

THÈSE

Pour obtenir le grade de

DOCTEUR DE L'UNIVERSITÉ DE REIMS CHAMPAGNE-ARDENNE

Discipline : SCIENCES JURIDIQUES

Spécialité : Droit privé

Présentée et soutenue publiquement par

Charlotte LE CONTE

Le 27 mars 2026

La notion de recommandation numérique

Essai de conceptualisation

Thèse dirigée par M. Geoffray Brunaux

Professeur des universités, Université de Reims Champagne-Ardenne

JURY

M. Cyril NOBLOT	Professeur des universités	Université de Reims Champagne-Ardenne	Président
M. Geoffray BRUNAUX	Professeur des universités	Université de Reims Champagne-Ardenne	Directeur
M. Philippe MOURON	Professeur des universités	Université Aix-Marseille	Rapporteur
Mme Juliette SENECHAL	Professeure des universités	Université de Lille	Rapporteur



L'Université de Reims Champagne-Ardenne n'entend donner aucune approbation ni improbation aux opinions émises dans les thèses. Ces opinions doivent être considérées comme propres à leurs auteurs.

À mon père.

Principales abréviations

ADLC	Autorité de la concurrence
aff.	affaire
aff. jtes	affaires jointes
<i>AJ Contrat</i>	<i>Actualité juridique du contrat</i>
<i>AJ Pénal</i>	<i>Actualité juridique pénale</i>
<i>AJDA</i>	<i>Actualité juridique de droit administratif</i>
al.	alinéa
AN	Assemblée nationale
<i>APD</i>	<i>Archives de philosophie du droit</i>
ARCEP	Autorité de régulation des communications électroniques, des postes et de la distribution de la presse
ARCOM	Autorité de régulation de la communication audiovisuelle et numérique
ARPP	Autorité de régulation professionnelle de la publicité
art.	article
Bibl. dr. ent.	Bibliothèque de droit de l'entreprise
Bibl. dr. privé	Bibliothèque de droit privé
Bibl. sc. crim	Bibliothèque de sciences criminelles
<i>Bull. civ.</i>	<i>Bulletin des arrêts des chambres civiles de la Cour de cassation</i>
<i>Bull. crim.</i>	<i>Bulletin de la chambre criminelle de la Cour de cassation</i>
BVP	Bureau de vérification de la publicité
c/	contre
C. civ.	code civil
C. com.	code de commerce
C. consom	code de la consommation
C. élect.	code électoral
C. mon. fin.	code monétaire et financier
C. pén.	code pénal
C. trav.	code du travail
CAA	Cour administrative d'appel
CA	Cour d'appel
CADA	Commission d'accès aux documents administratifs
<i>Cah. dr. entr.</i>	<i>Cahier de droit des entreprises</i>
Cass. civ.	Arrêt d'une chambre civile de la Cour de cassation
Cass. com.	Arrêt de la chambre commerciale de la Cour de cassation
Cass. crim.	Arrêt de la chambre criminelle de la Cour de cassation

Cass. soc.	Arrêt de la chambre sociale de la Cour de cassation
CCC	<i>Contrats concurrence consommation</i>
CCE	<i>Communication commerce électronique</i>
CE	Conseil d'État
CEDH	Cour européenne des droits de l'Homme
CEPD	Comité européen de la protection des données
chap.	chapitre
chron.	chronique
CGI	code général des impôts
CJUE	Cour de justice de l'Union européenne
CNIL	Conseil national de l'informatique et des libertés
CNNum	Conseil national du numérique
coll.	collection
Com. EDH	Commission européenne des droits de l'Homme
comm.	commentaire
concl.	conclusions
consid.	considérant
<i>contra</i>	en sens contraire
Conv. EDH	Convention européenne des droits de l'Homme
CPI	code de la propriété intellectuelle
CPP	code de procédure pénale
CSA	Conseil supérieur de l'audiovisuel
CSP	code de la santé publique
CSPLA	Conseil supérieur de la propriété littéraire et artistique
<i>D.</i>	<i>Revue Dalloz</i>
<i>Dalloz act.</i>	<i>Dalloz actualités</i>
<i>Dalloz IP/IT</i>	<i>Dalloz droit de la propriété intellectuelle et du numérique</i>
DAMUN	Droit d'auteur et droits voisins dans le marché unique numérique
Déc.	Décision
Délib.	Délibération
Dir.	Directive
dir.	sous la direction
DGCCRF	Direction générale de la Concurrence, de la Consommation et de la Répression des fraudes
DMA	<i>Digital Markets Act</i>
doctr.	doctrine
<i>Dr. admin.</i>	<i>Droit administratif</i>
<i>Dr. et patr.</i>	<i>Revue droit et patrimoine</i>
<i>Dr. pén.</i>	<i>Droit pénal</i>
<i>Dr. soc.</i>	<i>Droit social</i>
DSA	<i>Digital Services Act</i>
éd.	édition

EDPB	European Data Protection Board
Eds.	sous la direction (ouvrage anglophone)
<i>et al.</i>	<i>et alli auctores</i> (et autres auteurs)
<i>Europe</i>	<i>Revue Europe</i>
ex.	exemple
fasc.	fascicule
G29	Groupe de travail de l'article 29 sur la protection des données
<i>Gaz. Pal.</i>	<i>Gazette du Palais</i>
IA	Intelligence artificielle
<i>ibid.</i>	<i>ibidem</i> (au même endroit)
ICC	International chamber of commerce (chambre de commerce international)
<i>i. e.</i>	<i>id est</i>
<i>in</i>	dans
<i>infra</i>	ci-dessous
<i>J.-Cl.</i>	<i>JurisClasseur</i>
<i>JCP</i>	<i>La Semaine juridique</i>
<i>JCP A</i>	<i>La Semaine juridique édition Administration et collectivités territoriales</i>
<i>JCP E</i>	<i>La Semaine juridique édition Entreprise</i>
<i>JCP G</i>	<i>La Semaine juridique édition Générale</i>
JDP	Jury de déontologie publicitaire
<i>JO</i>	<i>Journal officiel</i>
<i>JORF</i>	<i>Journal officiel de la République française</i>
<i>JOUE</i>	<i>Journal officiel de l'Union européenne</i>
<i>JT</i>	<i>Juris tourisme</i>
jurispr.	jurisprudence
L.	loi
LCEN	Loi pour la confiance dans l'économie numérique
LGDJ	Librairie générale de droit et de jurisprudence
LINC	Laboratoire d'innovation numérique de la CNIL
<i>LPA</i>	<i>Les petites affiches</i>
n°	numéro
not.	notamment
obs.	observations
OCDE	Organisation de coopération et de développement économiques
ord.	ordonnance

p.	page(s)
P2B	<i>Platform to Business</i>
PE	Parlement européen
préf.	préface
prés.	sous la présidence
<i>Propr. indus.</i>	<i>Propriété industrielle</i>
<i>Propr. intell.</i>	<i>Propriétés intellectuelles</i>
pt.	point
PUAM	Presses universitaires d'Aix Marseille
PUF	Presses universitaires de France
PUG	Presses universitaires de Grenoble
PUL	Presses universitaires de Lyon
PUM	Presse de l'Université de Montréal
rapp.	rapport
<i>RCA</i>	<i>Responsabilité civile et assurances</i>
<i>RD bancaire et fin.</i>	<i>Revue de droit bancaire et financier</i>
<i>RDC</i>	<i>Revue des contrats</i>
<i>RDI</i>	<i>Revue droit immobilier</i>
<i>RDSS</i>	<i>Revue de droit sanitaire et social</i>
<i>RDT</i>	<i>Revue de droit du travail</i>
Règl.	Règlement
<i>Rép. com. Dalloz</i>	<i>Répertoire de droit commercial Dalloz</i>
<i>Rép. trav. Dalloz</i>	<i>Répertoire de droit du travail Dalloz</i>
<i>Rev. UE</i>	<i>Revue de l'Union européenne</i>
<i>RFDA</i>	<i>Revue française de droit administratif</i>
<i>RIDA</i>	<i>Revue internationale du droit d'auteur</i>
<i>RIDE</i>	<i>Revue internationale de droit économique</i>
<i>RJES</i>	<i>Revue juridique et économique du sport</i>
<i>RLDA</i>	<i>Revue Lamy droit des affaires</i>
<i>RLDC</i>	<i>Revue Lamy droit des contrats</i>
<i>RLDI</i>	<i>Revue Lamy droit de l'immatériel</i>
<i>RPPI</i>	<i>Revue pratique de la prospective et de l'innovation</i>
<i>RSC</i>	<i>Revue sciences criminelles</i>
<i>RTD civ.</i>	<i>Revue trimestrielle de droit civil</i>
<i>RTD com.</i>	<i>Revue trimestrielle de droit commercial</i>
<i>RTD eur.</i>	<i>Revue trimestrielle de droit européen</i>
<i>RTDH</i>	<i>Revue trimestrielle des droits de l'Homme</i>
s.	suivants
sect.	section
SMA	Service de médias audiovisuels
SMAD	Service de médias audiovisuels à la demande

ss-sect.	sous-section
spéc.	spécialement
<i>supra</i>	ci-dessus
t.	tome
T. civ.	Tribunal civil
T. com.	Tribunal de commerce
TA	Tribunal administratif
TGI	Tribunal de grande instance
th.	thèse
TJ	Tribunal judiciaire
Trib. UE	Tribunal de l'Union européenne
UE	Union européenne
v.	voir
v ^o	<i>verbo</i>
VOD	Vidéo à la demande
vol.	volume
§	paragraphe(s)

Sommaire

Partie 1. L'identification de la recommandation

Titre 1. L'appréhension extra-juridique de la recommandation

Chapitre 1. Les classifications originelles de la recommandation

Chapitre 2. La classification contemporaine de la recommandation

Titre 2. Les notions juridiques parentes de la recommandation

Chapitre 1. La parenté entre l'information et la recommandation

Chapitre 2. La parenté entre la publicité et la recommandation

Partie 2. La qualification juridique de la recommandation numérique

Titre 1. Les critères matériels de la recommandation numérique

Chapitre 1. L'analyse de la notion de contenu, préalable à l'appréhension matérielle de la recommandation numérique

Chapitre 2. La dissociation du contenu et de la recommandation numérique

Titre 2. Les critères fonctionnels de la recommandation numérique

Chapitre 1. La fonction de la recommandation numérique

Chapitre 2. Le fonctionnement de la recommandation numérique

Introduction

- « Plaise à Votre Majesté, où dois-je commencer ? demanda-t-il.
- Commencez au commencement, dit gravement le Roi d'un ton grave »¹.

