse, voire de nécessité par rapport au produit en question pourrait se voir imposer des prix plus élevés que d'autres consommateurs ayant un rapport différent à ce produit. Il est tout à fait concevable que cette personnalisation des prix d'une fait d'une vulnérabilité des consommateurs puisse être mise en place grâce aux données personnelles collectées. Les éventuelles données de santé récoltées, mais également les données relatives aux précédentes recherches internet des utilisateurs peuvent permettre aux professionnels d'identifier les vulnérabilités des utilisateurs.

¹⁵⁸ Article L. 121-3, 3° du Code de la consommation.

¹⁵⁹ COMMISSION EUROPÉENNE, Lignes directrices sur l'application de la directive 2005/29/CE, 2016, page 24.

¹⁶⁰ Article L. 121-6, alinéa 2, 3° du Code de la consommation.

B - L'appréciation de la déloyauté des autres pratiques de variabilité des prix

131. L'arrêté du 11 mars 2015 précise que « *toute annonce de réduction de prix est licite sous réserve qu'elle ne constitue pas une pratique commerciale déloyale* »¹⁶¹. C'est ici la même logique qui s'applique : si les pratiques litigieuses ne sont pas incluses dans la liste des pratiques prohibées per se, il faut se référer aux critères généraux de déloyauté.

132. Certaines pratiques relatives aux réductions de prix sont interdites per se par la directive de 2005. C'est le cas du professionnel faisant croire au consommateur que la réduction de prix est due au fait qu'il va cesser son activité ou déménager¹⁶². Il en va de même lorsque le professionnel crée un sentiment d'urgence, notamment en déclarant faussement que le produit ne sera disponible que sous certaines conditions, ou pour une période courte, ou en indiquant le nombre d'autres consommateurs consultant l'offre au même moment. Ce serait ici le cas pour un prix réduit affiché pendant une lapse de temps très court, ce qui ne permet pas aux consommateurs de réfléchir à leur décision commerciale¹⁶³. La déloyauté tient du fait que l'urgence pousse les consommateurs à contracter alors même qu'ils auraient pu trouver de meilleures conditions contractuelles ailleurs. Seuls les consommateurs les plus vigilants pourraient contourner ces pratiques.

133. De même, le prix de référence est à indiquer dès lors qu'une réduction de prix est faite. Selon la Cour de cassation¹⁶⁴, la réalité de la réduction de prix peut également être un fondement de déloyauté de la pratique commerciale. En effet, les juges ont précisé que le prix de référence doit renvoyer au prix réellement pratiqué, il ne doit pas être fictif. Un prix de référence fictif répondrait aux critères généraux permettant la qualification de pratique commerciale trompeuse par action.

134. Nous avons précisé précédemment que le versioning et la tarification à étage font souvent recours aux prix d'appels. Ceux-ci sont autorisés, mais peuvent être sanctionnés lorsqu'ils sont trompeurs. Il faut ici se questionner sur la réalité d'un prix d'appel lorsqu'il est question de ces deux pratiques. Est-il trompeur d'afficher un prix sachant qu'il est très probable que le

¹⁶¹ Arrêté du 11 mars 2015, article 1.

¹⁶² Article L. 121-4, 14° du Code de la consommation.

¹⁶³ Article L. 121-4, 7° du Code de la consommation.

¹⁶⁴ Cour de cassation, 25 juin 2019, n°18-84143.

consommateur ne soit pas informé dès le départ que les bagages ne sont par exemple pas inclus, et qu'il doit les ajouter au prix affiché ? Bien qu'il n'y ait pas de réponse juridique à cette question, le fait que le prix final payé par le consommateur est rarement identique au prix d'appel lève quelques doutes sur la loyauté de cette pratique¹⁶⁵.

135. Enfin, la tarification dynamique peut s'appuyer sur une vulnérabilité collective des consommateurs, comme il était question lorsque Uber a augmenté les prix lors d'attentats. On pourrait se pencher sur les pratiques commerciales agressives pour réglementer l'augmentation du prix lorsqu'une catastrophe naturelle ou un incident de grande ampleur survient. Il semble en effet déloyal d'augmenter les prix alors que les consommateurs sont en situation de détresse ou de vulnérabilité suite à un événement imprévisible de ce type.

136. En conclusion, le droit de la consommation est important lorsqu'il est question des variabilités des prix. Il permet de garantir une grande transparence envers les consommateurs, de manière à ce qu'ils comprennent ces pratiques et agissent de manière éclairée lorsqu'ils les rencontrent. Toutefois, pour certains auteurs, comme A. Sibony et D. Clifford, les mécanismes d'information précontractuelle et de protection contre les pratiques déloyales ne sont pas assez efficaces, en ce que les consommateurs lisent rarement toutes les informations qui leur sont transmises lorsqu'ils contractent en ligne¹⁶⁶. Alors, même si les informations sont claires et précises, il n'est pas certain que les consommateurs aient réellement compris les prix, ni leur mode de calcul. Ceci a été appuyé par l'étude menée par Ipsos pour la Commission Européenne, selon laquelle « *le fait d'indiquer avoir conscience de l'existence de ces pratiques ne se traduit pas nécessairement en une capacité à identifier correctement la personnalisation en ligne* »¹⁶⁷. Par conséquent, il est nécessaire de se pencher vers d'autres moyens de protection issus du droit positif, la seule transparence se montrant insuffisante à protéger pleinement les consommateurs.

137. Notons que le droit de rétractation offert aux consommateurs contractant à distance n'a pas été mentionné ici, parce qu'il n'est pas en relation directe avec le prix, mais qu'il pourrait intervenir

¹⁶⁵ REMOND (S.), « Les différentes techniques de variation des prix », INC, Fiche économique E10, 22 avril 2021.

¹⁶⁶ SIBONY (A.) ; CLIFFORD (D.), « La personnalisation illicite, La perspective du droit européen de la consommation », Le Big Data et le Droit, Sous la direction de Florence G'sell, Dalloz, 2020, page 264.

¹⁶⁷ COMMISSION EUROPÉENNE, « Étude de marché consommateurs sur la segmentation du marché en ligne à travers la tarification/les offres personnalisée(s) dans l'UE », Ipsos, London Economics and Deloitte, juin 2018, page 4.

ici¹⁶⁸. Si, dans les quatorze jours après avoir contracté, le consommateur découvre que les prix ont été personnalisés et désire s'y opposer, ou s'il a trouvé un meilleur prix auprès d'un autre professionnel, il peut revenir sur le contrat. Ce mécanisme est né du fait que, lorsque l'on conclue un contrat à distance, le consommateur ne pas pu voir l'objet en question, et n'est donc pas certain qu'il convienne au but recherché. Les consommateurs peuvent de ce fait obtenir remboursement de leur achat et se tourner vers un produit. Il faudrait toutefois qu'il y ait un marché de produits similaires dont le prix diffère, sous peine de quoi le consommateur devrait accepter le prix, ou se passer du produit litigieux.

¹⁶⁸ DE STREEL (J.) ; JACQUES (F.), « Personalised pricing and EU law », Rapport pour la 30^{ème} Conférence Régionale Européenne de l'ITS, juin 2019, page 10.

Chapitre 2. Moyens de protection subsidiaires de droit positif

138. Des exigences de transparences similaires sont imposées par le droit des données personnelles (section 1).

139. Les outils juridiques complémentaires permettant d'encadrer la variabilité des prix (section 2) sont le droit de la concurrence et le droit pénal. Ils viennent limiter les atteintes portées à l'intérêt général¹⁶⁹. Ils ne sanctionnent pas de directement la présence d'une variabilité des prix, mais la façon dont elles sont mises en place.

¹⁶⁹ OCDE, Comité de la concurrence, « Synthèse de la table ronde sur la personnalisation des prix à l'ère numérique : Annexe au compte rendu succinct de la 130e réunion du Comité de la concurrence tenue les 27 et 28 novembre 2018 », page 4.

Section 1. Le droit des données personnelles

140. Le Règlement Général sur la Protection des Données (RGPD)¹⁷⁰ soumet les responsables de traitements à des obligations spécifiques justifiées par le fait que collecter et traiter les données personnelles est une forme d'intrusion dans la vie privée des utilisateurs.

141. La personnalisation des prix implique nécessairement la collecte de données personnelles¹⁷¹. Le yield management est exclu en ce qu'il se réfère non pas aux données personnelles des utilisateurs, mais aux données de marché, aux événements extérieurs aux consommateurs. Il en va de même pour les réductions de prix en ce qu'elles sont usuellement les mêmes pour tous les consommateurs. Nous nous concentrerons alors ici exclusivement sur les prix personnalisés. De ce fait, toute personnalisation des prix doit se faire en conformité avec le RGPD.

142. Dans un premier temps seront étudiées les obligations spécifiques d'informations liées au traitement des données personnelles (§1), pour se pencher ensuite sur la protection du consentement des utilisateurs (§2).

§1. Les obligations spécifiques d'informations liées au traitement des données personnelles

143. Pour que le RGPD soit applicable, il faut qu'ait lieu un traitement de données à caractère personnel. Le traitement est défini à l'article 4 du règlement comme étant « *toute forme de traitement automatisé de données à caractère personnel consistant à utiliser ces données à caractère personnel pour évaluer certains aspects personnels relatifs à une personne physique, notamment pour analyser ou prédire des éléments concernant le rendement au travail, la situation économique, (...) de cette personne physique* ». Cette définition est très large, en ce qu'elle englobe jusqu'à la simple conservation ou consultation des données. Cela permet d'appliquer ce règlement, et donc de protéger les utilisateurs, dès que les données personnelles sont collectées ou analysées d'une quelque façon que ce soit.

¹⁷⁰ Règlement 2016/679 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.

¹⁷¹ OCDE, « La personnalisation des prix à l'ère numérique », Note de l'Union Européenne, 28 novembre 2018, page 11.

