

Intelligence artificielle et marketing, enjeux juridiques

L'intelligence artificielle offre aux marques une formidable opportunité de renforcer l'efficacité de leurs campagnes marketing. Réussir la personnalisation est un vrai challenge pour les marques et une attente des consommateurs.

D'un point de vue juridique, les nouvelles pratiques ouvrent de nombreux débats.



Onze milliards de dollars ont été investis dans l'intelligence artificielle (IA) dédiée au marketing depuis 2014, dont un milliard pour le seul deuxième trimestre 2019¹. Laurent Alexandre parle de « CRM dopé à l'IA »². Comment définir et qualifier l'IA ? Quel impact peut-elle avoir sur l'appréciation des fonctions essentielles de la marque ? Comment protéger les investissements réalisés dans ce cadre ? Quelles dispositions le législateur envisage-t-il pour en réguler l'usage ?

* Avocate associée IP/IT du cabinet Parthema, membre du réseau Etelio

** Avocate conseil du cabinet Herald, membre du réseau Etelio

La qualification de l'IA et de ses algorithmes

L'algorithme est une formule mathématique qui définit une suite d'instructions en vue de produire un résultat à partir de données ou d'éléments fournis en entrée. Combinés au sein d'un programme informatique, les algorithmes croisent des informations fournies en quantité massive, de sources diverses (statistiques, comportements), et permettent de livrer des résultats d'analyse et de recommandation. Les algorithmes sont aujourd'hui au cœur de l'IA, en ce qu'ils peuvent être conçus pour que leur comportement évolue en fonction des données qui leur sont fournies, et sont capables d'une forme d'apprentissage automatique, voire profond (*deep learning*). Les algorithmes de l'IA analysent « les petits indices » qui se dégagent des données transactionnelles ou comportementales³, mais aussi les « gazouillis » et les « subtils bruissements » à propos des marques qui circulent sur le Web, sur les réseaux et au sein des communautés d'internautes. Ils permettent une analyse fine des comportements des consommateurs et de leur réaction à une action de communication, de promotion ou de marketing.

L'IA demeure cependant un outil et non un oracle divinatoire. La machine, pour apprendre et restituer une recommandation utile, nécessite d'être « alimentée » par des données fiables et pertinentes. L'efficacité du résultat obtenu et de la recommandation issue de l'IA dépend tout autant de la performance de la formule algorithmique que de la qualité et de la nature des informations que cette formule a croisées. La mise en œuvre du règlement général sur la protection des données (RGPD), en ce qu'il impose la tenue de bases incluant des données pertinentes et non obsolètes, constitue un prérequis. Au-delà des problématiques liées à la fiabilité des données collectées, les résultats de l'IA pourraient avoir un effet pervers si les algorithmes analysaient en réalité les utilisations de la marque qu'en font les concurrents.

L'impact de l'IA sur les fonctions essentielles de la marque

Au regard du développement de l'IA dans le marketing, le débat sur la fonction d'investissement de la marque pourrait renaître⁴. On se souvient que la fonction d'investissement avait été réduite à peu de chose par la Cour de justice de l'Union européenne (CJUE) dans son arrêt « Interflora »⁵. Dans cette affaire, la société Interflora tentait d'interdire à la société anglaise Marks & Spencer d'utiliser sa marque

comme mot-clé au sein du service AdWords de Google. La CJUE rappelle alors les trois fonctions de la marque – fonction de garantie d'origine (fonction essentielle), fonction publicitaire et fonction d'investissement. Cette dernière est reconnue comme « *l'emploi de la marque pour acquérir ou conserver une réputation [...] non seulement au moyen de la publicité, mais également au moyen de diverses techniques commerciales* ». Ainsi, « *lorsque l'usage par un tiers, tel qu'un concurrent du titulaire de la marque, d'un signe identique à cette marque pour des produits ou des services identiques à ceux pour lesquels celle-ci est enregistrée gêne de manière substantielle l'emploi, par ledit titulaire, de sa marque pour acquérir ou conserver une réputation susceptible d'attirer et de fidéliser des consommateurs, il convient de considérer que cet usage porte atteinte à la fonction d'investissement de la marque* ». Or, précisément, dans cet arrêt, l'usage que fait la société Marks & Spencer de la marque de la société Interflora n'est pas reconnu comme une atteinte à la fonction d'investissement, dans la mesure où la société Marks & Spencer a respecté les conditions de concurrence loyale et respectueuse de la fonction d'indication d'origine de la marque. Dans ces conditions, le simple fait d'obliger le titulaire de la marque à adapter ses efforts pour conserver sa réputation est insuffisant pour reconnaître une atteinte à la fonction d'investissement de la marque⁶. Mais, qu'en sera-t-il lorsque l'utilisation de la marque par le concurrent aura comme conséquence de brouiller les « gazouillis » et les « subtils bruissements » qui circulent sur le Web, entraînant alors de fausses analyses de la part des algorithmes et des caractéristiques erronées de la réputation de la marque. La cible d'une communication ou d'une publicité établie à partir des analyses de l'IA pourrait aller à l'encontre de ce que pensent en réalité les consommateurs de la marque et de ses produits.