1. « Plus de 58 millions de personnes ont voté pour Trump. Je n'en connais aucune² »

Le choc est immense pour le camp démocrate. Au lendemain de la première élection de Donald Trump à la présidence des États-Unis le 9 novembre 2016, les partisans d'Hillary Clinton accusent le coup, persuadés que leur candidate deviendrait non seulement la 45^{ème} présidente des États-Unis mais également la première femme à accéder à ce poste. Dans les heures qui suivent, les médias, pro-démocrates ou simples observateurs, multiplient les articles, pointant du doigt les mêmes coupables : les contenus de désinformation publiés sur les réseaux sociaux³, voire les bulles de filtre, c'est-à-dire le mécanisme par lequel des algorithmes filtrent les informations auxquelles sont exposés les internautes en fonction de leurs préférences, de leurs comportements passés, le tout fondé sur leurs données personnelles⁴. Cette personnalisation modifierait la représentation du monde par les internautes, ce qui expliquerait qu'un partisan démocrate n'ait pas eu de doute quant à l'élection d'Hillary Clinton.

¹ L. CAROLL, *Alice aux pays des Merveilles*, Gallimard, coll. Folio classique, 2015, p. 171.

² M. HUGUES, "How the Internet tricked you into thinking Trump wouldn't win", *The Next Web*, 9 nov. 2016, accessible en ligne : <https://thenextweb.com/news/internet-tricked-thinking-trump-wouldnt-win>.

³ M. READ, "Donald Trump Won Because of Facebook", *New-York Magazine*, 9 nov. 2016, accessible en ligne : <https://nymag.com/intelligencer/2016/11/donald-trump-won-because-of-facebook.html>.

⁴ M. HUGUES, "How the Internet tricked you into thinking Trump wouldn't win", art. préc. ; M. EL-BERMAWY, "Your Filter Bubble is Destroying Democracy", *Wired*, 18 nov. 2016, accessible en ligne : <https://www.wired.com/2016/11/filter-bubble-destroying-democracy/> ; D. BAER, "The 'Filter Bubble' Explains Why Trump Won and You Didn't See It Coming", *The Cut*, 9 nov. 2016, accessible en ligne : <https://www.thecut.com/2016/11/how-facebook-and-the-filter-bubble-pushed-trump-to-victory.html> ; J. CARRIE WONG *et al.*, "Bursting the Facebook bubble: we asked voters on the left and right to swap feeds", *The Guardian*, 16 nov. 2016, accessible en ligne : <https://www.theguardian.com/us-news/2016/nov/16/facebook-bias-bubble-us-election-conservative-liberal-news-feed>. Le concept a été popularisé par le militant Eli Pariser dans un ouvrage de 2011 : E. PARISER, *The Filter Bubble. What the Internet is Hiding from You*, The Penguin Press, 2011.

2. L'arbre qui cache la forêt - L'élection de Donald Trump constitue un moment de bascule à plusieurs titres. Il s'agit d'un événement éminemment politique, mais aux conséquences économiques et diplomatiques mondiales. Les recommandations numériques ne se contentent pas de produire des effets virtuels, leur impact est en réalité bien réel et le grand public en prend conscience. Passée la sidération, les yeux se tournent vers Cambridge Analytica, la société spécialisée dans l'exploration et l'analyse de données à des fins de micro-ciblage électoral qui a eu accès à près de 87 millions d'utilisateurs de Facebook, ciblés pour leur présenter des contenus politiques, adaptés à leurs profils psychologiques⁵. Si l'affaire éclate véritablement en 2018 après les révélations d'un ancien employé, l'entreprise est active depuis 2013 dans le domaine politique⁶. Elle fera faillite en 2018⁷ tandis que Facebook sera sous le feu des projecteurs : le fondateur du réseau social sera entendu par le Sénat américain le 10 avril de la même année⁸ puis Facebook sera notamment condamné à 5 milliards de dollars d'amende par la Federal Trade Commission pour manquement à la protection des données personnelles de ses utilisateurs⁹.

Bien qu'emblématique, cet événement n'est en réalité qu'une réplique sismique. Sur le plan politique, le Royaume-Uni avait déjà subi quelques mois plus tôt les effets des algorithmes de recommandation personnalisée avec le référendum sur le Brexit, voyant le camp du « oui » sortir victorieux des urnes. Cambridge Analytica n'y serait pas étranger¹⁰, tout comme Facebook¹¹. Mais les recommandations numériques ne sont pas réservées à la sphère politique,

⁵ « Cambridge Analytica : 87 millions de comptes Facebook concernés », *Le Monde*, 4 avr. 2018, accessible en ligne : https://www.lemonde.fr/pixels/article/2018/04/04/cambridge-analytica-87-millions-de-comptes-facebook-concernes_5280752_4408996.html ; O. SOLON, "Facebook says Cambridge Analytica may have gained 37m more users' data", *The Guardian*, 5 avr. 2018, accessible en ligne : <https://www.theguardian.com/technology/2018/apr/04/facebook-cambridge-analytica-user-data-latest-more-than-thought>.

⁶ K. YU-LIN, "Christopher Wylie: The whistleblower in the Cambridge Analytica scandal", *The Straits Times*, 21 mars 2018, accessible en ligne : <https://www.straitstimes.com/world/united-states/christopher-wylie-the-whistleblower-in-the-cambridge-analytica-scandal>.

⁷ O. SOLON, "Cambridge Analytica closing after Facebook data harvesting scandal", *The Guardian*, 2 mai 2018, accessible en ligne : <https://www.theguardian.com/uk-news/2018/may/02/cambridge-analytica-closing-down-after-facebook-row-reports-say>.

⁸ M. TUAL, P. SIGNORET, « Facebook : cinq moments forts de l'audition de Mark Zuckerberg devant le Sénat américain », *Le Monde*, 11 avr. 2018, accessible en ligne : https://www.lemonde.fr/pixels/article/2018/04/11/facebook-cinq-moments-forts-de-l-audition-de-mark-zuckerberg-devant-le-senat-americain_5283968_4408996.html.

⁹ « Facebook : l'amende record de 5 milliards de dollars validée par un juge », *Le Monde*, 25 avr. 2020, accessible en ligne : https://www.lemonde.fr/pixels/article/2020/04/25/facebook-l-amende-record-de-cinq-milliards-de-dollars-validee-par-un-juge_6037778_4408996.html.

¹⁰ « "Sans Cambridge Analytica, il n'y aurait pas eu de Brexit", affirme le lanceur d'alerte Christopher Wylie », France Info, 28 mars 2018, accessible en ligne : https://www.franceinfo.fr/monde/europe/la-grande-bretagne-et-l-ue/sans-cambridge-analytica-il-n-y-aurait-pas-eu-de-brexit-affirme-le-lanceur-d-alerte-christopher-wylie_2677946.html.

¹¹ Le réseau social se verra infliger une amende de 500 000 livres par l'Information Commissioner's Office pour ne pas avoir protégé les données personnelles de ses utilisateurs : A. HERN, D. PEGG, "Facebook fined for data

ni même systématiquement personnalisées, et ne peuvent être envisagées que par leurs effets. Il faut donc revenir au commencement en dressant le panorama des recommandations de manière générale (§1) avant de noter, en matière numérique, une focalisation sur leurs effets négatifs (§2), justifiant la nécessité d'explorer la notion de recommandation numérique (§3).

§1. Les manifestations de la recommandation

3. La recommandation comme pratique - La recommandation est d'abord une pratique ancrée dans les usages. Elle s'exprime dans des gestes quotidiens, dans des discours, dans des agencements matériels ou des dispositifs symboliques, qui tous visent à orienter son destinataire. Sans être nécessairement identifiables par ce dernier, elles ont en commun d'être explicitement assumées par leurs émetteurs. En cela, la recommandation traduit une intention manifeste d'orienter le choix. Observer ses manifestations suppose dès lors de les replacer dans leur environnement, qu'il soit physique (A) ou numérique (B).

A. Les manifestations de la recommandation dans l'univers physique

4. Du caractère substantiel ou formel des recommandations hors ligne - L'omniprésence des recommandations hors ligne ne rend pas simple leur exposé. Il est néanmoins possible de les distinguer selon leur nature substantielle (1) ou formelle (2).

1. Les recommandations de nature substantielle

5. La recommandation comme conseil - Bon nombre de professionnels voient leur mission principale se dédoubler par une activité de conseil que deux figures permettent d'illustrer : le libraire et le bibliothécaire. Si le premier est rémunéré grâce à la vente des livres qu'il commercialise, cette activité purement commerciale s'avère réductrice¹². De la même

breaches in Cambridge Analytica scandal", *The Guardian*, 11 juill 2018, accessible en ligne : https://www.theguardian.com/technology/2018/jul/11/facebook-fined-for-data-breaches-in-cambridge-analytica-scandal?utm_source=esp&utm_medium=Email&utm_campaign=Morning+briefing&utm_term=280746&subid=24910534&CMP=ema-2793.

¹² « [La librairie] ne constitue pas un simple espace d'exposition et ne saurait être pensée sur le mode d'une simple vitrine offrant transparence et visibilité. Il s'agit à l'inverse d'un espace dans lequel sera "appréciée" une

façon, le bibliothécaire d'une institution privée ou publique, ne se borne pas à collecter les documents, les conserver et y donner accès¹³.

Qu'il s'agisse du bibliothécaire ou du libraire, ces professionnels ont en commun d'exercer une fonction de conseil qui doit être entendue *lato sensu*, dans le sens d'un accompagnement de l'usager ou du client, qui va de l'accueil dans le lieu physique tenu par le professionnel, à l'échange oral et informel d'avis, d'opinions, de questions, en bref, à la tenue de discussions visant non seulement la prise en compte des goûts et des objectifs de l'individu pour lui faire des propositions¹⁴, mais également à le guider, le cas échéant « *hors de sa zone de confort* »¹⁵.

Si les exemples donnés s'appliquent au domaine littéraire, l'activité d'accompagnement s'exerce également pour d'autres biens culturels¹⁶, mais également plus courants : le vendeur d'électroménager, l'agent immobilier, la conseillère en parfumerie remplissent également cette fonction de conseil concomitamment à leur mission commerciale.

6. La recommandation comme critique - L'expert est également une figure emblématique des manifestations de la recommandation. À l'inverse de la recommandation de type conseil qui s'exerce oralement sur le lieu de rencontre avec le client ou l'usager, le travail de l'expert se matérialise à l'écrit par la rédaction de critiques publiées dans des guides, des revues spécialisées et la presse, ou à l'oral *via* la télévision et la radio et concerne tout autant les biens de grande consommation que des biens culturels. Il se situe à mi-chemin entre la sphère de production de ces biens et le consommateur ou l'amateur pour émettre des jugements sur ces derniers, jugements « *dont la légitimité ne repose pas sur la détention d'un savoir supérieur – révélé notamment par le diplôme – qui protégerait des jugements profanes mais, et à*

*production, appliquée une "compétence" à un certain nombre d'ouvrages et mobilisé ce que nous pourrions appeler une "clairvoyance éditoriale" » (B. BERTHOU, « La prescription des librairies en ligne : expression, association, collaboration », *Communication & langages* 2014/1, n° 179, p. 76-77).*

¹³ C. LETROUIT, « Collections, offres de services : prescription ou réponse à la demande ? », in *Les métiers des bibliothèques*, dir. Nathalie Marcerou-Ramel, Éditions du Cercle de la Librairie, coll. Bibliothèques, 2017, p. 43.