144. La personnalisation des prix ne peut être mise en place que par le biais des données personnelles, notamment les habitudes économiques des consommateurs¹⁷². C'est grâce à ces données que l'on peut établir des profils et des catégories de consommateurs, comme les cookies, l'adresse IP, la localisation ou le nombre de connexions sur le site du professionnel¹⁷³. Les données personnelles des utilisateurs sont collectées et exploitées par de plus de plus d'entreprises, ce qui leur permet d'obtenir de plus amples informations sur leurs clients¹⁷⁴. La Commission Européenne a précisé que les professionnels identifiant les habitudes d'achats des consommateurs par le biais d'un traitement des données personnelles doivent être considérés comme des responsables de traitement¹⁷⁵. Le profilage peut être assorti d'une prise de décision automatique permettant de fixer les prix de manière automatique selon le profil qui a été établi de chaque utilisateur¹⁷⁶. Ces prises de décision automatiques sont des algorithmes créés pour que soient appliqués des prix différenciés sans aucune intervention humaine. Elles sont également visées par le RGPD. Le profilage étant par nature intrusif en ce qu'il va s'intéresser à des informations à caractère privé, son responsable est soumis à des obligations particulières visant à protéger les utilisateurs.

145. Tout traitement des données personnelles doit se faire en conformité avec les principes édictés à l'article 5 du RGPD. Ce sont les principes de transparence, de loyauté et de licéité du traitement ; de finalité déterminée ; de collecte et de traitement adéquats et proportionnés à la finalité déterminée ; d'exactitude des données ; de durée limitée de conservation des données et de confidentialité et sécurité du traitement. Bien qu'ils aient tous à être respectés lors d'une collecte et d'un traitement de données personnelles, seuls certains nous intéressent particulièrement dans le cas des prix personnalisés, en ce qu'ils mettent à la charge du responsable de traitement de nouvelles obligations d'information. Ce sont les principes de transparence et loyauté du traitement des données personnelles (A), et celui de finalité déterminée et licite du traitement des données personnelles (B).

¹⁷² DE STREEL (J.) ; JACQUES (F.), « Personalised pricing and EU law », Rapport pour la 30^{ème} Conférence Régionale Européenne de l'ITS, juin 2019, page 8.

¹⁷³ OCDE, « La personnalisation des prix à l'ère numérique », Note du Portugal, 28 novembre 2018, page 3.

¹⁷⁴ WHICH?, « Control, Alt or Delete? The future of consumer data », juin 2018.

¹⁷⁵ COMMISSION EUROPÉENNE, Lignes directrices sur l'application de la directive 2005/29/CE, 2016, page 148.

¹⁷⁶ DE STREEL (J.) ; JACQUES (F.), « Personalised pricing and EU law », Rapport pour la 30^{ème} Conférence Régionale Européenne de l'ITS, juin 2019, page 8.

A - La transparence et la loyauté du traitement des données personnelles

146. Selon le considérant 60 du RGPD, le principe de traitement loyal et transparent « *exige que la personne concernée soit informée de l'existence de l'opération de traitement et de ses finalités* ». Ce principe porte tout particulièrement sur l'information sur la présence d'un traitement des données personnelles. Ensuite, le responsable du traitement doit informer les utilisateurs de l'éventuelle existence de toute prise de décision automatisée¹⁷⁷. Comme il a été précisé précédemment, la personnalisation des prix est mise en place par le biais d'un profilage permettant de créer des catégories de consommateurs, se fondant sur les informations personnelles relatives à chacun d'eux. Ce profilage permet de distinguer les habitudes et intentions d'achat des différents utilisateurs pour ensuite leur proposer les offres et les prix qui s'adaptent le mieux à leur profil. Par conséquent, cette obligation est particulièrement importante lorsque des prix personnalisés sont mis en place. L'enjeu est double : l'information permet aux consommateurs d'identifier qu'il y a eu un traitement de ses données ayant mené à un profilage, et de comprendre que les prix qui sont affichés leur sont propres. Les autres consommateurs ne tombant pas dans la même catégorie qu'eux se verront offrir des prix qui peuvent grandement différer. En conséquence, le consommateur peut prendre une décision commerciale en connaissance de cause, sans découvrir a posteriori qu'il aurait pu obtenir un meilleur prix.

147. Le groupe de travail « Article 29 » qui traitait des questions liées à la protection des données personnelles a souligné que les critères sur lesquels se base le traitement des données, donc ici le profilage, doivent être communiqués à l'utilisateur. Cela lui permet de contester la prise de décision automatique, montrant que le profil qui a été fait de lui ne correspond pas à la réalité¹⁷⁸. Il reste que cette information, lorsque le prix a été déterminé par une prise de décision automatisée, peut être difficile à obtenir, même pour le professionnel. Il peut ne lui-même pas saisir toutes les étapes de traitement des données qui ont été faites pour parvenir au prix personnalisé final¹⁷⁹. La Commission Européenne a précisé que la protection des consommateurs devait toujours se faire dans le respect de la liberté de commerce des

¹⁷⁷ Considérant 60 et Article 13.2, f) du RGPD.

¹⁷⁸ COMMISSION EUROPÉENNE, Groupe de travail « Article 29 » sur les lignes directrices sur la prise de décisions automatisée and le profilage en vu du Règlement n°2016/679, 2018, page 27.

¹⁷⁹ OFCOM, « Personalised pricing for communications : Making data work for consumers », 4 août 2020..

professionnels, et ne devait alors pas porter atteinte aux intérêts des professionnels de manières disproportionnées¹⁸⁰.

148. Tout comme pour l'obligation précontractuelle d'information du Code de la consommation, le considérant 39 du RGPD impose que ces informations soient « *aisément accessibles, faciles à comprendre, et formulées en des termes clairs et simples* ». Il ne suffit pas que l'information ait été transmise, elle doit être compréhensible par le consommateur moyen, raisonnablement informé. Il est précisé que les utilisateurs doivent « *être informés des risques, règles, garanties et droits liés au traitement des données à caractère personnel et des modalités d'exercice de leurs droits en ce qui concerne ce traitement* ». Les utilisateurs doivent avoir une compréhension intégrale du traitement, et de leurs droits.

149. Il ressort de ces principes que, dès lors que les données personnelles des utilisateurs sont collectées, ceux-ci doivent être informés du but de leur traitement, donc en l'espèce de la présence d'une personnalisation des prix. Mais, comme celle-ci est fondée sur un profilage par un système de décision automatisée, les utilisateurs doivent également être informés du profil qui est fait d'eux, ainsi que de la catégorisation qui a été faite. Enfin, si la personnalisation des prix est faite sur le seul fondement de la base de décision automatisée, donc sans intervention humaine, les paramètres de détermination des prix doivent être transmis aux utilisateurs s'ils en font la demande. Ces obligations d'informations s'ajoutent à celles de l'obligation précontractuelle d'information dues lors de la conclusion de tout contrat de consommation. Ces exigences de transparence spécifiques permettent de garantir une compréhension complète de la démarche commerciale dont les consommateurs font l'objet.

B - La finalité déterminée et licite du traitement des données personnelles

150. Ce même considérant 39 du RGPD impose au responsable du traitement de fournir une information sur les finalités du traitement des données personnelles : c'est le principe de finalité déterminée. La finalité doit être « *explicite et légitime, et déterminée lors de la collecte des données* »¹⁸¹. Cela signifie que l'utilisateur doit comprendre pourquoi ses données sont

¹⁸⁰ C'est notamment ce qui a été retenu dans l'arrêt CJUE, 10 juillet 2019, n°C-649/17, Amazon UE par lequel elle estime que demander au professionnel de fournir une ligne téléphonique spécialement dédiée aux appels des consommateurs dès lors qu'il met à leur disposition d'autres moyen de communication efficaces et aisément accessibles.

¹⁸¹ Considérant 39 du RGPD.

collectées, et ce pour quoi elles vont être utilisées. Les données personnelles permettant l'identification des utilisateurs, il est important que ceux-ci sachent ce à quoi elles sont destinées. Aussi, il y est précisé que les données personnelles collectées doivent être « *adéquates, pertinentes et limitées à ce qui est nécessaire pour les finalités pour lesquelles elles sont traitées* ». Cela implique qu'elles ne peuvent être collectées « au cas ou » par le responsable de traitement, qu'il ne peut en faire usage que si cela est nécessaire à la finalité recherchée communiquée aux utilisateurs, et uniquement pour cette finalité.

151. Pour ce qui est de l'application de ceci aux prix personnalisés, on comprend que la finalité de personnalisation du prix après un traitement des données personnelles dans le cadre d'un profilage doit expressément être précisée. Les utilisateurs doivent être informés, dès qu'ils naviguent sur un site internet, que leurs données personnelles seront collectées et feront l'objet d'un traitement afin de leur offrir des prix correspondant au profil qui a été fait d'eux. Cette information doit, encore une fois, répondre aux critères de l'information précise, claire et loyale. Les utilisateurs doivent comprendre la portée exacte de qu'il adviendra de leur données pour que l'on puisse estimer que leur consentement a été donné de manière éclairée. En pratique, il est rare de voir, lorsque l'on accepte que les données personnelles soient traitées, la finalité de personnalisation de prix. Ceci implique qu'il n'y aurait alors en réalité aucune personnalisation des prix, à moins que ce ne soit dû à des manquements des professionnels à leurs obligations.