Comment l'IA fera-t-elle la différence entre les clients de la marque ayant cliqué sur le lien classique de celle-ci et ceux ayant cliqué sur la marque utilisée en AdWords par le concurrent ? Sont-ils à la recherche du même produit ? Appartiennent-ils à la même tranche d'âge, à la même catégorie socio-professionnelle, à la même localisation, etc. ? En ayant recours à l'IA – « *nouvelle technique commerciale* » pour reprendre les mots de la CJUE –, nous pourrions sans doute reconnaître ici une atteinte à la fonction d'investissement de la marque mettant en jeu sa réputation ou sa construction et a fortiori sa fonction de garantie d'origine. Nous sommes donc bien au-delà du possible redoublement des efforts du titulaire pour acquérir ou conserver une réputation susceptible d'attirer et de fidéliser les consommateurs. L'enjeu est bien plus important ; il en va de l'image de la marque et de sa gouvernance. Dans ce contexte, la protection et le contrôle de l'IA restent à définir.

La protection et le contrôle de l'IA

Une formule mathématique ne peut être l'objet d'une quelconque appropriation par un droit de propriété. Un algorithme ne peut donc faire l'objet d'aucun monopole, que ce soit au titre du droit d'auteur (il doit rester de libre parcours) ou du droit de la propriété industrielle. En revanche, une combinaison d'algorithmes au sein d'un logiciel lui-même protégeable par le droit d'auteur (seule protection applicable en France pour les logiciels) sera ainsi couvert par les dispositions du code de la propriété intellectuelle (CPI) – dans la mesure où son code source est bien original. La question reste ouverte de la protection des algorithmes par le secret des affaires, tel que défini par la loi n° 2018-670 du 30 juillet 2018 relative à la protection du secret des affaires. Invoquer une telle protection apparaît en premier lieu pertinent, une IA développée en interne pouvant effectivement correspondre à la définition d'une « *information protégée* » au sens du nouvel article L. 151-1 du code de commerce⁷. Le secret risque cependant de se heurter à l'exigence de transparence.

Le rôle du législateur

Quelles dispositions le législateur envisage-t-il pour en réguler l'usage ? Au regard de l'impact de l'IA jusque dans la vie quotidienne des consommateurs et dans les rapports concurrentiels – que ce soit en matière de pratiques marketing, mais également de fixation des prix –, le législateur envisage très sérieusement de créer une obligation de transparence des algorithmes afin de pouvoir les auditer et contrôler les pratiques commerciales. Dans son rapport publié le 1^{er} octobre 2019, la commission d'enquête sur la souveraineté numérique du Sénat relève que « *les algorithmes sont sujets à de nombreux biais. Ils font également l'objet d'une attention croissante au regard de leurs potentiels effets anti-concurrentiels* ». Elle note cependant qu'une simple obligation de publication des algorithmes serait inutile. Encore faut-il pouvoir comprendre la formule et savoir par quelles données elle est alimentée. « *S'il ne paraît ni réaliste ni judicieux de prévoir la publication des algorithmes, il faut en organiser l'auditabilité afin de*

garantir le respect des règles de concurrence, la protection des données, etc. » Il est dès lors sérieusement envisagé de créer au sein de la Direction Générale de la Concurrence, de la Consommation et de la Répression des Fraudes (DGCCRF) une *task force* spécialisée, composée d'enquêteurs spécialement formés et d'informaticiens qualifiés, « *sur le modèle américain de l'Office of Technology Research and Investigation créé en mars 2015 au sein de la Federal Trade Commission* ». L'objectif serait bien de permettre à la DGCCRF d'accéder aux principes et méthodes de constitution des algorithmes ainsi qu'aux données sur lesquelles ils travaillent. Il est vrai que confier cette tâche à la DGCCRF crée un petit goût de contrainte et de sanction. Pourquoi ne pas envisager, aussi, ce besoin de transparence plus positivement ? Parallèlement, il s'agirait de redonner le pouvoir aux citoyens afin qu'ils puissent accéder et ainsi mieux contrôler les algorithmes qui les visent. Instaurer un service public dédié aux citoyens souhaitant « *agir sur les critères qui gouvernent l'IA* »⁸ pourrait être une voie pour renforcer leur acceptabilité, et, partant, leur efficacité. ■

La cible d'une communication ou d'une publicité établie à partir des analyses de l'IA pourrait aller à l'encontre de ce que pensent en réalité les consommateurs de la marque et de ses produits.

1 - *larevueudigital.com/11-milliards-de-dollars-investis-dans-lia-pour-le-marketing-digital/*, 17 octobre 2019.

2 - Laurent Alexandre, La Guerre des intelligences (JClattès 2017).

3 - « Traitement de la data : les nouveaux usages de l'IA en 2019 », *e-marketing.fr*.

4 - CJUE, 1^{ère} ch., 18 juin 2009, aff. C-487/07, L'Oréal SA c/ Bellure NV.

5 - CJUE, 1^{ère} ch., 22 septembre 2011, aff.

6 - Les juges ajoutent : « De la même manière, la circonstance que ledit usage conduise certains consommateurs à se détourner des produits ou des services revêtus de ladite marque ne saurait être utilement invoquée par le titulaire de cette dernière ».

7 - « Art. L. 151-1. Est protégée au titre du secret des affaires toute information répondant aux critères suivants :

1° Elle n'est pas, en elle-même ou dans la configuration et l'assemblage exacts de ses éléments, généralement connue ou aisément accessible pour les personnes familières de ce type d'informations en raison de leur secteur d'activité ;

2° Elle revêt une valeur commerciale, effective ou potentielle, du fait de son caractère secret ;

3° Elle fait l'objet de la part de son détenteur légitime de mesures de protection raisonnables, compte tenu des circonstances, pour en conserver le caractère secret ».

8 - Gaspard Koenig, La Fin de l'individu, voyage d'un philosophe au pays de l'intelligence artificielle (Éditions de l'Observatoire 2019).