¹⁴ Certains libraires mobilisent l'exemple de l'épicerie pour illustrer la particularité de leur activité : « *Hors de question ici de se contenter de proposer sans discernement tous les produits mobilisant des signes graphiques : revendant "présence" et "compétence", le libraire se reconnaît dans une mission que l'on pourrait dire de certification. Il s'agit de trier le bon grain de l'ivraie, ou plutôt de permettre de distinguer le vrai du faux* » : B. BERTHOU, « La prescription des librairies en ligne : expression, association, collaboration », *Communication & langages* 2014/1, n° 179, p. 76.

¹⁵ W. JOUVE, « Prescription bibliothécaire : en quête du juste équilibre », in *Prescription culturelle : avatars et médiamorphoses*, dir. B. Chapelain et S. Ducas, Presses de l'Enssib, coll. Papiers, 2018, §11, accessible en ligne : <https://books.openedition.org/pressesensib/9340>.

¹⁶ Pour un exemple dans le domaine musical : F. DEBRUYNE, « Le disquaire et ses usagers. Du magasin au site Web », *Communication & langages* 2012/3, n° 173, pp. 49-65.

l'inverse d'autres professions, sur une savante proximité avec ces jugements »¹⁷, lesquels peuvent être aussi bien positifs que négatifs¹⁸. D'un point de vue sémantique, et dans le domaine culturel, le terme « critique » désigne à la fois la recommandation elle-même, son auteur, un style journalistique en tant que tel¹⁹, et d'un point de vue symbolique, un mode de consécration culturelle²⁰.

7. La recommandation comme bouche-à-oreille - Le bouche-à-oreille peut être défini comme une communication orale réalisée de façon informelle, en face-à-face, entre deux ou plusieurs individus sans lien avec une source commerciale²¹. Cette dynamique fait l'objet d'une littérature abondante²², le rôle de l'entourage étant considéré de longue date comme fondamental pour aiguiller le choix d'un individu, car plus efficace que le conseil du vendeur ou des médias²³.

2. Les recommandations de nature formelle

8. La recommandation comme disposition spatiale - La disposition peut être considérée comme une recommandation prenant la forme d'une orientation spatiale de l'individu au sein d'un lieu physique. Dans le domaine du *marketing*, le *merchandising* a justement pour objet l'optimisation de l'espace de vente, notamment par le « *design environnemental* » du lieu de

¹⁷ E. BONNET, « Les critiques gastronomiques : quelques caractéristiques d'une activité experte », *Sociétés contemporaines* 2004/1, n° 53, p. 136.

¹⁸ M. BÉRA, « Critique d'art et/ou promotion culturelle ? », *Réseaux* 2003/1, n° 117, p. 157.

¹⁹ *Ibid.*, p. 155 et 168.

²⁰ Dans *Les règles de l'art. Genèse et structure du champ littéraire* (1992), Pierre Bourdieu distingue au sein du secteur artistique deux « pôles » distincts de consécration et donc de légitimation. Le pôle de l'autoconsécration dominé par la publicité et répondant à la logique économique de l'industrie et du profit correspond à la culture de masse. A l'opposé, le pôle de l'indépendance régi par la critique nécessairement et naturellement désintéressée obéit à une logique « *antiéconomique* » contribuant ainsi à consacrer seulement les biens culturels légitimes. Cette vision manichéenne est critiquée par certains auteurs qui voient, entre la promotion et la critique, davantage un *continuum* qu'une réelle opposition : M. BÉRA, « Critique d'art et/ou promotion culturelle ? », art. précit. V. également les travaux cités par J.-S. BEUSCART et K. MELLET, « Incertitude sur le succès, légitimité et efficacité de la promotion culturelle », in *Promouvoir les œuvres culturelles. Usages et efficacité de la publicité dans les filières culturelles*, Ministère de la Culture – DEPS, coll. Questions de culture, 2012, pp. 15-41.

²¹ J. ARNDT, « Role of Product-Related Conversations in the Diffusion of a New Product », *Journal of Marketing Research* 1967, vol. 4, n° 3, pp. 291-295. L'indépendance de l'émetteur du message et son caractère spontané est, pour certains, ce qui distingue le bouche-à-oreille du « *buzz* » ou « *bouche-à-oreille institutionnel* » : W. J. CARL, « What's All The Buzz about ? Everyday Communication and the Relational Basis of Word-of-Mouth and Buzz Marketing Practices », *Management Communication Quarterly* 2006, vol. 19, n° 4, pp. 601-634.

²² Pour un état de l'art en la matière, v. : C. MAUNIER, « Les communications interpersonnelles, fondement des nouvelles techniques de communication en marketing ? », *La Revue des Sciences de Gestion* 2008/6, n° 234, pp. 85-95.

²³ E. KATZ, P. F. LAZARSFELD, *Personal Influence. The Part Played by People in the Flow of Mass Communications*, The Free Press, 1955.

vente²⁴ qui porte sur une multitude de facteurs d'influence du consommateur : l'architecture générale du point de vente, la détermination des entrées et sorties, l'anticipation des flux, le mobilier, l'éclairage, le rayonnage ou encore le positionnement particulier de produits comme les têtes de gondole. Ces éléments stratégiques ne sont pas propres aux environnements commerciaux. Ainsi, les musées proposent, voire imposent à leurs visiteurs des parcours jalonnés de textes écrits ou oraux, de sons ou encore de vidéos²⁵.

Ce *design* environnemental peut être rapproché de la notion de *nudge* popularisée par Richard Thaler, professeur d'économie et de sciences comportementales, prix Nobel d'économie en 2017, et Cass Sunstein, professeur de droit²⁶, à la différence près que ce « *coup de pouce* » n'a pas pour objet l'optimisation des ventes mais se conçoit au contraire dans une perspective de « *paternalisme libertaire* »²⁷. Parce que l'individu n'est pas toujours rationnel et souffre de nombreux biais cognitifs et comportementaux, il apparaît nécessaire d'orienter ses choix dans la bonne direction, à la fois pour lui-même et la société dans son ensemble, en adoptant des méthodes douces. Le *nudge* désigne donc « *tout aspect de l'architecture du choix qui modifie de façon prévisible le comportement des gens sans interdire aucune option ou modifier de façon significative les incitations financières. [...] Mettre les fruits à hauteur des yeux des enfants, cela compte comme un nudge. Mais certainement pas interdire les snacks, confiseries et sucreries* ».²⁸

9. La recommandation comme hiérarchisation - Le classement produit également un effet incitatif. Il peut être fondé sur le succès commercial comme le Top 50, le *box-office* ou la liste des ouvrages les plus vendus, ou reposer sur la combinaison de critères déterminés par l'instance qui le réalise comme des associations de consommateurs, des organisations professionnelles ou des titres de presse. Aucun domaine, même ceux *a priori* éloignés de considérations commerciales, n'y échappe à l'instar des hôpitaux, des lycées ou encore des universités.

²⁴ D. MOUTON, G. PARIS, *Pratique du merchandising. Stratégies et organisation de l'espace de vente*, Dunod, coll. Marketing/Communication, 4^{ème} éd., 2019.

²⁵ M.-S. POLI, « Prescrire la visite de musée : de la recommandation à l'optimisation ? », in *Prescription culturelle : avatars et médiomorphoses*, dir. B. Chapelain et S. Ducas, Presses de l'Enssib, coll. Papiers, 2018, §10, accessible en ligne : <https://books.openedition.org/pressesenssib/9391>.

²⁶ R. H. THALER, C. R. SUNSTEIN, *Nudge. Comment inspirer la bonne décision*, Pocket, 2012.

²⁷ *Ibid.*, p. 23.

²⁸ *Ibid.*, p. 25.

10. La recommandation comme distinction - La distinction peut se matérialiser sous deux formes. Le marquage, c'est-à-dire l'apposition de signes graphiques sur des produits, a pour fonction d'en garantir l'origine, la qualité, voire la conformité avec les normes de fabrication²⁹.

Par extension, le marquage concerne non seulement la marque mais aussi l'étiquetage, voire le *packaging*³⁰. Les récompenses, c'est-à-dire le palmarès, sont quant à elle des distinctions purement symboliques portant sur des œuvres selon des critères esthétiques et/ou intellectuels. Il en va ainsi des Victoires de la Musique, du palmarès du Festival de Cannes ou des divers prix littéraires³¹.

11. La recommandation comme sélection - Le choix peut être interprété en soi comme une recommandation dont la figure de l'éditeur est emblématique. En sélectionnant une œuvre, en lui permettant d'être diffusée, il lui confère une valeur symbolique, une reconnaissance de sa légitimité à exister³². Il en va ainsi également du programmeur de spectacles³³, de radio³⁴, de festivals³⁵ ou encore du conservateur de bibliothèques³⁶ et de musée³⁷.

²⁹ F. COCHOY, *Sociologie du packaging ou l'âne de Buridan face au marché*, PUF, coll. Sciences sociales et sociétés, 2002, p. 51 et s.

³⁰ *Ibid.* : « [...] l'occultation des produits derrière une enveloppe pose le problème de l'âne de Buridan – la différence entre le même et le même – et donne les moyens de le résoudre : l'emballage permet de vaincre l'indécision du consommateur en équipant sa rationalité du dehors, via l'inscription des différences sur le corps du produit ».

³¹ Les distinctions symboliques peuvent également être apposées sur les biens culturels récompensés. C'est le cas du bandeau rouge entourant un ouvrage signalant le prix dont il a fait l'objet ou encore de la mention « Palme d'or du Festival de Cannes » sur une affiche ou jaquette de film.

³² B. EPRON, M. VITALI-ROSATI, *L'édition à l'ère numérique*, La Découverte, coll. Repères, 2018, p. 5 et s.

³³ C. DUTHEIL-PESSIN, F. RIBAC, « Les programmeurs/trices de spectacles à l'œuvre : une forme spécifique de prescription culturelle », in *Prescription culturelle : avatars et médiamorphoses*, dir. B. Chapelain et S. Ducas, Presses de l'Enssib, coll. Papiers, 2018, accessible en ligne : <https://books.openedition.org/pressesenssib/9370>.