152. Enfin, en plus d'être communiquée et déterminée, la finalité du traitement doit être licite, ce qui signifie qu'elle doit se faire sur l'un des six fondements autorisés par le règlement¹⁸². Sont admis les traitements des données personnelles lorsqu'ils sont nécessaires à l'exécution du contrat ; lorsqu'il découle d'une obligation légale ; ou d'une mission d'intérêt public ; ou enfin lorsqu'il est nécessaire à la sauvegarde d'intérêts vitaux d'une personne ou de l'intérêt général. Bien qu'il soit difficile d'imaginer que la personnalisation des prix ait pour fondement une mission d'intérêt public, la protection d'intérêts vitaux ou une obligation légale, elle serait dans ces cas admises comme licite. Pour ce qui est de la nécessité pour l'exécution du contrat, la Commission Européenne a précisé que cette notion doit être interprétée de manière stricte¹⁸³, ce

¹⁸² Article 6 du RGPD.

¹⁸³ COMMISSION EUROPÉENNE, Groupe de travail « Article 29 » sur les lignes directrices sur la prise de décisions automatisée and le profilage en vu du Règlement n°2016/679, 2018, page 13.

qui remet en question la légitimité de la personnalisation des prix sur le fondement de la nécessité à l'exécution du contrat.

153. En revanche, les deux autres fondements de licéité soulèvent quelques questions. Le premier fondement est la nécessité du traitement des données aux fins des intérêts légitimes poursuivis par le responsable du traitement. L'intérêt légitime est limité par « *les intérêts ou les libertés et droits fondamentaux de la personne concernée qui exigent une protection des données à caractère personnel* »¹⁸⁴, à moins que le professionnel ne justifie que ses intérêts légitimes impérieux prévalent¹⁸⁵. En l'espèce, il n'est pas sur que la personnalisation des prix entre dans ce fondement. Le traitement des données personnelles à des fins de prospection est autorisé¹⁸⁶ dès lors qu'elle vise les clients du professionnel : le but commercial est par conséquent admis. En serait-il de même de la personnalisation des prix, si celle-ci permet de fidéliser les clients, ou même de rester concurrentiel ?

154. Le dernier fondement est le consentement de l'utilisateur dont les données sont collectées : l'utilisateur a consenti à ce que ses données soient collectées et exploitées pour la finalité indiquée. Il soulève des questions relatives à la protection du consentement des utilisateurs.

§2. La protection du consentement des utilisateurs

155. Pour que la finalité du traitement soit admise comme licite sur la base du consentement, encore faut-il qu'ait été récolté le consentement libre et éclairé des utilisateurs (A). Cela implique également qu'ils aient un droit d'opposition au traitement des données personnelles (B).

A - Le consentement libre et éclairé des utilisateurs

156. Le consentement est défini à l'article 4 du règlement comme étant « *toute manifestation de volonté, libre, spécifique, éclairée et univoque par laquelle la personne concernée accepte, par une déclaration ou par un acte positif clair, que des données à caractère personnel la concernant fassent l'objet d'un traitement* ». Il doit être libre, ce qui signifie que les

¹⁸⁴ Article 6, 1, f du RGPD.

¹⁸⁵ Considérant 69 du RGPD.

¹⁸⁶ Considérant 47 du RGPD.

consommateurs ont eu un réel choix : ils auraient pu refuser sans que cela ne leur porte préjudice. C'est notamment la raison pour laquelle Google a été condamnée par la CNIL en 2019 : en ne permettant aux utilisateurs d'accéder aux terminaux des appareils que s'ils en acceptent toutes les conditions générales d'utilisation et de service, leur consentement ne peut pas être qualifié de libre¹⁸⁷. Le consentement doit également être spécifique en ce que le consommateur doit consentir au traitement expressément indiqué. Cela implique que le responsable du traitement doit obtenir autant de consentements de l'utilisateur qu'il n'y a de finalités au traitement de ses données personnelles. De plus, cela permet à l'utilisateur de refuser les finalités auxquelles il ne consent pas¹⁸⁸.

157. Enfin, il doit être éclairé et univoque. Le consentement éclairé renvoie au respect des obligations précontractuelles d'information : l'utilisateur ne peut consentir qu'à ce dont il a été dument informé. Si le responsable de traitement n'a pas rempli ces obligations d'information, le consentement n'est pas éclairé. Cela rejoint l'exigence d'un consentement univoque, qui implique que celui-ci se fait sans ambiguïté : l'utilisateur doit comprendre exactement ce à quoi il consent. Pour ce faire, l'article 7, 2 du RGPD précise que « *la demande de consentement est présentée sous une forme qui la distingue clairement de ces autres questions, sous une forme compréhensible et aisément accessible, et formulée en des termes clairs et simples* ». Il ne doit y avoir aucune confusion sur ce pour quoi le consentement de l'utilisateur est demandé.

158. Une présomption de non consentement est prévue à l'article 7, 4 du règlement, précisée par le considérant 43, selon lequel « *le consentement est présumé ne pas avoir été donné librement si un consentement distinct ne peut pas être donné à différentes opérations de traitement des données à caractère personnel bien que cela soit approprié dans le cas d'espèce, ou si l'exécution d'un contrat, y compris la prestation d'un service, est subordonnée au consentement malgré que celui-ci ne soit pas nécessaire à une telle exécution* ». Bien que la présomption ne s'applique que dans deux cas précis, qui sont le consentement unique pour différentes finalités et le fondement trompeur de la nécessité au contrat, cet article permet de protéger d'avantage les utilisateurs. Il reste qu'une appréciation casuistique doit être faite de chaque situation afin de déterminer s'il est « *improbable que le consentement ait été donné librement au vu de toutes les*

¹⁸⁷ CNIL, Délibération n°SAN-2019-001 à l'encontre de la société Google LLC, 21 janvier 2019.

¹⁸⁸ COMMISSION EUROPÉENNE, Groupe de travail « Article 29 » sur les lignes directrices sur la prise de décisions automatisée and le profilage en vu du Règlement n°2016/679, 2018, pages 12 et 13.

circonstances de cette situation particulière »¹⁸⁹. La question se pose désormais sur l'interprétation de ces dispositions qui devrait se faire de manière large afin de mieux protéger le consentement des utilisateurs.

159. Si ces conditions ne sont pas respectées, ou que la présomption est applicable, le consentement ne saurait être vu comme ayant été donné librement, et la personnalisation des prix serait illégale¹⁹⁰. L'article 83 du RGPD liste les conditions de fixation des amendes administratives par les autorités de contrôles nationales chargées de faire respecter le règlement. Elle doivent être effectives, proportionnées et dissuasives. La CNIL a le pouvoir d'imposer des amendes administratives dont le montant peut s'élever jusqu'à 20 millions d'euros pour les personnes physiques, ou jusqu'à 4 % du chiffre d'affaires annuel mondial pour les personnes morales. L'article 84 du RGPD donne le pouvoir aux États membres de créer des sanctions pénales. L'article 226-18 sanctionne le fait de collecter des données à caractère personnel « *par un moyen frauduleux, déloyal ou illicite* » de cinq ans d'emprisonnement et de 300 000 euros d'amende. L'article 226-18-1 sanctionne de cette même peine le fait de « *procéder à un traitement de données à caractère personnel concernant une personne physique malgré l'opposition de cette personne, lorsque ce traitement répond à des fins de prospection, notamment commerciale, ou lorsque cette opposition est fondée sur des motifs légitimes* ». De plus, la nullité du contrat pourrait être demandée sur le fondement des pratiques commerciales déloyales si l'utilisateur a été trompé, ou directement sur le fondement des vices du consentement. Enfin, une action sur le fondement des clauses abusives¹⁹¹ pourrait être engagée dans le cas où l'information fournie ne permettait pas au consommateur de comprendre la portée exacte de son engagement. Le RGPD renvoie au droit de la consommation pour sanctionner ces manquements aux obligations légales d'information permettant d'obtenir un consentement libre et éclairé.

160. Par conséquent, le RGPD joue un rôle essentiel dans le cadre de la réglementation de la personnalisation des prix en ce qu'il permet d'interdire cette pratique lorsqu'elle est réalisée sans que les utilisateurs y aient consenti, et sans qu'ils en soient informés¹⁹². En conclusion, la

¹⁸⁹ Considérant 43 du RGPD.

¹⁹⁰ OCDE, « La personnalisation des prix à l'ère numérique », Note du Royaume-Uni, 28 novembre 2018, page 10.

¹⁹¹ Articles L. 212-1 et suivants du Code de la consommation.

¹⁹² OCDE, Comité de la concurrence, « Synthèse de la table ronde sur la personnalisation des prix à l'ère numérique : Annexe au compte rendu succinct de la 130e réunion du Comité de la concurrence tenue les 27 et 28 novembre 2018 », page 5.

pratique de personnalisation des prix ne peut prendre place que lorsque les consommateurs en ont été dument informés, et l'ont accepté.

B - Le droit d'opposition au traitement des données personnelles

161. L'article 15 du RGPD donne un droit d'accès aux données personnelles collectées, afin de prendre connaissance de celles-ci. En découlent deux droits essentiels : le droit à la rectification des données personnelles inexactes ou incomplètes¹⁹³, ou à leur effacement¹⁹⁴.

162. Pour ce qui est de la rectification, elle joue pour le cas des prix personnalisés un rôle essentiel. En effet, permettre aux utilisateurs de compléter ou modifier les données qui ont été collectées à leur sujet si elles sont incomplètes ou inexactes pourrait changer le prix qui est affiché. Si, lors du traitement des données, une erreur a été faite, faussant l'opération de profilage et mettant le consommateur dans une mauvaise catégorie ne reflétant pas son profil réel, rectifier cette erreur peut lui permettre d'obtenir des prix différents. Un consommateur pourrait voir les prix baisser si le prix maximum qu'il est prêt à payer a été surestimé, ou augmenter dans le cas contraire. Il reste que, peu importe l'issue de cette rectification, la légitimité de la personnalisation des prix peut être remise en cause lorsqu'elle ne correspond pas à la personnalité de la personne qui en est destinataire. Ces droits doivent être explicitement mentionnés aux utilisateurs, ils sont inclus dans l'obligation d'information spécifique au traitement des données personnelles. Sans cette information claire et précise sur ces droits, le responsable du traitement manque à ses obligations légales.

