

Contribution du GESTE et du SRI

Réponse à la consultation publique de la Commission européenne sur le DFA

Le GESTE et le SRI rassemblent les principaux médias en ligne français (TV, radio, presse, pure players) et leurs régies publicitaires. Ils défendent un environnement qui préserve l'écosystème finançant l'information, soutient le pluralisme et la diversité culturelle et garantit l'accès de tous à des services ouverts.

Ce sont aussi des lieux d'échange où les membres partagent leurs retours d'expérience, notamment sur la mise en œuvre des nouvelles réglementations. Ensemble, ils promeuvent un cadre à la fois respectueux des consommateurs et protecteur de la viabilité des modèles économiques des médias.

Forts d'une expérience approfondie dans l'application des grands textes européens en matière de protection des consommateurs et des utilisateurs (RGPD, ePrivacy, DMA ...), le GESTE et le SRI disposent d'un recul concret sur leurs effets dans le secteur des médias. Ces textes ont profondément structuré l'écosystème numérique. Leur appropriation demande du temps pour en saisir les subtilités, les confronter à la pratique et en garantir une application cohérente et sécurisante pour les acteurs comme pour les utilisateurs.

Le projet de Digital Fairness Act part d'une intention légitime, mais la logique retenue interroge. L'Europe s'est déjà dotée d'un cadre dense et cohérent (RGPD, DSA, DMA, UCPD, CRD, AI Act) qui encadre la transparence, la loyauté et la protection des consommateurs. Le Fitness Check publié par la Commission en 2024 reconnaît que ce corpus constitue un socle robuste et que les écarts observés relèvent surtout de difficultés d'application ou d'interprétation, et non d'un vide juridique. Le besoin principal est donc de consolider et d'harmoniser et non d'ajouter un nouvel étage au cadre existant.

Par ailleurs, plusieurs concepts centraux du projet, comme la « vulnérabilité numérique » ou le « fairness by design », sont non objectivables. Leur caractère intrinsèquement subjectif conduirait, en pratique, à des mises en œuvre au cas par cas impossibles à industrialiser, avec de nombreux effets de bord (identification individuelle de « vulnérabilités », critères variables selon les contextes, incertitude sur la preuve et le contrôle), à des divergences d'interprétation entre États membres et, in fine, à une grande insécurité juridique pour les entreprises.

L'expérience du RGPD l'a montré, lorsque des notions sont mal définies ou trop larges, elles engendrent incertitudes, divergences d'application et contentieux.

En particulier, elle met en lumière combien la régulation des interfaces et des parcours utilisateurs est délicate. Les interfaces de recueil du consentement actuelles répondent avant tout à une accumulation d'injonctions légales, réglementaires et doctrinales. Dans les faits, les utilisateurs s'en saisissent très peu.

La proportion d'utilisateurs procédant à un paramétrage granulaire finalité par finalité dans les CMP est marginale voire inexistante¹.

On en vient ainsi à vouloir « simplifier » et lutter contre la fatigue du consentement après avoir trop complexifié. En effet, l'excès d'injonctions et une lecture trop large des dark patterns ne servent pas toujours l'utilisateur. L'échec de l'initiative Cookie Pledge en est une bonne illustration. La simplification a posteriori d'un cadre déjà dense est quasi impossible. Les remèdes avancés telle que la délégation du consentement au navigateur, n'apportent ni transparence ni réelle compréhension, en plus d'être potentiellement néfastes pour la concurrence. Une approche fondée sur la responsabilisation des acteurs est préférable à l'empilement de règles qui, sous couvert de lutter contre les dark patterns, finissent par être complètement contre productives pour les utilisateurs, et très préjudiciables aux entreprises.

Dans certains cas, comme les parcours de consentement aux pixels dans les emails, l'empilement des règles et contraintes rend la mise en œuvre quasi impossible. En témoigne, plus de de trois ans d'échanges avec la CNIL au cours desquels aucun schéma clair, proportionné et réellement opérationnel n'a pu être arrêté. L'articulation entre les règles de prospection commerciale et l'interprétation RGPD/ePrivacy du consentement aux pixels pose difficulté. Le GESTE et le SRI se tiennent à la disposition de la Commission pour partager leurs travaux détaillés sur ce sujet particulièrement illustratifs des problématiques qui pourraient se poser dans le cadre du DFA.

Plus généralement, l'accent mis sur les dark patterns dans la perspective du DFA ne doit pas élargir excessivement le champ d'intervention du droit dans le design commercial. Il faudra veiller à ce que l'analyse des dark patterns n'assimile pas le marketing légitime à une pratique déloyale. Alors que, par principe, le message commercial et l'incitation à l'action relèvent de l'expression économique légitime d'une entreprise. À défaut, la sur-régulation brouillerait le message pour les utilisateurs, compliquerait l'application du droit et fragiliserait la pluralité des modèles économiques.