³⁴ J. TRENQUE, « Radio et prescription littéraire : une réécriture du mythe du bouche-à-oreille », in *Prescription culturelle : avatars et médiamorphoses*, dir. B. Chapelain et S. Ducas, Presses de l'Enssib, coll. Papiers, 2018, accessible en ligne : <https://books.openedition.org/pressesenssib/9366>.

³⁵ J. MAYER, « Festival et prescription littéraire : l'exemple des correspondances de Manosque », in *Prescription culturelle : avatars et médiamorphoses*, dir. B. Chapelain et S. Ducas, Presses de l'Enssib, coll. Papiers, 2018, accessible en ligne : <https://books.openedition.org/pressesenssib/9376>.

³⁶ N. MALAIS, « Prescrire à Babel : prescription et numérisation du patrimoine », *Communication & langages* 2014/1, n° 179, pp. 91-104.

³⁷ G. VIDAL, « La médiation muséale numérique », in *Prescription culturelle : avatars et médiamorphoses*, dir. B. Chapelain et S. Ducas, Presses de l'Enssib coll. Papiers, 2018, accessible en ligne : <https://books.openedition.org/pressesenssib/9396>.

B. Les manifestations de la recommandation dans l'univers numérique

12. La forme, paradigme numérique de la recommandation - La mise en forme du sens et des intentions ne sont pas propres au numérique. Hors ligne, les recommandations de nature formelle sont, comme les recommandations de nature substantielle, explicites dans la mesure où elles sont assumées par leurs émetteurs et conscientisées par leurs destinataires. Mais la prédominance de la forme dans l'univers numérique (1) impacte cette distinction entre les recommandations (2).

1. La prédominance de la mise en forme dans l'univers numérique

13. La mise en forme ou l'architecture de l'information - La sémantique utilisée pour traiter du numérique comporte une forte dimension spatiale, que l'on songe à l'espace, à l'univers, au site, au parcours de l'utilisateur, aux liens hypertextes. En sciences de l'information et de communication, la métaphore de l'architecture est convoquée pour désigner, non pas des structures physiques, mais des structures numériques consistant à organiser les contenus, afin de permettre leur accès par les internautes³⁸. Plus généralement, l'architecture de l'information s'attache à en définir une structure permettant une navigation et une recherche au sein de cette masse informationnelle et se matérialise sous la forme de catégorisation de contenus, de menus, de zones de recherche, ...³⁹ L'accent est mis sur l'utilisateur qui doit pouvoir se déplacer facilement afin de trouver les informations qu'il recherche ou que l'on souhaite qu'il recherche⁴⁰.

14. Les liens entre l'architecture de l'information et d'autres dispositifs formels : *design*, *nudge*, éditorialisation et énonciation éditoriale - La notion d'architecture de l'information est en cela proche du *design*⁴¹, lequel n'est pas cantonné au domaine purement

³⁸ B. HABERT *et al.*, « Architecte de l'information : un métier », *Documentaliste - Sciences de l'Information* 2012/1, vol. 49, pp. 4-9.

³⁹ C. BELLINO, « Contribution de l'architecture de l'information à l'utilisabilité informationnelle : le cas des intranets », in dossier « L'architecture de l'information : un concept opératoire, dir. G. Chartron *et al.*, *Études de communication* 2013/2, n° 41, p. 81 et s.

⁴⁰ La notion de repérabilité et l'utilisateur sont au cœur de la notion d'architecture de l'information. La structuration de l'espace numérique doit satisfaire les différentes stratégies de recherche de l'internaute que cette recherche porte sur un contenu précis ou qu'elle s'inscrive dans le cadre d'un « butinage plus ou moins orienté (mise en avant de contenus « proches », navigations transversales et contextuelles) » : B. HABERT *et al.*, « Architecte de l'information : un métier », art. préc., p. 4.

⁴¹ Les rapports entre les deux font l'objet de développements importants dans la doctrine, les uns considérant que l'architecture englobe le *design*, les autres envisageant une interdépendance des deux. V. : G. CHARTRON *et al.*

graphique ou esthétique mais participe, au même titre que la sémiotique, à la construction du sens⁴².

Architecture de l'information et *design* se rejoignent également au sein de la théorie du *nudge*, qualifiée d'« *architecture du choix* » par ses auteurs⁴³. Orienter le comportement des individus sans recours à la contrainte ni à l'incitation financière passe notamment par le *design*, les deux termes étant fréquemment employés l'un à la place de l'autre par les professionnels du *marketing* digital⁴⁴.

L'architecture de l'information est également proche du concept d'éditorialisation qui peut se définir au sens strict comme l'« *instance de mise en forme et de structuration d'un contenu dans un environnement numérique* »⁴⁵.

Enfin, la dimension formelle de l'architecture comporte des points communs avec la théorie de l'énonciation éditoriale qui porte sur l'ensemble de « *ce qui contribue à la production matérielle des formes qui donnent au texte sa consistance, son "image de texte"* »⁴⁶. L'élaboration du texte en tant qu'objet est alors plurielle en ce qu'un ensemble d'acteurs intervient sur le texte pour le faire exister – auteur, éditeur, correcteur, maquettiste, imprimeur⁴⁷ – et « *infra-ordinaire* » dans la mesure où « *elles disparaissent derrière la banalité quotidienne* »⁴⁸. Ainsi entendue, l'énonciation éditoriale est un « *texte second* » qui consiste à donner à lire le « *texte premier* », « *dont le signifiant n'est pas constitué par les mots*

(dir.), dossier « L'architecture de l'information : un concept opératoire », *Études de communication* 2013/2, n° 41, pp. 9-158 ; A. BEYAERT-GESLIN, « Architecture de l'information versus *design* de l'information », *Études de communication* 2018/1, n° 50, pp. 161-174.

⁴² *Ibid.*

⁴³ R. H. THALER, C. R. SUNSTEIN, *Nudge. Comment inspirer la bonne décision*, *op. cit.*, p. 25. V. *supra* n° 8.

⁴⁴ É. SINGLER, « Nudge, neurotechnologies et neuromarketing : état de l'art, et retour d'expérience entre le potentiel affiché et leurs limites », *Annales des Mines - Réalités industrielles* 2021/3, pp. 35-38.

⁴⁵ M. VITALI-ROSATI, M. E. SINATRA, *Pratiques de l'édition numérique*, PUM, coll. Parcours numériques, 2014, p. 7. Dans ce sens, l'éditorialisation est au monde numérique ce que l'édition est au monde physique qui se caractérise par la fonction de sélection, de légitimation et de diffusion de contenus. Dans un sens plus large, l'éditorialisation désigne « l'ensemble des dynamiques – soit les interactions individuelles et collectives avec un environnement numérique particulier – qui produisent et structurent l'espace numérique » (B. EPRON, M. VITALI-ROSATI, *L'édition à l'ère numérique*, *op. cit.*, p. 28). Dans un deuxième sens, l'éditorialisation désigne « les dispositifs technologiques qui déterminent le contexte d'un contenu et son accessibilité. Éditer un contenu ne signifie pas seulement le choisir, le légitimer et le diffuser, mais aussi lui donner un sens propre en l'insérant dans un contexte technique précis, en le reliant à d'autres contenus, en le rendant visible grâce à son indexation, à son référencement, etc. » (M. VITALI-ROSATI, M. E. SINATRA, *Pratiques de l'édition numérique*, *op. cit.*, p. 7). Enfin, Marcello Vitali-Rosati propose une troisième définition de l'éditorialisation, davantage philosophique, puisque selon lui elle peut être pensée comme « l'ensemble des conditions matérielles de médiation qui déterminent l'émergence d'un monde » : M. VITALI-ROSATI, « Pour une théorie de l'éditorialisation », *Humanités numériques* 2020/1, n° 51, accessible en ligne : <http://journals.openedition.org/revuehn/371>.

⁴⁶ Y. JEANNERET, E. SOUCHIER, « L'énonciation éditoriale dans les écrits d'écran », *Communication & langages* 2005, vol. 145, p. 6.

⁴⁷ E. SOUCHIER, « L'image du texte pour une théorie de l'énonciation éditoriale », *Les Cahiers de Médiologie* 1998/2, n° 6, p. 141 et s.

⁴⁸ *Ibid.*, p. 140 et s.

de la langue, mais par la matérialité du support et de l'écriture, l'organisation du texte, sa mise en forme, bref par tout ce qui en fait l'existence matérielle »⁴⁹.

Prises ensemble, ces cinq notions – architecture de l'information, *design*, *nudge*, éditorialisation et énonciation éditoriale – ont en commun la mise en exergue de l'aspect formel l'information, formalisation qui est porteuse de sens et d'intention en elle-même et qui n'est pas l'apanage d'un seul acteur dans la mesure où chacun y concourt de façon consciente ou inconsciente.

2. L'impact de la forme sur les recommandations numériques

15. L'invisibilisation des recommandations ? - Cette prédominance de la forme dans l'univers numérique impacte les recommandations sous deux aspects : les recommandations substantielles deviennent de plus en plus formelles (a) tandis que les recommandations formelles deviennent davantage tacites (b).

a. Des recommandations substantielles de plus en plus formelles

16. Augmentation quantitative des recommandations substantielles - Si les recommandations explicites étaient relativement circonscrites hors ligne – dans le lieu physique du vendeur ou son catalogue, dans une institution, dans la presse, les médias ou la sphère domestique –, leur transposition au numérique s'accompagne d'une diversification des lieux d'expression : sites de *e-commerce*, sites institutionnels, presse en ligne, *blogs*, listes de discussion, *forums*, réseaux sociaux, *chats*, plateformes collaboratives offrent une place de choix aux conseils des professionnels, aux critiques des experts et aux avis, non de l'entourage proche, mais des internautes en général, lesquels ne sont plus seulement « *consommateurs* » de contenus en ligne mais désormais actifs dans la production et la circulation des contenus en ligne⁵⁰.

Le passage au numérique s'accompagne donc d'une augmentation du volume d'expression des recommandations également accrue par leur réplication dans des espaces

⁴⁹ *Ibid.*, p. 144.

⁵⁰ Ce rôle actif de l'internaute dans la production et la circulation des contenus est l'un des éléments censé distinguer le web 2.0 par rapport au web 1.0 : T. O'REILLY, "What Is Web 2.0. Design Patterns and Business Models for the Next Generation of Software", *oreilly.com*, 30 sept. 2005, accessible en ligne : <https://www.oreilly.com/pub/a/web2/archive/what-is-web-20.html>.

différents : la critique d'un film réalisée à la radio peut être publiée sur le site de ce média, reprise sur un site de presse, relayée sur un réseau social, reproduite et discutée sur un forum ou un blog et republiée sur une plateforme d'avis en ligne. La reproduction des recommandations sur différents espaces numériques sous-tend bien souvent leur coexistence : l'avis de l'internaute côtoie le coup de cœur du vendeur mais également l'évaluation de l'expert⁵¹.