163. En outre, le responsable du traitement a le devoir d'informer les utilisateurs de leur possibilité de s'opposer à la collecte de leurs données au titre de l'article 22 du règlement, selon lequel « *la personne concernée a le droit de ne pas faire l'objet d'une décision fondée exclusivement sur un traitement automatisé, y compris le profilage, produisant des effets juridiques la concernant ou l'affectant de manière significative de façon similaire* ». De plus, le considérant 71 du RGPD précise que « *un traitement de ce type devrait être assorti de garanties appropriées, qui devraient comprendre une information spécifique de la personne concernée ainsi que le droit d'obtenir une intervention humaine, d'exprimer son point de vue, d'obtenir une explication*

¹⁹³ Article 16 du RGPD.

¹⁹⁴ Article 17 du RGPD.

quant à la décision prise à l'issue de ce type d'évaluation et de contester la décision ». Par conséquent, un utilisateur a le droit de refuser un profilage réalisé par une prise de décision automatique, mais également de la contester lorsque la décision ne lui convient pas. Le responsable du traitement se voit dans l'obligation de justifier la décision pour que l'utilisateur puisse la comprendre. Pour ce faire, il doit donc fournir toutes les informations nécessaires à la compréhension de la décision, de manière claire et précise¹⁹⁵. Cette obligation d'information sur le droit de s'opposer au traitement ou de le contester est d'une importance particulière pour la personnalisation des prix, en ce qu'elle permettrait aux consommateurs de s'opposer à ce que les prix soient personnalisés, et de revenir à une neutralité des prix. C'est également ce que permet le droit à l'effacement des données.

164. Selon la Commission Européenne¹⁹⁶, même si les prix personnalisés ne produisent pas d'effets juridiques concernant les utilisateurs, l'article 22 est applicable. En effet, elle précise que les prises de décisions automatiques aux finalités de personnalisation de prix par le traitement des données à caractère personnel peuvent « *affecter de manière significative* » les consommateurs. Elle donne pour exemple le fait que des prix trop élevés pourraient empêcher une personne d'acquérir des biens. L'affectation de manière significative est interprétée comme étant un impact prolongé sur l'individu, ou l'exploitation de ses vulnérabilités¹⁹⁷. La personnalisation des prix entrerait dans ces notions, surtout lorsqu'elle porte sur des biens dont l'acquisition est nécessaire à la survie des individus, ou qu'ils sont dans une situation d'urgence. N'ayant pas d'autre choix que d'acquérir le produit en question, ils seraient dans une situation de vulnérabilité¹⁹⁸.

165. Il y a toutefois trois cas de figure dans lesquels un utilisateur pourrait se voir imposer un traitement de ce type, prévus à l'article 22, 2 du RGPD. Ce sont les traitements fondés sur la nécessité pour l'exécution du contrat, les traitements autorisés par l'Union Européenne ou le droit de l'État membre auquel le responsable du traitement est soumis, ou encore le consentement explicite de l'utilisateur¹⁹⁹.

¹⁹⁵ COMMISSION EUROPÉENNE, Groupe de travail « Article 29 » sur les lignes directrices sur la prise de décisions automatisée and le profilage en vu du Règlement n°2016/679, 2018, page 25.

¹⁹⁶ Lignes directrices sur la prise de décisions automatisée and le profilage en vu du Règlement n°2016/679, 2018, page 19.

¹⁹⁷ COMMISSION EUROPÉENNE, Groupe de travail « Article 29 » sur les lignes directrices sur la prise de décisions automatisée and le profilage en vu du Règlement n°2016/679, 2018, page 21.

¹⁹⁸ DE STREEL (J.) ; JACQUES (F.), « Personalised pricing and EU law », Rapport pour la 30^{ème} Conférence Régionale Européenne de l'ITS, juin 2019, page 13.

¹⁹⁹ OCDE, « La personnalisation des prix à l'ère numérique », Note de l'Union Européenne, 28 novembre 2018, page 12.

166. Se pose la question des conséquences, en pratique, de l'exercice du droit d'opposition au traitement des données personnelles. Il est précisé que l'utilisateur doit savoir s'il est obligé de fournir ses données, et il doit être informé « *des conséquences auxquelles (il) s'expose si (il) ne les fournit pas* »²⁰⁰. Si l'utilisateur refuse la collecte et le traitement de ses données, se verrait-il bloquer d'accès à la page internet ? Cela semble très peu probable en ce que cela dissuaderait les consommateurs d'acheter chez ce marchand, et pourrait mener à une perte de réputation du professionnel. Toutefois, de plus en plus de sites internet, principalement d'information, ne sont plus consultables si l'on refuse la collecte des données personnelles ; ou alors nécessitent le paiement d'un abonnement payant permettant de compenser les pertes de l'éditeur du site du fait de la non collecte des données personnelles. Ceci pourrait être vu comme un moyen d'altérer le consentement de l'utilisateur : il n'a pas d'autre choix que de payer un abonnement, ou d'accepter de partager ses données personnelles, s'il veut continuer à consulter le site. Si le consommateur n'a pas le choix de revenir à une neutralité d'internet, son consentement ne peut pas être qualifié de libre. En revanche, il semble probable que le professionnel lui donne l'accès à ses produits, mais que ceux-ci affichent des prix bien plus élevés que les prix proposés lorsqu'il y a eu une personnalisation de ceux-ci. Bien que cela ne reste que purement hypothétique, en ce qu'aucun cas de figure semblable n'a été recensé, il est nécessaire de se demander si le droit pourrait intervenir. De manière générale, il semble impossible de naviguer sur internet sans jamais partager ses données personnelles. Beaucoup de sites internet, notamment pour acheter des biens ou réserver des prestations de service, demandent à ce que les utilisateurs se créent un compte, ce qui reste un moyen de collecter et traiter les données personnelles. Le seul moyen de ne pas transmettre ses données personnelles serait alors de ne plus utiliser les outils de télécommunication en ligne²⁰¹.

167. Enfin, l'article 7.3 du RGPD permet aux utilisateurs de retirer leur consentement à tout moment. Il y est précisé qu'il doit être « *aussi simple de retirer que de donner son consentement* ». Les utilisateurs doivent être libres de refuser à tout moment et sans justification que leurs données personnelles soient traitées dans le but de leur proposer des prix personnalisés, ce qui leur permettrait encore une fois de retourner à des résultats neutres, à un prix unique. Cet article a une portée limitée au seul fondement du traitement sur le

²⁰⁰ Considérant 60 du RGPD.

²⁰¹ WHICH?, « Control, Alt or Delete? The future of consumer data », juin 2018.

consentement de l'utilisateur. Mais, ce fondement étant le seul qui puisse réellement être appliqué à la personnalisation des prix, il semble que ce droit au retrait du consentement permettrait à tout utilisateur d'échapper à la personnalisation des prix s'il en fait la demande. Après avoir retiré son consentement, l'utilisateur est en droit de demander l'effacement de ses données personnelles comme précisé précédemment²⁰².

168. La protection des données personnelles et le droit de la consommation ont pour but de protéger le consommateur en lui garantissant une information claire et précise sur le produit ou service pour lequel il contracte. De ce fait, il peut agir en connaissance de cause, et prendre une décision commerciale libre et éclairée. De façon complémentaire, des outils juridiques sont mis à disposition des consommateurs et des autorités de manière à sanctionner les pratiques de variabilité des prix.

Section 2. Les outils juridiques complémentaires permettant d'encadrer la variabilité des prix

169. D'une part, le droit positif peut intervenir afin de limiter les effets de certaines pratiques sur le marché intérieur grâce aux outils liés au droit de la concurrence (§1), tandis que le droit pénal permet aux consommateurs d'agir par le biais des lois anti-discriminations (§2).

§1. Les outils liés au droit de la concurrence

170. Le droit européen de la concurrence a pour but premier de protéger le marché intérieur de manière à ce que la concurrence y soit libre ; et à but subsidiaire de protéger les consommateurs en tant qu'acteurs importants du marché intérieur. Selon la doctrine, les variabilités des prix peuvent avoir des effets sur le libre jeu de la concurrence, jusqu'à le fausser. Bien que le consensus soit que les effets diffèrent selon le type de marché, et donc qu'une prohibition per se est inutile²⁰³, il reste que les auteurs se sont penchés sur l'application du droit de la concurrence dans les cas où une atteinte à celle-ci serait caractérisée.

²⁰² DE STREEL (J.) ; JACQUES (F.), « Personalised pricing and EU law », Rapport pour la 30^{ème} Conférence Régionale Européenne de l'ITS, juin 2019, page 13.

²⁰³ Ibid., page 14.

171. Les deux axes à développer sont la prohibition des ententes sur le marché intérieur (A), ainsi que l'abus de position dominante (B). Ces pratiques anticoncurrentielles sont respectivement sanctionnées aux articles 101 et 102 du TFUE, transposés aux articles L. 420-1 et suivants du Code de commerce.

A - La prohibition des ententes sur le marché intérieur

172. Une entente est définie par l'article L. 420-1 du Code de commerce comme étant toute « *action concertée, convention, entente expresse ou tacite ou coalition* » ayant pour objet ou effet « *d'empêcher, de restreindre ou de fausser le jeu de la concurrence sur un marché* ». Tout accord n'est pas prohibé ; seuls le sont ceux ayant pour objet ou effet de porter atteinte à la libre concurrence. Elles ne sont donc pas interdites per se : une étude casuistique permet leur exemption si leur effet positif sur la concurrence est démontré²⁰⁴. Il y a les ententes verticales qui prennent place entre un fournisseur et un distributeur, ils ne sont pas concurrents ; et les ententes horizontales, entre des concurrents. Il a une entente si des entreprises se sont entendues pour agir d'une certaine manière sur un même marché, et ce même si elles ne visaient pas à éliminer la concurrence par cet accord. Par accord, l'article L. 420-1 est explicite : il n'est pas nécessaire qu'un contrat ait été conclu. Tout accord, quelle que soit sa forme ou sa nature, peut être qualifié d'entente. Tout échange d'information entre entreprises concurrentes sur leurs stratégies tarifaires pourrait tomber sous la qualification de l'entente²⁰⁵ s'il a pour but ou effet de fausser le libre jeu de la concurrence. La veille concurrentielle, qui est le fait d'étudier le marché afin de rester concurrentiel, ne saurait être incluse dans les ententes en ce qu'elle est une pratique unilatérale liée au libre jeu de la concurrence.