FOCUS ILLUSTRATIF : CMP ET COOKIE WALL

Les réflexions menées au sein du GESTE et du SRI sur les différentes interfaces de consentement illustrent particulièrement ces enjeux.

À titre d'exemple, nous travaillons depuis des années avec nos membres sur les modalités de recueil et de gestion du consentement, de manière à ce qu'elles soient à la fois pleinement protectrices pour les utilisateurs et soutenables pour les modèles économiques des éditeurs.

Sept ans après l'entrée en vigueur du RGPD, il n'existe pourtant toujours pas de certitudes opérationnelles ni de sécurité juridique pour les éditeurs. Les éditeurs appliquent aujourd'hui des exigences strictes via leurs plateformes de gestion du

¹ Deuxième niveau de CMP : traduction opérationnelle des exigences de consentement "libre" "**spécifique**" et "éclairé" au sens du RGPD

consentement (CMP), pour se conformer au RGPD et à la directive ePrivacy ainsi qu'aux orientations juridiques et jurisprudentielles qui, au fil du temps, ont progressivement précisé le niveau d'encadrement de ces dispositifs.

Ces interfaces, en apparence protectrices, enferment la décision de l'utilisateur dans une logique exclusivement centrée sur la vie privée, sans mise en balance avec les autres droits et libertés fondamentaux concernés. Le taux de consentement conditionne pourtant directement la capacité économique des médias à financer leurs contenus, à maintenir un accès gratuit et à garantir le pluralisme de l'information.

Face à cette situation, plusieurs éditeurs ont fait le choix de mettre en place des mécanismes de Pay or Consent, confortés dans leurs stratégies par un contexte juridique favorable, bien que restant à préciser.

Ces dispositifs ont pour vocation de permettre à l'utilisateur, selon ses préférences, de choisir parmi plusieurs modalités d'accès à un service, afin de satisfaire :

- Les utilisateurs souhaitant refuser le dépôt ou la lecture des cookies et qui pourront alors se voir offrir une autre voie d'accès sans cookies autres que ceux strictement nécessaires au fonctionnement du service.
- Les utilisateurs acceptant la contrepartie publicitaire ou le dépôt de cookies, qui pourront choisir cette voie pour accéder à un service tout en bénéficiant bien sûr de l'ensemble des droits et garanties prévus par le RGPD.

Ces dispositifs ont été largement adoptés ces dernières années et ont sans aucun doute joué un rôle de sensibilisation auprès des utilisateurs sur le modèle économique des sites de médias.

Plusieurs des pratiques mises en avant dans le Fitness Check et qui orientent cette consultation publique pourraient, si elles étaient interprétées trop largement, fragiliser ce type de dispositif. Il faudra particulièrement veiller à ce que :

- la lutte contre les dark patterns ne conduise pas à assimiler un choix clair entre accès financé par la publicité et accès payant, à une pression commerciale induite,
- la notion de vulnérabilité numérique n'aboutisse pas à présumer que le consentement à la publicité personnalisée n'est jamais libre dans un service gratuit,
- les exigences de neutralité du design n'interdisent pas les parcours d'interface qui expliquent le modèle économique et proposent des options distinctes et licites

En particulier, la publicité personnalisée ne doit pas être stigmatisée par principe. Lorsqu'elle est encadrée, fondée sur le consentement et mise en œuvre dans un environnement transparent, elle constitue un levier de financement légitime et proportionné.

Or, les constats du Fitness Check tendent à assimiler la publicité personnalisée à une exploitation des vulnérabilités des consommateurs, sans distinguer les pratiques abusives des modèles licites et déjà largement encadrés. Cette approche est problématique car elle

stigmatise une fois de plus la publicité ciblée et risque d'invalider par principe tout ciblage publicitaire, y compris celui reposant sur des bases légales solides et respectueuses des droits des personnes.

Le Fitness Check n'évalue ni l'impact réel de ces publicités sur les consommateurs, ni les bénéfices que leur pertinence peut avoir sur la soutenabilité économique des médias ou sur le financement des services en ligne². Il ne démontre pas non plus l'existence d'une exploitation de la vulnérabilité des utilisateurs dans ce contexte. Le rapport souligne d'ailleurs que « *Mystery shoppers in the Commission's 2022 dark patterns study were not able to identify significant cases of vulnerability exploitations in personalised advertising, prices, ranking and recommendations* ».

Le GESTE et le SRI appellent à une approche pragmatique et proportionnée. L'Europe gagnerait à renforcer la clarté du droit existant, la convergence des interprétations nationales et la cohérence entre le DSA, le DMA, RGPD, ePrivacy et le droit de la consommation. La loyauté numérique se construit par la stabilité du droit, la concertation entre acteurs et la reconnaissance de la diversité des modèles économiques.

² Pour les éditeurs numériques, la restriction du ciblage publicitaire limiterait la valorisation de leurs inventaires et conduirait à une baisse des revenus estimée entre 30 & 45% (source : Observatoire epub 34^e édition - Oliver Wyman, page 28)