17. Diminution qualitative des recommandations substantielles : le rôle des « *petites formes* » - Le passage au numérique de ces recommandations n'a pas fondamentalement modifié leur mode d'expression. Hors ligne ou en ligne, elles peuvent être exprimées à l'écrit ou à l'oral, c'est-à-dire en face-à-face, par l'image ou encore le son. En revanche, leurs formats d'expression en ligne sont plus variés. Les recommandations peuvent être textuelles et prendre la forme d'articles ou de commentaires, arithmétiques comme les notes ou encore graphiques par le biais d'étoiles, de *likes*, de *hashtags* voire de *smileys*. Bon nombre de ces recommandations sont en réalité des « *petites formes* » définies comme des « *formes récurrentes, de dimensions restreintes* »⁵² constituant « *la grammaire combinatoire des écrans* »⁵³, mis à la disposition des internautes par les éditeurs de sites à l'image des menus déroulants, des champs de recherche ou des zones de commentaires. Certaines sont activables, c'est-à-dire cliquables, et sont qualifiées de « *signes passeurs* »⁵⁴ comme les boutons de partage, les vignettes, les nuages de *tags*, les *hashtags*, les étoiles, les *likes* ou encore les liens hypertextes. Le clic sur ces signes passeurs est crucial pour agencer, hiérarchiser et sélectionner les contenus en ligne : c'est parce qu'ils sont activés que peuvent être constituées les listes des vidéos les plus vues, des *hashtags* les plus utilisés ou des restaurants les mieux notés. Si le caractère cliquable de ces signes passeurs est bien connu des internautes, un rappel explicite peut néanmoins leur être fait par le biais de notifications leur suggérant des activités consistant à ajouter des contacts, à visionner un contenu ou à mettre à jour leur profil.

⁵¹ Si ces recommandations de professionnels, d'experts et d'amateurs s'avèrent complémentaires, elles peuvent également traduire une concurrence entre leurs émetteurs, notamment dans des « *domaines relevant du goût* » comme la culture ou la gastronomie. V. not. : TH. BEAUVISAGE *et al.*, « Notes et avis des consommateurs sur le web. Les marchés à l'épreuve de l'évaluation profane », *Réseaux* 2013/1, n° 177, p. 158 et s ; S. DUCAS, « Ce que font les prix à la littérature », *Communication & langages* 2014/1, n° 179, p. 71.

⁵² E. CANDEL *et al.*, « Petites formes, grands desseins. D'une grammaire des énoncés éditoriaux à la standardisation des écritures », in *L'économie des écritures sur le web*, vol. 1, « Traces d'usage dans un corpus de sites de tourisme », dir. Jean Davallon, Hermès/Lavoisier, coll. Ingénierie représentationnelle et constructions de sens, 2012, p. 165.

⁵³ E. CANDEL, G. GOMEZ-MEJIA, « Le bouton like : poétique du clic, vertige des discours », *Semen* 2016, n° 42, §10, accessible en ligne : <https://journals.openedition.org/semen/10623>.

⁵⁴ Y. JEANNERET, E. SOUCHIER, « Pour une poétique de l'écrit d'écran », *Xoana* 1999, n° 6, pp. 97-107. V. également : J. BONACCORSI, « Approches sémiologiques du web », in *Manuel d'analyse du web en Sciences Humaines et Sociales*, dir. Ch. Barats, Armand Colin, coll. U, 2013, pp. 125-146.

b. Des recommandations formelles davantage tacites

18. La continuité de la disposition et de la distinction dans l'univers numérique - La création d'un site Internet nécessite de faire des choix quant à la façon dont les internautes accèdent à un contenu, à la manière du *design* environnemental dans l'univers physique⁵⁵, et de définir une rationalité dans l'organisation des informations en les catégorisant par thème, voire sous-thèmes. Un site d'actualités en ligne les classera selon leurs sujets, un site de *e-commerce* les organisera par type de biens, une plateforme de *streaming* par genre musical ou cinématographique. Certains contenus ou catégories de contenus peuvent être mis en avant au détriment d'autres en apparaissant en page d'accueil à la manière des têtes de gondoles ou des unes de journaux et faire l'objet d'un marquage : les sites de *e-commerce* permettent d'identifier des vendeurs professionnels par le recours à un logo tout comme les réseaux sociaux distinguent les comptes officiels de marques et d'internautes célèbres. Certains contenus dans les fils d'actualités font également l'objet d'un tel étiquetage lorsqu'ils sont sponsorisés, c'est-à-dire qu'ils font l'objet d'une rémunération.

19. La généralisation de la hiérarchisation - La pratique du classement concerne tout l'espace numérique, du moteur de recherche au site marchand, du *forum* au réseau social, pour la simple raison qu'en tant que « *texte* », une page se lit de haut en bas. Si certaines de ces hiérarchisations peuvent être identifiées dans la mesure où elles sont énoncées comme telles à l'image des « *vidéos les plus vues* », « *articles les plus commentés* » ou « *top des ventes* », d'autres sont beaucoup plus implicites voire invisibles à l'instar des fils d'actualité sur les réseaux sociaux, des listes de résultats sur des moteurs de recherche ou encore les *playlists* lues automatiquement sur des plateformes de *streaming*.

20. De la sélection au filtrage - La sélection hors ligne obéit à une logique *a priori*. Les informations ou les œuvres sont d'abord choisies pour être ensuite produites, légitimées et diffusées par un éditeur, un directeur de publication ou un programmeur. Internet n'a pas fait disparaître les biens culturels ou les informations journalistiques qui font l'objet d'une telle sélection.

Un changement de paradigme est cependant à l'œuvre : parce que tout un chacun peut publier des contenus, leur nombre augmente considérablement rendant difficile le choix, par l'internaute, entre les contenus accessibles. D'une logique de sélection par un *gatekeeper*, avant

⁵⁵ V. *supra* n° 8.

la publication d'un contenu⁵⁶, l'internet obéit à une logique de sélection, *a posteriori* de la mise en ligne d'un contenu par le biais d'un filtrage algorithmique qui se matérialise en grande partie par une hiérarchisation généralisée des informations disponibles⁵⁷ et dont les conditions ne sont pas toujours explicitées⁵⁸.

21. La conséquence : des recommandations de plus en plus tacites - La transposition numérique telle quelle des recommandations rencontrées dans le monde physique apparaît donc, à certains égards, réductrice. Les recommandations substantielles – conseil, critique, avis – n'ont pas disparu en ligne mais peuvent devenir davantage sommaires sous l'effet des petites formes, et plus particulièrement des signes passeurs. En cela, elles se rapprochent des recommandations formelles qui deviennent quant à elle de plus en plus difficiles à distinguer dans l'espace numérique, parce qu'elles sont soit banales, soit indécélables.

Les fils d'actualité des réseaux sociaux en fournissent une illustration : ils peuvent être interprétés comme un conseil dans la mesure où ils proposent à l'internaute de prendre connaissance de contenus à propos desquels ce dernier pourra émettre des avis sous la forme de *likes* ou de *smileys*, contenus qui peuvent être « *marqués* » comme étant sponsorisés. Ces fils d'actualités sont également le fruit de choix en matière de disposition qui se traduisent par une hiérarchisation des contenus réalisée grâce à une sélection algorithmique dont les critères ne sont pas connus. D'aucuns considèrent que la fonction éditoriale sur Internet n'a donc pas disparu mais prend des formes plus insidieuses en ce qu'elle « *ne s'avoue pas comme telle* »⁵⁹. En cela, le pouvoir se tient désormais « *derrière les formes éditoriales* »⁶⁰.

§2. La focalisation sur les effets des recommandations numériques

22. Aux grands maux les grands remèdes - L'attention portée par la recherche en sciences sociales s'est principalement concentrée sur les effets négatifs des recommandations numériques (A), conduisant le législateur à envisager des remèdes (B).

⁵⁶ D. CARDON, « L'ordre du web », *Medium* 2011/4, n° 29, p. 197.

⁵⁷ E. BERTIN, J.-M. GRANIER, « La société de l'évaluation : nouveaux enjeux de l'âge numérique », *Communication & langages* 2015/2, n° 184, pp. 121-146. V. également : D. CARDON, *Culture numérique*, Presses de Sciences Po, coll. Les Petites Humanités, 2019, p. 149.

⁵⁸ I. RIEUSSET-LEMARIÉ, « La médiation éditoriale sur internet », *Communication & langages* 2001, vol. 130, p. 36.

⁵⁹ *Ibid.*

⁶⁰ E. SOUCHIER *et al.*, « Le formatage, c'est du pouvoir », in *Le numérique comme écriture. Théories et méthodes d'analyse*, Armand Colin, 2019, p. 159.

A. La focalisation de la recherche sur les effets négatifs des recommandations numériques

23. Surreprésentation des effets des recommandations numériques - La recherche en sciences humaines fait la part belle aux effets des recommandations numériques plutôt qu'à leur définition. Au-delà des critiques tenant à l'avènement d'un « *capitalisme de surveillance* »⁶¹, d'une nouvelle « *gouvernementalité* » mettant à l'écart l'humain⁶², voire de discriminations raciales⁶³, sexistes⁶⁴, sociales⁶⁵ ou encore à raison de l'âge des individus⁶⁶, les recommandations numériques produiraient de nombreux effets cognitifs, politiques, culturels, économiques.

24. Les effets cognitifs des recommandations numériques - Les recommandations numériques permettraient tout d'abord de remédier à la surcharge informationnelle. Selon la théorie du paradoxe du choix, plus un individu dispose d'options, moins il est capable d'exercer sa liberté de décision⁶⁷ face à une situation d'« *hyperchoix* »⁶⁸. En cela, les recommandations numériques déchargeraient la charge cognitive des utilisateurs en leur proposant moins d'options, voire en choisissant à leur place. Il s'agirait ni plus ni moins d'une renonciation au libre arbitre face à la tyrannie du choix. Mais les recommandations numériques, solutions au paradoxe du choix, seraient à l'origine d'un nouveau paradoxe : une étude portant sur 1,6 million d'utilisateurs d'une plateforme de *e-commerce* révèle qu'à partir d'un certain seuil de produits recommandés, la probabilité de passer à l'achat diminuerait⁶⁹.

Les recommandations numériques sont également accusées d'induire des biais de confirmation : en priorisant les contenus conformes aux préférences des individus, à leur

⁶¹ S. ZUBOFF, *The Age of Surveillance Capitalism. The Fight for a Human Future at the New Frontier of Power*, PublicAffairs, 2019. V. également : C. O'NEIL, *Weapons of Math Destruction. How Big Data Increases Inequality and Threatens Democracy*, Random House Libri, 2017 ; F. PASQUALE, *The Black Box Society. The Secret Algorithms That Control Money and Information*, Harvard University Press, 2015.