173. Une variabilité des prix pourrait constituer une entente sous certaines conditions. Le droit de la concurrence sanctionne les pratique de cristallisation des prix, qui consistent à geler les prix pour qu'ils ne puissent plus baisser²⁰⁶. Par conséquent, les diverses entreprises assurent un bénéfice minimal sur leurs ventes, qui ne pourrait qu'augmenter. Il s'agit également des

²⁰⁴ L'exemption se fait d'abord par le Règlement d'exemption catégorielle, n°330/2010, qui n'a pas été transposé en droit français. Si cette exemption est refusée, l'article L. 420-4, reprenant de manière similaire l'article 101 §3 du TFUE, peut permettre l'exemption de l'accord s'il est démontré que l'entente a un effet positif sur le marché, sur la base de quatre critères : elle assure un progrès économique, une répercussion des profit sur les consommateurs, sans éliminer la concurrence. Le dernier critère est propre à l'organisation des volumes et qualités de production agricole, ainsi que leur politique commerciale.

²⁰⁵ MAINGUY (D.) et DEPINCÉ (M.), « Droit de la concurrence », LexisNexis, 2^{ème} édition, page 300, point 310.

²⁰⁶ Ibid., page 299, point 309.

pratiques visant à baisser artificiellement les prix, rendant impossible toute entrée sur le marché. Tout nouveau concurrent ne pourrait rester concurrentiel : s'il baisse les prix, ses éventuels investissements liés à son entrée sur le marché ne pourraient être rentabilisés.

174. Pour ce qui est de la personnalisation des prix, tout accord entre entreprises visant à appliquer des prix personnalisés identiques pour les mêmes catégories de consommateurs serait qualifié d'entente, et serait alors nul, à moins qu'il puisse être exempté du fait de l'exemption catégorielle²⁰⁷ ou individuelle²⁰⁸. Pour qu'une entente soit caractérisée, il faudrait que les mêmes données soient traitées par un même algorithme, dans le but de fixer le prix de produits substituables. Ce serait notamment le cas où plusieurs vendeurs utilisent un même sous-traitant des données personnelles. Il faut toutefois que les vendeurs partagent un même marché pertinent, donc que les produits soient substituables pour les clients. Dans ce cas précis, il n'y a pas d'entente à proprement parler, à moins que les professionnels se soient explicitement d'accord pour s'orienter vers un même sous-traitant, ce qui aurait pour but ou effet de porter atteinte à la concurrence²⁰⁹. Mais, autrement, l'utilisation involontaire d'un même algorithme traitant les mêmes données pourrait conduire en un alignement des prix. Dans ce cas, la CJUE²¹⁰ a estimé que le sous-traitant pourrait être tenu responsable de l'entente, en ce qu'il soumet tous les concurrents aux mêmes conditions de manière consciente. La Cour a également précisé que les professionnels pourraient voir leur responsabilité engagée s'ils sont au courant des agissements du sous-traitant, et donc que tous les concurrents sont soumis exactement aux mêmes conditions.

175. Pour la tarification dynamique, tout accord visant à modifier artificiellement les indices de référence de fixation des prix pourrait également être qualifié d'entente. Il en va de même pour tout accord visant à unifier les prix sur le marché, que ce soit fait par le biais de n'importe quelle technique de variabilité des prix.

176. Des auteurs estiment que la personnalisation des prix aurait tendance, par essence, à empêcher les cartels en ce que les algorithmes utilisés le sont à titre individuel²¹¹, c'est un comportement

²⁰⁷ Règlement n°330/2010 dit Règlement d'exemption catégorielle.

²⁰⁸ Article 101, 3 du TFUE.

²⁰⁹ Article 101, 1 du TFUE.

²¹⁰ CJUE, VM Remonts c/ Konkurences padome, affaire C-542/14, 21 juillet 2016 ; et CJUE, Eturas et al. c/ Lietuvos Respublikos konkurencijos taryba, affaire C-74/14, 21 janvier 2016.

²¹¹ OCDE, « La personnalisation des prix à l'ère numérique », Note du Royaume-Uni, 28 novembre 2018, page 6.

unilatéral. Néanmoins, l'effet cumulatif des nombreuses pratiques individuelles pourrait être invoqué pour qualifier l'entente²¹². Bien que l'usage d'un algorithme ne saurait être par nature anticoncurrentiel, l'utilisation par une multitude de professionnels d'algorithmes similaires pourrait avoir des effets néfastes sur la concurrence. La seule interaction des ordinateurs et algorithmes, qui pourraient se croiser, alignerait les prix, sans aucune intervention humaine, et sans que ce ne soit volontaire. Ce serait notamment le cas si l'algorithme, lorsqu'il fixe les prix, prend en compte les prix affichés par les concurrents pour déterminer ses propres prix. Dans ce cas, le changement de prix chez l'un pourrait entraîner un changement chez tous les autres²¹³. C'est cette coordination, même involontaire, qui aurait des effets néfastes sur la concurrence. Reste à savoir si les alignements de prix qui sont faits de manière inconsciente, sans aucune intervention humaine pourraient entrer dans la définition d'une entente. De plus, on ne pourrait sanctionner la pratique visant à modifier les prix selon ceux affichés par les concurrents : cela relèverait alors du yield management, ce qui n'est pas interdit²¹⁴.

177. Notions également que la Commission Européenne a précisé que les doubles prix (ou dual pricing) sont des restrictions caractérisées²¹⁵. C'est le fait d'appliquer des prix différents selon que les produits soient distribués en ligne ou en magasin physique. C'est alors une pratique anti-concurrentielle pouvant tomber sous le coup de l'entente. L'accord tout entier devient nul et ne pourra être exempté. Donc, cette précision amène également à limiter le champ des variabilités des prix : on ne pourrait faire entrer cette différence de canal de diffusion dans les critères de personnalisation des prix, ni même proposer des réductions différentes sur ce même fondement.

178. La qualification d'entente ne pourrait être retenue que difficilement pour les pratiques de variabilité des prix lorsqu'elles ne font pas l'objet d'un accord explicite entre entreprises tendant à afficher des prix identiques.

²¹² Considérant 15 du Règlement n°330/2010.

²¹³ AUTORITÉ DE LA CONCURRENCE et BUNDESKARTELLAMT, « Algorithmes et concurrence », novembre 2019

²¹⁴ Ibid.

²¹⁵ Enquête sectorielle de la Commission européenne sur le commerce électronique 2018, Staff working paper §597.

B - L'abus de position dominante

179. La personnalisation des prix n'aura d'effets néfastes sur la concurrence, hormis le cas des ententes, que lorsqu'elle n'est pas parfaite. Cela signifie que dans les situations de monopole ou de position dominante, l'utilisation de ces pratiques présente un risque pour le marché ainsi que pour les consommateurs²¹⁶.

180. L'abus de position dominante est le fait pour une entreprise d'exploiter de manière abusive une position dominante sur le marché²¹⁷. L'entreprise ayant une place prépondérante sur un marché, elle lui permet « *de faire obstacle à une concurrence effective* »²¹⁸. Cette place sur le marché s'analyse selon les parts de marché dont dispose l'entreprise. Le marché étudié est le marché dit pertinent : c'est le critère de substituabilité des produits qui est retenu. Le marché pertinent comprend toutes les entreprises proposant des produits similaires, dont l'essence et l'usage restent les mêmes, vers lesquels les consommateurs peuvent s'orienter si le produit qu'ils recherchent est indisponible. Bien qu'aucun seuil ni aucune limite ne soit instauré, la CJUE estime qu'une entreprise détenant 40% des parts du marché pertinent est en position dominante²¹⁹. Toutefois, ce n'est pas le seul critère à prendre en compte. Dans l'arrêt Carbonate de soude²²⁰, la CJUE a refusé de caractériser la position dominante alors même que l'entreprise disposait de 90% des parts de marché.

181. L'article 102, a du TFUE précise « *qu'imposer de façon directe ou indirecte des prix d'achat ou de vente ou d'autres conditions de transaction inéquitables* » est un abus de position dominante. Lorsqu'il est question des pratiques de variabilité des prix, l'abus pourrait être caractérisé lorsque les entreprises utilisent ces pratiques dans le but d'exclure des concurrents²²¹ ou d'exploiter les consommateurs²²². Pour exclure les concurrents, il serait aisé pour une entreprise possédant une position clé sur le marché de baisser ses prix de manière à ce que les clients se détournent de ses concurrents, pour les faire sortir du marché²²³. La même technique pourrait

²¹⁶ OCDE, « La personnalisation des prix à l'ère numérique », Note du Royaume-Uni, 28 novembre 2018, page 12.

²¹⁷ Articles 102 du TFUE et L. 420-2 du Code de commerce.

²¹⁸ MAINGUY (D.) et DEPINCÉ (M.), « Droit de la concurrence », LexisNexis, 2^{ème} édition, page 307, point 322.

²¹⁹ CJUE, United Brands, affaire C-27/76, 14 février 1978.

²²⁰ CJUE, Carbonate de soude, affaire C-37/96, 13 décembre 2000.

²²¹ OCDE, « La personnalisation des prix à l'ère numérique », Note du BIAC, 28 novembre 2018, page 8.

²²² OCDE, « La personnalisation des prix à l'ère numérique », Note du Royaume-Uni, 28 novembre 2018, page 10.

²²³ Ibid., page 7.

être utilisée pour rendre l'accès au marché pour les nouveaux acteurs difficile, voire impossible. Cette baisse des prix ne permettrait pas aux concurrents de rester compétitifs. Rappelons que la pratique de personnalisation des prix exclue par nature les concurrents les plus faibles. Comme expliqué précédemment, celle-ci ne peut être mise en oeuvre seulement lorsque les entreprises ont les moyens suffisants d'acquérir les technologies nécessaires au profilage et à la catégorisation des consommateurs²²⁴, ainsi que les moyens de récolter suffisamment de données personnelles diverses pour catégoriser les clients. De même, il est plus aisé pour les professionnels déjà établis de déterminer quelle partie de la clientèle est plus sensible aux prix que les nouveaux entrants sur le marché qui n'ont pas encore assez d'expérience pour ce faire²²⁵.

182. Lorsqu'un professionnel utilise sa position dominante pour fixer des prix très bas, il est possible d'agir sur le fondement des prix abusivement bas²²⁶. Ceux-ci, exclusivement sanctionnés par le droit interne à l'article L. 420-5 du Code de commerce, sanctionnent les professionnels fixant des prix trop bas dans le but d'exclure leurs concurrents. La CJUE a estimé qu'un prix est excessif lorsque la différence entre le coût de revient²²⁷ et le prix payé par le consommateur est excessive, ou lorsqu'il est excessivement bas par rapport aux prix pratiqués par les concurrents²²⁸. Ils peuvent donc être abusivement bas par rapport au niveau moyen des prix pratiqués sur le marché, ou par rapport au coût de production du produit. Le seul fait que le prix de vente soit inférieur au coût de revient ne suffit pas, il faut qu'il le soit de façon abusive : en droit français, on ne contrôle pas la lésion, qui est l'adéquation entre la valeur du produit et son prix de vente²²⁹. La CJUE²³⁰ a condamné une entreprise pour abus de position dominante et prix abusivement bas lorsque celle-ci, possédant une position dominante sur le marché pertinent, pratiquait des prix prédateurs. Ils sont des prix très bas, souvent en deçà du coût de revient des produits, visant à capter la clientèle des concurrents, et étant compensés par les bénéfices faits sur les autres produits. Les pertes ne sont alors que minimales pour l'entreprise affichant ces prix. Les concurrents, eux, lorsqu'ils ne disposent pas des parts de

²²⁴ AUTORITÉ DE LA CONCURRENCE et BUNDESKARTELLAMT, « Algorithmes et concurrence », novembre 2019..

²²⁵ OFCOM, « Personalised pricing for communications : Making data work for consumers », 4 août 2020.

²²⁶ OCDE, « La personnalisation des prix à l'ère numérique », Note du BUEC, 28 novembre 2018, page 7.

²²⁷ Le coût de revient est le coût de production, de transformation et de commercialisation du produit.

²²⁸ CJUE, United Brands, affaire C-27/76, 14 février 1978.

²²⁹ Article 1168 du Code civil.

²³⁰ CJUE, Akzo Chemie, affaire C-62/86, 3 juillet 1991.

marché suffisantes, n'ont pas les moyens de baisser leurs prix de cette façon. Ils se retrouvent exclus du marché.

183. La différence avec la cristallisation des prix précitée est que celle-ci se fait dans le cadre d'une entente, donc elle implique plusieurs acteurs. Ici, la fixation de prix abusivement bas se fait par un seul acteur qui dispose de parts de marché importantes, si ce n'est de toutes les parts du marché. C'est donc une pratique unilatérale.

184. Pour ce qui est de l'exploitation des consommateurs, elle se résume à, lorsqu'il n'y a pas ou peu de concurrents, à augmenter les prix de manière considérable, profitant du fait que les consommateurs n'ont pas d'autre choix que d'acheter ces produits. Cela ne pourrait prendre place que pour les produits essentiels, dont les consommateurs ne peuvent se passer et sont contraints d'obtenir quel qu'en soit le prix ; mais également sur les marchés où il n'y a aucune alternative. Le produit du professionnel est le seul produit de ce type, correspondant à l'usage que le consommateur veut en tirer. Seul lui pourra le vendre, et ce au prix qu'il désire tant qu'il n'y a pas de concurrents. Une fois les concurrents exclus du marché, celui ou ceux qui restent peuvent augmenter les prix²³¹. Par conséquent, le professionnel en position dominante sur le marché ou en position de monopole peut capter un surplus largement supérieur à celui qu'il obtiendrait si le marché était plus compétitif²³².

185. Il y aurait étagement une exploitation des consommateurs dans le cas où l'on imposerait aux consommateurs des prix personnalisés en sachant que ceux-ci n'ont pas d'autre choix que de contracter avec le professionnel en question, lorsqu'il dispose d'un monopole. C'est notamment ce qui a été relevé par l'autorité de la concurrence allemande, le Bundeskartellamt²³³, selon lequel Facebook, en conditionnant l'accès à tous ses services à l'acceptation de toutes les politiques, notamment d'exploitation des données personnelles, a abusé de sa position dominante sur le marché. Sont liées dans cette affaire la protection de la concurrence et la protection des données personnelles. Cette solution pourrait être appliquée à tout site internet détenant une position dominante sur le marché forçant les consommateurs à accepter le traitement de leurs données personnelles dans le but de personnaliser les prix. Si les

²³¹ WHICH?, « Control, Alt or Delete? The future of consumer data », juin 2018, page 45.

²³² OCDE, « La personnalisation des prix à l'ère numérique », Note du Portugal, 28 novembre 2018, page 5.

²³³ BUNDESKARTELLAMT, Décision sur le caractère abusif de la collecte et du traitement des données personnelles par Facebook,, 19 décembre 2017.

consommateurs ne peuvent naviguer sur le site sans accepter ces conditions, et qu'ils ne peuvent se tourner vers un concurrent pour acheter un produit similaire, l'abus de position dominante pourrait être retenu. Reste à voir ce que la CJUE va décider à ce propos si des cas similaires se présentent à elle.

186. Aucune exemption n'est possible lorsqu'un abus de position dominante est caractérisé²³⁴. Les sanctions des ententes et des abus de position dominantes sont avant tout la nullité de plein droit de l'accord²³⁵ ; puis les amendes pénales prévues à l'article L. 420-6 du Code de commerce.

187. La principale question, pour le droit de la concurrence, est de déterminer si l'intervention de l'État, ou du législateur européen est nécessaire à la protection du marché intérieur. L'État peut intervenir occasionnellement, par décret, dans la réglementation des prix lorsqu'il y a une situation de monopole ou de concurrence faible ; ou lors de circonstances exceptionnelles²³⁶. Mais, la libre fixation des prix reste un principe clé sur le marché, pour lequel une intervention de l'État pourrait être malvenue. Une balance des intérêts doit se faire afin de déterminer si une réglementation spécifique aux pratiques de variabilité des prix serait proportionnelle aux intérêts poursuivis.

§2. Les lois anti-discriminations

188. Le principe de non-discrimination interdit de traiter autrui de manière moins favorable en raison notamment de sa couleur de peau, son origine, ses croyances, son âge, son sexe²³⁷. À situation égale, aucune différence de traitement ne doit être faite. Il découle du principe d'égalité, prévu au premier article de la Constitution du 4 octobre 1958, selon lequel la France « assure l'égalité devant la loi de tous les citoyens sans distinction d'origine, de race ou de religion ». Ce principe est interprété de manière large de manière à s'appliquer à tous les domaines de la vie quotidienne, et doit être respecté par tous. Alors, il doit être respecté même dans les transactions entre professionnels et consommateurs. Elles ne doivent mener à aucune différence de traitement basée sur l'un des critères énumérés dans l'article du Code pénal précité. Cela signifie que toute pratique de réduction de prix, personnalisation de prix,

²³⁴ MAINGUY (D.) et DEPINCÉ (M.), « Droit de la concurrence », LexisNexis, 2^{ème} édition, page 306, point 320.

²³⁵ Articles 101, 2 du TFUE et L. 420-3 du Code de commerce.

²³⁶ Article L. 410-2 alinéas 2 et 3 du Code de commerce.

²³⁷ Article 225-1 du Code pénal.

tarification dynamique et à étage devrait se faire sans jamais discriminer deux consommateurs dont la situation est égale.

189. Sont incluses les variabilités des prix. Elles sont illégales si elles se fondent sur ces critères discriminatoires. Cela signifie que les réductions de prix doivent être les mêmes pour toutes les personnes se trouvant dans une situation similaire, à moins que l'intérêt général ne les autorise. Les réductions étudiantes ou senior semblent entrer dans le cadre des exceptions au principe d'égalité : comme ce sont des personnes considérées comme ayant des revenus plus faibles, si ce n'est inexistant, on compense cette faiblesse en leur offrant des réductions auxquelles les autres catégories de personnes n'ont pas accès. Par contre, offrir une réduction de prix qui diffère de celle offerte aux autres consommateurs sur la base du sexe, de la religion, et autres critères ne saurait être justifié. En théorie, les réductions de prix devraient de ce fait être identiques pour tous, sauf rares exceptions.

190. Pour ce qui est de la tarification dynamique, il paraît peu probable qu'elle soit basée sur l'un des nombreux critères de l'article 225-1 du Code pénal, étant donné que cette pratique se fonde sur des critères de marché, et non sur la personne des consommateurs. Ce fondement ne pourrait par conséquent pas être évoqué par les consommateurs s'ils veulent contester une pratique de tarification dynamique leur ayant fait subir des préjudices.