⁶² A. ROUVROY, TH. BERNIS, «Gouvernementalité algorithmique et perspectives d'émancipation. Le disparate comme condition d'individuation par la relation ? », *Réseaux* 2013/1, n° 177, p. 163. V. également : D. CARDON, *À quoi rêvent les algorithmes ? Nos vies à l'heure des big data*, Le Seuil, La République, 2015.

⁶³ S. UMOJA NOBLE, *Algorithms of Oppression. How Search Engines Reinforce Racism*, New-York University Press, 2018.

⁶⁴ S. WACHTER-BOETTCHER, *Technically Wrong. Sexist Apps, Biased Algorithms and Other Threats of Toxic Tech*, W. W. Norton & Company, 2017.

⁶⁵ V. EUBANKS, *Automating Inequality. How High-Tech Tools Profile, Police and Punish The Poor*, St. Martin's Press, 2018.

⁶⁶ I. ANJUNWA, « Age Discrimination by Platforms », *Berkeley Journal of Employment and Labor Law* 2019, vol. 40, pp. 1-27.

⁶⁷ A. TOFFLER, *Future Shock*, Random House, 1970 ; B. SCHWARTZ, *The Paradox of Choice. Why More is Less*, Harper Perennial, 2004.

⁶⁸ M.-A. DUJARIER, *Le travail du consommateur. De McDo à eBay, comment nous coproduisons ce que nous achetons*, La Découverte/Poche, 2014, p. 155.

⁶⁹ X. LONG *et al.*, « Choice Overload Effect in Online Recommender Systems », *Manufacturing & Service Operations Management* 2024, vol. 27, n° 1, p. 249.

comportement passé, elles consolideraient leurs croyances puisqu'ils ne seraient plus, dans le même temps, exposés à des idées divergentes⁷⁰.

Les recommandations numériques sont enfin pointées du doigt en ce qu'elles impacteraient la santé mentale, notamment des plus jeunes utilisateurs. En France, des familles ont assigné TikTok qu'elles accusent d'être responsable de la dégradation physique et psychologique de sept adolescents, dont deux se sont suicidés. Elles en mettent en cause son algorithme de recommandation, supposé mettre en avant des contenus promouvant les troubles alimentaires ou l'automutilation⁷¹. Trouble de l'attention, addiction, pratiques dangereuses, exposition à des contenus hypersexualisés ou violents sont également dénoncés⁷². Le 13 mars 2025, l'Assemblée nationale a approuvé la mise en place d'une commission d'enquête relative aux effets psychologiques du réseau social dont le rapport a été rendu le 4 septembre 2025⁷³.

25. Les effets politiques des recommandations numériques - Le Brexit, puis les élections américaines en 2016, ont mis au jour l'existence de supposées « bulles de filtres » liées à ces fameux biais de confirmation⁷⁴. Selon Eli Pariser, en confrontant systématiquement les internautes à des informations confirmant leurs opinions, ces derniers se retrouveraient enfermés dans une bulle informationnelle les empêchant d'être exposés à des opinions divergentes⁷⁵. Politiquement, cela favoriserait la polarisation idéologique en supprimant l'espace public comme lieu de débat⁷⁶. La théorie des bulles de filtres est à rapprocher de celle

⁷⁰ E. PARISER, *The Filter Bubble. What the Internet is Hiding from You*, The Penguin Press, 2011.

⁷¹ « Sept familles françaises annoncent assigner TikTok en justice après des suicides d'adolescentes », *Le Monde*, 4 nov. 2024, accessible en ligne : https://www.lemonde.fr/pixels/article/2024/11/04/suicides-d-adolescentes-sept-familles-francaises-annoncent-assigner-tiktok-en-justice_6375758_4408996.html. V. également : Center for Countering Digital Hate, *Deadly by Design*, déc. 2022 ; Amnesty International, *Poussé(e)s vers les ténèbres. Comment le fil « pour toi » encourage l'automutilation et les idées suicidaires*, nov. 2023.

⁷² C. GOODPASTER, "How Tiktok Hijacks Your Brain", *Knowing Neurons*, 20 juin 2023, accessible en ligne : <https://knowingneurons.com/blog/2023/06/20/how-tiktok-hijacks-your-brain/> ; F. Lollia, « TikTok et la santé mentale des adolescents : les alertes de la recherche », *The Conversation*, 11 juin 2025, accessible en ligne : <https://theconversation.com/tiktok-et-la-sante-mentale-des-adolescents-les-alertes-de-la-recherche-256833>. V. également, et pas spécifiquement chez les mineurs : B. SABLONNIÈRE « Comment manipuler le cerveau ? Une interface homme/machine peut-elle produire une addiction chez l'homme » in *Vers un droit neuroéthique ? Réflexion à partir des pratiques numériques d'influence et de manipulation des consommateurs*, dir. Sabine Bernheim-Desvaux et J. Sénéchal, IRJS Éditions, coll. Bibliothèque de l'IRJS-André Tunc, t. 136, 2025, pp. 75-84.

⁷³ AN, rapport n° 1770 de la commission d'enquête sur les effets psychologiques de TikTok sur les mineurs présidée par A. Delaporte, 4 sept. 2025.

⁷⁴ V. *supra* n° 1. V. également : CH. BENAVENT, *Plateformes. Sites collaboratifs, marketplaces, réseaux sociaux ... Comment ils influencent nos choix*, FYP éditions, 2016, p. 145.

⁷⁵ E. PARISER, *The Filter Bubble. What the Internet is Hiding from You*, *op. cit.* ; K. YEUNG, "Hypernudge : Big Data as a mode of regulation by design", *Information, Communication & Society* 2017, vol. 20, n° 1, p. 118.

⁷⁶ E. PARISER, *The Filter Bubble. What the Internet is Hiding from You*, *op. cit.* V. sur cette question : J.-S. BEUSCART *et al.*, *Sociologie d'internet*, Armand Colin, coll. Cursus, 2019, p. 118.

des « *chambres d'écho* »⁷⁷ qui désigne le risque d'« *isolement informationnel* » comme conséquence de la tendance des individus à favoriser des opinions proches des siennes⁷⁸.

Ces deux concepts sont malaisés à distinguer et également très critiqués⁷⁹. Pour certains, la diversité des contenus proposés aux utilisateurs sur les réseaux sociaux est inférieure à celle observée traditionnellement⁸⁰. D'autres démontrent que les utilisateurs de Facebook limitent eux-mêmes leur exposition à des contenus divergents⁸¹. Il semble donc difficile de distinguer ce qui relève d'une bulle de filtre ou d'une chambre d'écho, de ce qui a trait à des pratiques homophiles préexistantes⁸². À supposer qu'un tel enfermement informationnel soit inédit, il serait de surcroît limité puisqu'il toucherait une minorité d'internautes, aux opinions déjà extrêmement tranchées⁸³ au sein desquels les contenus de désinformation sont surreprésentés⁸⁴. Il est à ce titre difficile de considérer que les *fake news* ont pour effet de modifier les opinions des internautes puisque ces derniers vont dans le sens de leurs convictions initiales⁸⁵. Elles

⁷⁷ C. R. SUNSTEIN, *Republic.com 2.0*, Princeton University Press, 2002.

⁷⁸ A. CLAES *et al.*, « Algorithmes de recommandation et culture technique : penser le dialogue entre éducation et design », *Tic&Société* 1^{er} semestre 2021, vol. 15, n° 1 : accessible en ligne : <https://journals.openedition.org/ticetsociete/5915>.

⁷⁹ A. BRUNS, "Echo Chambers ? Filter bubbles ? The misleading metaphors that obscure the real problem", in *Hate Speech and Polarization in Participatory Society*, M. Pérez-Escobar and J. M. Noguera-Vivo (Eds), Routledge, 2021, p. 33 ; P. M. DAHLGREN, "A critical review of filter bubbles and a comparison with selective exposure", *Nordicom Review* 2021, vol. 24, n° 1, p. 15 ; J. MOELLER, N. HELBERGER, *Beyond the filter bubble. Concepts, myths, evidence and issues for debate*, Université d'Amsterdam, 2018 ; D. C. MUTZ, L. YOUNG, "Communication and Public Opinion : Plus Ça change ?", *Public Opinion Quarterly* 2011, vol. 75, p. 1018 ; F. ZUIDERVEEN BORGESIU *et al.*, "Should we worry about filter bubbles ?", *Internet Policy Review* 2016, vol. 5, n° 1, accessible en ligne : <https://policyreview.info/articles/analysis/should-we-worry-about-filter-bubbles> ; J. FARCHY, S. TALLEC, « De l'information aux industries culturelles, l'hypothèse chahutée de la bulle de filtre », *Questions de communication* 2023/1, n° 43, p. 241.

⁸⁰ D. NIKOLOV *et al.*, "Measuring Online Social Bubbles", *PeerJ Computer Science* 2015, 1:e38, accessible en ligne : <https://peerj.com/articles/cs-38/>.

⁸¹ E. BAKSHY *et al.*, "Exposure to ideologically diverse news and opinion on Facebook", *Science* 2015, vol. 348, n° 6239, p. 1130.

⁸² F. TARISSAN, *Au cœur des réseaux. Des sciences aux citoyens*, Le Pommier, coll. Essais, 2019, pp. 112-119 ; S. FLAXMAN *et al.*, "Filter Bubbles, Echo Chambers and Online News Consumption", *Public Opinion Quarterly* 2016, vol. 80, special issue, p. 298 ; J.-S. BEUSCART *et al.*, *Sociologie d'internet, op. cit.*, p. 119.

⁸³ Q. GROSSETTI *et al.*, "Community-Based Recommendations on Twitter : Avoiding the Filter Bubble", *Web Information Systems Engineering, WISE 2019, 20th International Conference, Hong-Kong, 2019*, pp. 212-227. V. s'agissant des *fake news* : N. GRINBERG *et al.*, "Fake news on Twitter during the 2016 U.S. presidential election", *Science* 2019, vol. 363, n° 6425, p. 374. Pour une critique de la « *Fake News Panic* », v. : D. CARDON, *Culture numérique, op. cit.*, p. 261.V. également : F. TARISSAN, *Au cœur des réseaux. Des sciences aux citoyens*, Le Pommier, coll. Essais, 2019, p. 143.

⁸⁴ N. GAUMONT *et al.*, "Reconstruction of the socio-semantic dynamics of political activist Twitter networks — Method and application to the 2017 French presidential election", *PLoS One* 2018, vol. 13, n° 9, accessible en ligne : <https://journals.plos.org/plosone/article?id=10.1371/journal.pone.0201879>. Aux Etats-Unis, une étude tend à démontrer que ce sont précisément les militants les plus convaincus qui ont été ciblés par des contenus de désinformation : N. GRINBERG *et al.*, "Fake news on Twitter during the 2016 U.S. presidential election", art. précit.