191. Ensuite, pour ce qui est du versioning et de la tarification à étage, il reste difficile d'imaginer un scénario dans lequel une discrimination serait caractérisée, outre celui où certaines options ne seraient disponibles que pour certaines personnes. Ce serait notamment le cas où on permettrait qu'aux hommes d'accéder à un certain service, sans que les femmes n'aient accès à une prestation similaire. Ce scénario reste toutefois hypothétique.

192. Enfin, vient la question de la personnalisation des prix, aussi appelée pratique de discrimination tarifaire. Selon le principe de non-discrimination, toute personnalisation des prix prenant en compte des critères tels que l'origine, le sexe, une « *particulière vulnérabilité résultant de sa situation économique* », le lieu de résidence, l'état de santé, l'âge, la nationalité serait illégale car discriminatoire²³⁸. Par conséquent, si l'on reprend l'exemple des

²³⁸ Loi n°2008-496 du 27 mai 2008 portant diverses dispositions d'adaptation au droit communautaire dans le domaine de la lutte contre les discriminations, article 1.

consommateurs à faibles revenus pour lesquels les prix des produits faisant l'objet d'une facilité de paiement sont augmentés, ils pourraient se baser sur la discrimination pour contester cette personnalisation des prix. En effet, cela aurait pour conséquence de dissuader les consommateurs de contracter, quand bien même le produit ou service leur serait essentiel. Leur vulnérabilité serait caractérisée dès lors qu'ils n'auraient pas d'autre choix que de contracter auprès de ce professionnel en particulier, par exemple s'il y a un monopole.

193. Du fait de ce principe de non-discrimination, la personnalisation des prix ne peut se faire qu'avec une partie réduite des données personnelles récoltées sur les utilisateurs. Afin de dresser les différents profils des consommateurs, les données relatives à leur sexe, leur nationalité, leur origine, leur religion, leurs opinions politiques, etc ne pourraient être utilisées. Ceci est justifié par le fait que ces caractéristiques n'ont « aucune pertinence aux fins de la fixation du prix d'un produit. »²³⁹. Il est difficile d'imaginer en quoi les opinions politiques²⁴⁰ sont pertinentes lorsqu'il s'agit de fixer les prix des produits alimentaires, par exemple. Par contre, les capacités financières, lorsqu'elles ne sont liées à aucune situation de vulnérabilité, ne sont pas incluses dans les critères discriminatoires. Alors, il semble qu'une personnalisation des prix selon les revenus des consommateurs ne pourrait être contestée sur ce fondement. Plus les consommateurs ont des revenus hauts, plus le prix des produits pourrait augmenter pour eux. Reste que la réputation de l'entreprise pourrait en pâtir si une telle personnalisation des prix est mise en place.

194. Notons que la discrimination peut être autorisée dans certains cas très limités. C'est lorsque la loi la met en place, ou lorsque l'intérêt général le demande²⁴¹. Par exemple, la discrimination positive, qui est le fait de traiter différemment certaines personnes de manière à remédier à une inégalité qu'elles subissent²⁴², est autorisée, bien qu'elle doive être justifiée au regard de sa nécessité et sa proportionnalité. Il est difficile d'imaginer que la discrimination puisse être jugée comme tenant de l'intérêt général lorsqu'il est question des différentes pratiques de variabilité des prix, à moins qu'elles tendent à compenser une inégalité. Nous revenons alors ici au cas des

²³⁹ OCDE, Comité de la concurrence, « Synthèse de la table ronde sur la personnalisation des prix à l'ère numérique : Annexe au compte rendu succinct de la 130e réunion du Comité de la concurrence tenue les 27 et 28 novembre 2018 », page 3.

²⁴⁰ Elles sont incluses dans la liste de l'article 225-1 du Code pénal.

²⁴¹ Conseil d'État, Denoyez et Chorques, n°88032, 10 mai 1974.

²⁴² Loi n°2008-496 du 27 mai 2008 portant diverses dispositions d'adaptation au droit communautaire dans le domaine de la lutte contre les discriminations, article 2.

réductions étudiantes ou senior. Ces personnes étant vues comme ayant moins de ressources financières que les autres, ces réductions semblent justifiées.

195. Du côté des différences de traitement selon le lieu de résidence, c'est vers le droit européen qu'il faut se tourner. L'article 20 de la Directive 2006/123/CE dite directive Services applique le principe de non-discrimination aux prestations de service délivrées au sein de l'Union Européenne. Selon cet article, les États membres doivent empêcher que l'accès aux services ne se fasse sur conditions discriminatoires liées à la nationalité ou au lieu de résidence de leurs destinataires. Dans ces différences de conditions, les différences de prix sont incluses²⁴³. On ne pourrait alors en principe pas fonder une différence de prix sur un lieu de résidence différent. Bien que cette directive n'a pour champ d'application que la fourniture de prestations de service, il fait sens que cette solution puisse être élargie aux ventes de produits.

196. Mais, l'article 20 autorise des « *différences dans les conditions d'accès lorsque ces conditions sont directement justifiées par des critères objectifs* »²⁴⁴. Alors, on admet qu'une telle différence de traitement puisse exister sans qu'elle soit illégale. Les différences de prix ne sauraient être vues comme discriminatoires si elles s'expliquent par la différence de niveau de vie, de salaire moyen, mais aussi des tendances consuméristes des citoyens de chaque pays. C'est ce qui est précisé au Considérant 95 de la directive Service, selon lequel n'est pas une discrimination illégale le fait de prévoir des conditions différant d'un pays à l'autre lorsqu'il est question « *des coûts supplémentaires résultant de la distance ou les caractéristiques techniques de la prestation, ou les différentes conditions du marché, telles qu'une demande plus ou moins forte en fonction de la saison, les différentes périodes de vacances dans les États membres et les prix pratiqués par différents concurrents ou les risques supplémentaires liés à des réglementations différentes de celles de l'État membre d'établissement* ». Ces critères objectifs permettent aux professionnels de faire varier les prix selon la localisation des consommateurs. Cela justifie donc des réductions de prix différentes d'un pays à l'autre, mais également l'application différente de la tarification dynamique, et du versioning. De plus, en droit interne, l'article 225-2 du Code pénal précise que « *les mesures prises en faveur des personnes résidant dans certaines zones géographiques et visant à favoriser l'égalité de traitement ne constituent pas une discrimination* ». Il semble donc que les variations de prix selon le lieu de résidence

²⁴³ COMMISSION EUROPÉENNE, Groupe de travail sur l'application de l'Article 20(2) de la Directive 2006/123/CE, 2012.

²⁴⁴ Article 20 de la Directive 2006/123/CE.

pourraient être justifiées. De même, la Commission Européenne admet que la personnalisation des prix n'est pas discriminatoire lorsqu'elle est basée sur la disposition à payer des citoyens dans les divers États membres. Ceci constitue un critère objectif²⁴⁵.

197. Dans le cas où une discrimination sur le fondement de l'article 225-1 du Code pénal serait relevée par un consommateur, celui-ci n'aurait pas à ramener la preuve, par tout moyen, de faits permettant de présumer l'existence d'une telle discrimination. En effet, la loi de 2008²⁴⁶ renverse la charge de la preuve. C'est au professionnel défendeur de prouver qu'il n'y avait pas de discrimination, ou bien que celle-ci était justifiée par des motifs objectifs, par l'intérêt général, ou par la loi.

198. La violation du principe de non-discrimination est sanctionnée de trois ans d'emprisonnement et de 45 000 euros d'amende lorsqu'elle subordonne « 4) (...) *la fourniture d'un bien ou d'un service à une condition fondée sur l'un des éléments visés à l'article 225-1* »²⁴⁷. Ce serait le cas si le prix est fixé par rapport à l'un des critères discriminatoires. La victime peut également obtenir des dommages et intérêts visant à réparer le préjudice subi.

199. Enfin, la loi n°2016-1547 du 18 novembre 2016 de modernisation de la justice a étendu le domaine des actions de groupe aux discriminations. De ce fait, toute association nationale agréée oeuvrant dans la protection contre les discriminations pourrait agir en défense des personnes victimes de discriminations. Il faut qu'un groupe de personnes physiques, ici des consommateurs, aient fait l'objet d'un même comportement discriminatoire de la part d'un même professionnel. Pour la personnalisation des prix par exemple, la catégorie entière de consommateurs pourrait agir pour contester le prix qui leur est proposé. Les sanctions sont la cessation du comportement illicite et les dommages et intérêts.

200. Ces moyens subsidiaires de protection du marché et des consommateurs permettent de remettre en question les pratiques de variabilité de prix non pas au vu de leur nature, mais uniquement par la manière dont elles sont mises en oeuvre. Le droit de la concurrence sanctionne les

²⁴⁵ COMMISSION EUROPÉENNE, Groupe de travail sur l'application de l'Article 20(2) de la Directive 2006/123/CE, 2012, page 18.

²⁴⁶ Loi n°2008-496 du 27 mai 2008 portant diverses dispositions d'adaptation au droit communautaire dans le domaine de la lutte contre les discriminations, article 2.

²⁴⁷ Article 225-2 du Code pénal.

pratiques fondées sur des ententes ou sur un abus de position dominante, pour protéger le marché. Les lois anti-discriminations permettent aux consommateurs de contester les critères de variabilité des prix, surtout pour la pratique de personnalisation des prix. Elles pourraient faire office d'un fondement de recours très utile, surtout du fait de l'action de groupe.