⁸⁵ J. FIGEAC *et al.*, « Facebook favorise-t-il la désinformation et la polarisation idéologique des opinions ? », *Questions de communication* 2019/2, n° 36, p. 167.

auraient davantage pour objet d'encourager le passage à l'acte chez des individus déjà extrémistes⁸⁶.

D'autres observateurs ont dénoncé le rôle des algorithmes de recommandation dans la radicalisation des contenus auxquels sont exposés les internautes. Pour Zeynep Tufekci, les contenus proposés aux utilisateurs dans des boucles continues sur YouTube sont, au fil du temps, de plus en plus violents, car ce sont eux qui sont à même de conserver l'attention des internautes⁸⁷.

26. Les effets culturels des recommandations numériques - Dans le secteur culturel aussi, les effets des recommandations numériques donnent des résultats en demi-teinte. Le numérique augurait à ses débuts le développement d'une « *longue traîne* »⁸⁸. Selon cette théorie, les produits de niche, donc peu demandés ou peu achetés, peuvent représenter une part de marché équivalente, si ce n'est supérieure, aux « *best-sellers* » dans l'univers en ligne grâce aux capacités de stockage illimitées⁸⁹, ce que certains contestent⁹⁰. D'autres mettent au jour un paradoxe : au niveau collectif, l'ensemble des utilisateurs convergent, grâce aux recommandations numériques, vers les mêmes contenus tandis qu'au niveau individuel, il existe davantage de diversité culturelle⁹¹. A supposer que la diversité du catalogue soit avérée en ligne, la question centrale de la diversité de consommation des utilisateurs demeure, notamment sur les plateformes de *streaming* musical⁹². L'hypothèse d'une bulle de filtre au niveau individuel est peu probable, ou du moins, comporte d'importantes limites sur des plateformes qui reposent sur l'abonnement de leurs utilisateurs : il faut à la fois les attirer avec

⁸⁶ N. GAUMONT *et al.*, "Reconstruction of the socio-semantic dynamics of political activist Twitter networks—Method and application to the 2017 French presidential election", art. précit.

⁸⁷ Z. TUFEKCI, "YouTube, The Great Radicalizer", *The New-York Times*, 12 mars 2018, accessible en ligne : <https://www.nytimes.com/2018/03/10/opinion/sunday/youtube-politics-radical.html>.

⁸⁸ CH. ANDERSON, *The Long Tail. Why the Future of Business is Selling Less of More*, Hyperion, 2006.

⁸⁹ E. BRYNJOLFSSON *et al.*, "Goodbye Pareto Principle, Hello Long Tail: The Effect of Search Costs on the Concentration of Product Sales", *Management Science* 2011, vol. 57, n° 8, p. 1373.

⁹⁰ H. RANAIVOSON, "The Internet platforms' impact on the Diversity of Cultural Expressions : to the Long Tail, and beyond !", in *Diversity of Cultural Expressions in the Digital Era*, L. Richieri Hanania and A.-T. Norodom (Eds), Teseo Press, 2016, p. 237 ; M. BOURREAU *et al.*, « Une analyse économique du phénomène de la longue traîne dans les industries culturelles », *Revue Française d'Économie* 2015/2, vol. XXX, p. 179.

⁹¹ D. FLEDER, K. HOSANAGAR, "Blockbuster Culture's Next Rise or Fall: The Impact of Recommender Systems on Sales Diversity", *Management Science* 2009, vol. 55, n° 5, p. 697.

⁹² J. BEUSCART *et al.*, « Les algorithmes de recommandation musicale et l'autonomie de l'auditeur. Analyse des écoutes d'un panel d'utilisateurs de streaming », *Réseaux* 2019/1, n° 213, p. 17 ; D. HESMONDHALGH, "Streaming's Effects on Music Culture : Old Anxieties and New Simplifications", *Cultural Sociology* 2021, vol. 16, n° 1, p. 3 ; M. LÜDERS, "Pushing music: People's continued will to archive versus Spotify's will to make them explore", *European Journal of Cultural Studies* 2019, vol. 24, n° 4, p. 952 ; H. DATTA *et al.*, "Changing their tune : How consumers' adoption of online streaming affects music consumption and discovery", *Marketing Science* 2018, vol. 37, n° 1, p. 5.

des contenus qui leur plaisent mais également injecter suffisamment de diversité pour ne pas les lasser et qu'ils quittent le service⁹³.

Les recommandations numériques produiraient des effets sur la création culturelle conduisant les créateurs et les producteurs à développer des contenus à même d'être davantage recommandés par l'algorithme⁹⁴. Il s'ensuivrait une perte d'originalité par une standardisation excessive de la production culturelle. Les détenteurs de données sur la consommation des contenus culturels auraient une longueur d'avance sur les créateurs : ils savent ce qui plaît aux utilisateurs et sont donc en capacité de produire eux-mêmes des contenus les satisfaisant⁹⁵.

27. Les effets économiques des recommandations numériques - Les recommandations numériques permettraient aux acteurs les plus puissants de fausser le jeu de la concurrence. Ils favoriseraient les abus de position dominante. Au titre des abus d'exploitation, ils permettraient une discrimination tarifaire transformant l'entreprise en « *faiseuse de prix* »⁹⁶ : elle n'est plus « *preneuse de prix* » mais déterminerait elle-même le prix que chaque consommateur ou chaque segment de consommateurs est prêt à payer⁹⁷. Les recommandations numériques pourraient aussi servir à commettre des abus d'éviction comme l'autopréférence : des opérateurs pourraient être tentés de favoriser leurs propres produits au détriment de ceux de leurs vendeurs⁹⁸, ce qui ne serait pas sans conséquence sur le bien-être du consommateur⁹⁹. Elles permettraient également la constitution d'ententes, voire de collusions tacites entre concurrents pour aligner leurs prix¹⁰⁰.

⁹³ J. FARCHY, S. TALLEC, « De l'information aux industries culturelles, l'hypothèse chahutée de la bulle de filtre », *Questions de communication* 2023/1, n° 43, p. 241.

⁹⁴ Q. GILLIOTTE, D. PASQUIER, « Travailler à sa chaîne. Les vidéastes des plateformes face à leurs sources de revenus », *Réseaux* 2024/4, n° 246-247, pp. 89-126.

⁹⁵ N. G. A. MUTLU, "The future of film-making : data-driven movie-making techniques", *Global Journal of Arts Education* 2020, vol. 10, n° 2, p. 167.

⁹⁶ F. MARTY, « Plateformes numériques, algorithmes et discrimination », *Revue de l'OFCE* 2019/4, n° 164, p. 47.

⁹⁷ *Ibid.*

⁹⁸ E. CALVANO *et al.*, "Artificial Intelligence, Algorithmic Recommendations and Competition", 2025, accessible en ligne : https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=4448010 ; F. MARTY, « Algorithmes de prix, intelligence artificielle et équilibres collusifs », *RIDE* 2017/2, t. XXXI, p. 83.

⁹⁹ G. ARIDOR, D. GONÇALVES, "Recommenders' originals: The welfare effects of the dual role of platforms as producers and recommender systems", *International Journal of Industrial Organization* 2022, vol. 83, n° 102845.

¹⁰⁰ F. MARTY, « Algorithmes de prix, intelligence artificielle et équilibres collusifs », art. précit., p. 83 ; R. STEPPE, « Tarification algorithmique et collusion tacite en vertu du droit de la concurrence », *RIDE* 2019/3, t. XXXIII, p. 347.

B. La focalisation du législateur sur les remèdes aux risques engendrés des recommandations numériques

28. Trouver les coupables - Les responsables de ces effets réels ou supposés sont d'abord les acteurs qui recourent aux recommandations numériques, à savoir les plateformes qui opèrent dans des secteurs d'activités divers : publicité en ligne, places de marchés en ligne, moteurs de recherche, médias sociaux, boutiques de contenus créatifs, distribution d'applications, services de communication, ...¹⁰¹. Elles sont à l'origine d'une « *plateformisation* » de l'économie et de la société, expression désignant la tendance à « *se dégager des modèles économiques traditionnels en mettant à profit le potentiel offert par le web* »¹⁰² et à modifier ainsi « *la place et le rôle de chacun des acteurs dans la chaîne de valeur* »¹⁰³. Depuis 2014, les plateformes sont au centre des préoccupations des pouvoirs publics qui multiplient les rapports, notamment en France¹⁰⁴. Si les éléments caractéristiques des plateformes diffèrent selon les études¹⁰⁵, il faut bien souligner l'importance de l'exploitation des données personnelles et l'utilisation massive d'algorithmes : « *les plateformes tirent leur bénéfice de la valorisation de la collecte et du traitement des données personnelles de leurs utilisateurs. Grâce à ce profilage, elles connaissent les préférences des consommateurs qu'elles peuvent revendre à des entreprises utilisatrices (vendeurs ou annonceurs) ou à des courtiers de données* »¹⁰⁶. Elles peuvent s'improviser régulateurs de leur marché : « *la plateforme, avec ses algorithmes de traitement de l'information, de recommandations et de mise en relation composés de millions de lignes de code informatique, est devenue un régulateur : "platform is law"* »¹⁰⁷.

¹⁰¹ Commission européenne, *Les plateformes en ligne et le marché unique numérique - Perspectives et défis pour l'Europe*, 25 mai 2016, COM(2016) 288 final, p. 2.

¹⁰² M. LE ROY, *La loyauté des plateformes à l'égard des consommateurs*, préf. C. Zolynski et N. Sauphanor-Brouillaud, Dalloz, coll. Nouvelle Bibliothèque de Thèses, vol. 224, 2023, p. 5.

¹⁰³ *Ibid.*

¹⁰⁴ V. par ex : Rapp. d'information de C. Morin-Desailly, *L'Union européenne, colonie du monde numérique ?*, rapp. fait au nom de la commission des affaires européennes, n° 443 (2012-2013), 20 mars 2013 ; Conseil d'État, *Étude annuelle 2014. Le numérique et les droits fondamentaux*, La Documentation Française, 2014 ; CNNum, *Neutralité des plateformes. Réunir les conditions d'un environnement numérique ouvert et soutenable*, mai 2014 ; Commission de réflexion et de propositions sur le droit et les libertés à l'âge du numérique (prés. C. Féral-Schuhl et C. Paul), *Rapport d'information déposé par la commission de réflexion et de propositions sur le droit et les libertés à l'âge du numérique*, 2015 ; CSA, *Plateformes et accès aux contenus audiovisuels. Quels enjeux concurrentiels et de régulation*, sept. 2016 ; Conseil d'État, *Étude annuelle 2017. Puissance publique et plateformes numériques : accompagner l'« ubérisation »*, La Documentation Française, 2017.