CONCLUSION

201. Le droit positif semble être suffisant pour encadrer les diverses pratiques de variabilité des prix lorsqu'il s'agit du droit de la concurrence ; mais il devrait être renforcé dans les autres domaines pour être plus efficace. Ceci est avant tout valable pour les obligations de transparence du droit de la consommation et du droit des données personnelles. Bien qu'ils soient aptes à réguler ces pratiques, ils ne sont pas aussi efficaces qu'ils pourraient l'être. Renforcer la transparence, et permettre aux consommateurs de mieux comprendre ces pratiques est essentiel pour assurer leur confiance.
202. Les enjeux, comme la confiance des consommateurs sur le marché intérieur, mais aussi une concurrence saine, ne peuvent être ignorés. Une perte de confiance sur le marché intérieur mènerait à une baisse des transactions entre États membres, ce qui va à l'encontre de ce que promeut la Commission Européenne depuis la création de la Communauté Européenne.
203. Outre un nouvel attirail juridique permettant de renforcer la compréhension et le consentement des consommateurs, on pourrait donner plus de contrôle aux consommateurs. Leur permettre de revenir à une neutralité des prix semble inévitable. Rendre les prix plus prévisible de même, mais cela semble aller contre l'essence même de la tarification dynamique qui pousse les consommateurs à contracter à l'instant donné dans la peur que les prix augmentent et ne puissent plus jamais être aussi bas. Mais, leur permettre d'identifier les horaires et jours auxquels effectuer leurs achats ou réservations pourrait les aider à reprendre confiance.
204. Toutefois, au vu du fort potentiel de développement de ces pratiques, il est possible qu'elles devancent toujours les autorités. Les algorithmes, imprévisibles lorsqu'ils fonctionnent par le biais d'une intelligence artificielle, peuvent également être difficiles à encadrer. La rareté de la pratique de personnalisation des prix ne fait que renforcer cette idée : les autorités ne disposent pas d'assez d'informations pour l'encadrer de manière correcte.

BIBLIOGRAPHIE
OUVRAGES GÉNÉRAUX

MAINGUY (D.) et DEPINCÉ (M.), « Droit de la concurrence », LexisNexis, 2^{ème} édition.

SIBONY (A.) ; CLIFFORD (D.), « La personnalisation illicite, La perspective du droit européen de la consommation », Le Big Data et le Droit, Sous la direction de Florence G'ssell, Dalloz, 2020.

OUVRAGES SPÉCIAUX

AUTORITÉ DE LA CONCURRENCE et BUNDESKARTELLAMT, « Algorithmes et concurrence », novembre 2019.

CITIZENS ADVICE, « A price of one's own : An investigation into personalised pricing in essential markets », août 2018.

COMBE (E.) « Vers des prix personnalisés à l'heure du numérique ? », Fondapol, Fondation pour l'innovation politique, 2019.

COMMISSION EUROPÉENNE, « Étude de marché consommateurs sur la segmentation du marché en ligne à travers la tarification/les offres personnalisée(s) dans l'UE », Ipsos, London Economics and Deloitte, juin 2018.

COMMISSION EUROPÉENNE, Groupe de travail sur l'application de l'Article 20(2) de la Directive 2006/123/CE, 2012.

COMMISSION EUROPÉENNE, Groupe de travail « Article 29 » sur les lignes directrices sur la prise de décisions automatisée and le profilage en vu du Règlement n°2016/679, 2018.

COMMISSION EUROPÉENNE, Lignes directrices sur l'application de la directive 2005/29/CE, 2016.

CONSEIL NATIONAL DE LA CONSOMMATION (CNC), Groupe de travail « Pratiques de gestion in fine des tarifs ou yield management et information du consommateur », 27 janvier 2020.

DE STREEL (J.) ; JACQUES (F.), « Personalised pricing and EU law », Rapport pour la 30^{ème} Conférence Régionale Européenne de l'ITS, juin 2019.

HAUCAP (J.) « When Customers Are—and Aren't—OK with Personalized Prices », Harvard Bus. Rev., 31 mai 2018.

OBSOCO, « Observatoire du rapport au prix », octobre 2014.

OCDE, Comité de la concurrence, « Synthèse de la table ronde sur la personnalisation des prix à l'ère numérique : Annexe au compte rendu succinct de la 130^e réunion du Comité de la concurrence tenue les 27 et 28 novembre 2018 ».

OCDE, « La personnalisation des prix à l'ère numérique », Note du BIAC (Business and Industry Advisory Committee), 28 novembre 2018.

OCDE, « La personnalisation des prix à l'ère numérique », Note du BUEC (Bureau européen des unions de consommateurs), 28 novembre 2018.

OCDE, « La personnalisation des prix à l'ère numérique », Note des États-Unis, 28 novembre 2018.

OCDE, « La personnalisation des prix à l'ère numérique », Note des Pays-Bas, 28 novembre 2018.

OCDE, « La personnalisation des prix à l'ère numérique », Note du Portugal, 28 novembre 2018.

OCDE, « La personnalisation des prix à l'ère numérique », Note du Royaume-Uni, 28 novembre 2018.

OCDE, « La personnalisation des prix à l'ère numérique », Note de l'Union Européenne, 28 novembre 2018.

OFCOM, « Personalised pricing for communications : Making data work for consumers », 4 août 2020.

LE PAPE (N.), « Le prix est-il encore lisible ? », Colloque INC / DGCCRF, 12 juin 2015.

WHICH?, « Control, Alt or Delete? The future of consumer data », juin 2018.

ARTICLES

BUNDESKARTELLAMT, Décision sur le caractère abusif de la collecte et du traitement des données personnelles par Facebook,, 19 décembre 2017.

C2M, « La variabilité des prix », Journal spécial des sociétés, n°10, 6 février 2021, pages 1 à 5.

REMOND (S.), « Les différentes techniques de variation des prix », Institut National de la Consommation, Fiche économique E10, 22 avril 2021.

REMOND (S.), « Le yield management : qu'est-ce que c'est ? », Institut National de la Consommation, Fiche économique E09, 17 février 2020.

SHpanya (A.), « Why dynamic pricing is a must for ecommerce retailers », <https://econsultancy.com>, 16 août 2014.

RICARD (C.), « Cheveux : cette brosse chauffante fait le buzz sur les réseaux sociaux (et elle coûte moins de 50€) », voici.fr, 13 octobre 2020.

« Qu'est-ce que le marché intérieur ? », vie-publique.fr.

INDEX

Clauses abusives : 113 - 114 - 116.

Concurrence : 19 - 41 - 47 - 52 - 57 - 63 - 88 - 92 - 108 - 111 - 115 - 169 à 187.

- **Entente : 172 à 179 - 183 - 186.**
- **Abus de position dominante : 179 à 186.**

Directives.

- **Directive 2011/83/UE : 98 - 104 - 112.**
- **Directive 2005/29/CE : 109 - 117 - 120 à 137.**
- **Directive 93/13/CE : 113.**
- **Directive 98/6/CE : 103 - 107.**
- **Directive 2019/2161/UE : 19 - 109 - 112 - 115.**
- **Directive 2006/123/CE : 195 - 196.**

Discrimination : 188 à 199.

Pratiques commerciales déloyales : 88 - 97 - 109 - 116 à 137.

Règlements.

- **RGPD : 4 - 72 - 140 à 167.**
- **Règlement n°330/2010 : 172 - 174 - 176.**

TFUE : 4 - 171 à 174 - 181 - 186.

Transparence : 71 - 89 - 94 - 97 - 114 - 117 - 136 - 138 - 145 à 149 - 201.

TABLE DES MATIÈRES

REMERCIEMENTS	1
LISTE DES PRINCIPALES ABRÉVIATIONS	2
SOMMAIRE	3
INTRODUCTION	4
PARTIE 1 : LES RAISONS D'UN ENCADREMENT JURIDIQUE DE LA VARIABILITE DES PRIX	8
Chapitre 1. Les diverses pratiques de variabilité des prix	9
Section 1. Les pratiques classiques de variation des prix	10
<u>§1. Les réductions de prix : soldes, promotions et liquidations</u>	<u>10</u>
<u>§2. La tarification dynamique (ou yield management)</u>	<u>11</u>
Section 2. Les pratiques nouvelles de variabilité des prix	15
<u>§1. Le versioning et la tarification à étage</u>	<u>16</u>
<u>§2. La personnalisation des prix par catégories de consommateurs</u>	<u>17</u>
Chapitre 2. Les risques induits par l'absence d'encadrement juridique	21
Section 1. Les conséquences des pratiques de variabilité des prix sur le marché	22
<u>§1. Les avantages de la variabilité des prix</u>	<u>22</u>
<u>§2. Les inconvénients de la variabilité des prix</u>	<u>25</u>
Section 2. La pertinence d'un encadrement juridique spécifique à ces pratiques	28
<u>§1. La mauvaise perception des consommateurs des pratiques de variabilité des prix</u>	<u>28</u>
<u>§2. La nécessité discutée de l'encadrement juridique de ces pratiques</u>	<u>32</u>
PARTIE 2 : LES OUTILS DE L'ENCADREMENT JURIDIQUE DE LA VARIABILITE DES PRIX	36
Chapitre 1. Les outils liés à la protection des consommateurs	37
Section 1. L'obligation précontractuelle d'information	38
<u>§1. L'applicabilité de cette obligation aux cas de variabilité des prix</u>	<u>38</u>
<u>§2. La nécessité de renforcer ce droit face aux prix personnalisés</u>	<u>42</u>
Section 2. La protection contre les pratiques commerciales déloyales	45
<u>§1. L'interdiction des pratiques commerciales déloyales</u>	<u>46</u>
<u>§2. L'application des dispositions interdisant les pratiques commerciales déloyales aux cas spécifiques de variabilité des prix</u>	<u>49</u>
Chapitre 2. Moyens de protection subsidiaires de droit positif	54
Section 1. Le droit des données personnelles	55
<u>§1. Les obligations spécifiques d'informations liées au traitement des données personnelles</u>	<u>55</u>
<u>§2. La protection du consentement des utilisateurs</u>	<u>60</u>

Section 2. Les outils juridiques complémentaires permettant d'encadrer la variabilité des prix	66
§1. Les outils liés au droit de la concurrence	66
§2. Les lois anti-discriminations	73
CONCLUSION	79
BIBLIOGRAPHIE	80
INDEX	83
TABLE DES MATIÈRES	84