¹⁰⁵ Commission européenne, *Les plateformes en ligne et le marché unique numérique - Perspectives et défis pour l'Europe*, précit., pp. 2-3 ; Rapp. d'information de D. Fasquelle et V. Faure-Muntian déposé en application de l'article 145 du règlement par la commission des affaires économiques de l'AN, en conclusion des travaux d'une mission d'information sur les plateformes numériques, n° 3127, 24 juin 2020.

¹⁰⁶ M. LE ROY, *La loyauté des plateformes à l'égard des consommateurs*, *op. cit.*, p. 9, n° 9.

¹⁰⁷ J. SÉNÉCHAL, « L'opérateur de plateforme en ligne, régulateur économique par fourniture de prestations de services interpersonnelles - Un phénomène complexe à saisir selon trois approches de droit économique

29. Empiler les textes - Dès lors, la machine législative s’emballe. La France est d’ailleurs *leader* dans l’encadrement des plateformes par l’instauration, à l’égard des consommateurs, d’obligation de transparence aux services de référencement¹⁰⁸ puis de certains services de mise en relation¹⁰⁹. La loi n° 2016-1321 du 7 octobre 2016 pour une République numérique a étendu cette obligation à l’ensemble des « *opérateurs de plateformes en ligne* », notamment ceux dont l’activité repose sur « *le classement ou le référencement, au moyen d’algorithmes informatiques, de contenus, de biens ou de services proposés ou mis en ligne par des tiers* »¹¹⁰. La référence à cette activité de classement algorithmique a par la suite été reprise dans de nombreux textes, en dehors du droit de la consommation : loi n° 2018-1202 du 22 décembre 2018 relative à la lutte contre la manipulation de l’information¹¹¹, loi n° 2020-766 du 24 juin 2020 visant à lutter contre les contenus haineux sur internet dite « loi Avia »¹¹², loi n° 2021-1109 du 24 août 2021 confortant le respect des principes de la République¹¹³, loi n° 2024-449 du 21 mai 2024 visant à sécuriser et à réguler l’espace numérique dite « loi SREN »¹¹⁴, ...

Le législateur européen n’est pas en reste avec la directive (UE) 2018/1808 sur les services de médias audiovisuels dite « SMA »¹¹⁵, la directive (UE) 2019/790 sur le droit d’auteur dans le marché unique numérique dite « DAMUN »¹¹⁶, la directive (UE) 2019/2161 dite « Omnibus »¹¹⁷, le règlement (UE) 2019/150 dit « *Platform to Business* » ou « P2B »¹¹⁸, le règlement (UE) 2022/1925 sur les marchés numériques dit « *Digital Markets Act* » ou

transversales et complémentaires », in *Rôle et responsabilité des opérateurs de plateformes en ligne : approche(s) transversale(s) ou approches sectorielles ?*, dir. J. Sénégals et S. Stalla-Bourdillon, IRJS Éd., coll. Bibliothèque de l’IRJS - André Tunc, t. 91, 2018, p. 14.

¹⁰⁸ L. n° 2014-344 du 17 mars 2014 relative à la consommation dite « loi Hamon », *JORF* n° 0065, 18 mars 2014, art. 147.

¹⁰⁹ L. n° 2015-990 du 6 août 2015 pour la croissance, l’activité et l’égalité des chances économiques, dite « loi Macron », *JORF* n° 0181, 7 août 2015, art. 134.

¹¹⁰ L. n° 2016-1321 du 7 octobre 2016 pour une République numérique, *JORF* n° 0235, 8 oct. 2016, art. 49.

¹¹¹ L. n° 2018-1202 du 22 décembre 2018 relative à la lutte contre la manipulation de l’information, *JORF* n° 0297, 23 déc. 2018.

¹¹² L. n° 2020-766 du 24 juin 2020 visant à lutter contre les contenus haineux sur internet, *JORF* n° 0156, 25 juin 2020.

¹¹³ L. n° 2021-1109 du 24 août 2021 confortant le respect des principes de la République, *JORF* n° 0197, 25 août 2021.

¹¹⁴ L. n° 2024-449 du 21 mai 2024 visant à sécuriser et à réguler l’espace numérique, *JORF* n° 0117, 22 mai 2024.

¹¹⁵ Dir. (UE) 2018/1808 du PE et du Conseil du 14 novembre 2018 modifiant la directive 2010/13/UE visant à la coordination de certaines dispositions législatives, réglementaires et administratives des États membres relatives à la fourniture de services de médias audiovisuels (directive « Services de médias audiovisuels »), compte tenu de l’évolution des réalités du marché., *JOUE* L 303/69, 28 nov. 2018.

¹¹⁶ Dir. (UE) 2019/790 du PE et du Conseil du 17 avril 2019 sur le droit d’auteur et les droits voisins dans le marché unique numérique et modifiant les directives 96/9/CE et 2001/29/CE, *JOUE* L 130/92, 17 mai 2019.

¹¹⁷ Dir. (UE) 2019/2161 du PE et du Conseil du 27 novembre 2019 modifiant la directive 93/13/CEE du Conseil et les directives 98/6/CE, 2005/29/CE et 2011/83/UE du PE et du Conseil en ce qui concerne une meilleure application et une modernisation des règles de l’Union en matière de protection des consommateurs, *JOUE* L328/7, 18 déc. 2019.

¹¹⁸ Règl. (UE) 2019/1150 du PE et du Conseil du 20 juin 2019 promouvant l’équité et la transparence pour les entreprises utilisatrices de services d’intermédiation en ligne, *JOUE* L 186/57, 11 juill. 2019.

« DMA »¹¹⁹ ou encore le règlement (UE) 2022/2065 sur les services numériques dit « *Digital Services Act* » ou « DSA »¹²⁰.

30. Contenir les risques - L'arsenal législatif a pour objectif de réduire les risques engendrés par les plateformes dont les recommandations numériques sont les instruments. Elles ne sont, en d'autres termes, que rarement envisagées pour elles-mêmes.

En matière de risques, le remède privilégié semble être la transparence. C'est d'ailleurs l'ambition affichée du règlement P2B qui a pour objet d'assurer l'équité et la transparence des services d'intermédiation en ligne vis-à-vis de leurs entreprises utilisatrices et qui se traduit par une obligation d'information sur les paramètres de classement des offres que ces dernières proposent sur leurs services¹²¹. Cette transparence se retrouve dans le règlement DSA dont l'article 27 exige des fournisseurs de plateformes en ligne de fournir à leurs utilisateurs des informations sur les paramètres utilisés dans les systèmes de recommandation et des options à leurs dispositions pour modifier ou influencer ces paramètres¹²².

L'équité ensuite est à noter au titre des remèdes pour lutter contre les asymétries de positions et d'information entre les services de plateformes essentiels et leurs entreprises utilisatrices. À ce titre, le règlement DMA impose aux services de plateformes essentiels qui seraient qualifiés de contrôleurs d'accès de ne pas accorder de traitement préférentiel à leurs propres services par exemple¹²³ et de fournir aux entreprises qui fournissent des moteurs de recherche en ligne « *un accès aux données concernant les classements, requêtes, clics et vues en lien avec les recherches gratuites et payantes générées par les utilisateurs finaux* »¹²⁴.

Au-delà des risques économiques, le règlement DSA cible également les risques sociétaux : « *les très grandes plateformes en ligne et les très grands moteurs de recherche en ligne peuvent être utilisés d'une manière qui a une influence considérable sur la sécurité en ligne, sur la formation de l'opinion publique et du discours, ainsi que sur le commerce en ligne. La façon dont ils conçoivent leurs services est généralement optimisée au bénéfice de leurs*

¹¹⁹ Règl. (UE) 2022/1925 du PE et du Conseil du 14 septembre 2022 relatif aux marchés contestables et équitables dans le secteur numérique et modifiant les directives (UE) 2019/1937 (UE) 2020/1828 (règlement sur les marchés numériques), *JOUE* L 265/1, 12 oct. 2022.

¹²⁰ Règl. (UE) 2022/2065 du PE et du Conseil du 19 octobre 2022 relatif à un marché unique des services numériques et modifiant la directive 2000/31/CE (règlement sur les services numériques), *JOUE* L 277/1, 27 oct. 2022.

¹²¹ Règl. P2B, art. 5.

¹²² Sur cette disposition, une procédure formelle a été ouverte par la Commission européenne, au stade des constatations préliminaires, à l'encontre de AliExpress (Commission européenne, communiqué de presse IP/24/1485, 14 mars 2024) et de Temu (Commission européenne, communiqué de presse IP/24/5622, 31 oct. 2024).

¹²³ Règl. DMA, art. 6 §5.

¹²⁴ Règl. DMA, art. 6 §11.

modèles économiques souvent axés sur la publicité et peut susciter des préoccupations sociétales »¹²⁵, parmi lesquels : « la diffusion de contenus illicites », les effets négatifs sur « l'exercice des droits fondamentaux », « sur le discours civique, les processus électoraux et la sécurité publique » ou encore ceux liés « aux violences sexistes et à la protection de la santé publique et des mineurs et les conséquences négatives graves sur le bien-être physique et mental des personnes »¹²⁶. Ces risques, qui peuvent notamment découler des recommandations numériques mises en place par les très grandes plateformes en ligne et les très grands moteurs de recherche en ligne¹²⁷, justifient d'imposer à ces acteurs une obligation d'évaluation quant à la présence et l'importance de ces risques¹²⁸ et une obligation de les atténuer, le cas échéant en adaptant leurs systèmes de recommandation¹²⁹.

§3. L'exploration de la notion de recommandation numérique

31. Une apparition récente en droit positif - Le terme de « recommandation » n'est pas un inconnu en droit. Aux côtés des codes de conduite, déclarations, directives, chartes et avis, la recommandation fait partie des instruments de « droit souple » et plus précisément de « droit doux »¹³⁰ : « ce droit-là est en prise directe avec la pratique et les acteurs auxquels il s'adresse. Sans régir, faute de caractère obligatoire, il n'en est pas moins souvent adapté, en ce qu'il régule le comportement des destinataires qui le font leur autant, ou peut-être plus, par la force du groupe que par celle du droit »¹³¹. Les recommandations numériques qui font l'objet de cette étude partagent cet aspect en principe facultatif : leurs destinataires ont le choix, ou devraient avoir le choix de les suivre ou non, mais leur force incitative est parfois plus forte. Le normatif

¹²⁵ Règl. DSA, consid. 79.

¹²⁶ Règl. DSA, art. 34 §1.

¹²⁷ A ce jour, 25 acteurs ont été désignés comme très grandes plateformes en lignes ou comme très grands moteurs de recherche en ligne : AliExpress, Amazon Store, App Store, Pornhub, Booking.com, Google Search, Google Play, Google Maps, Google Shopping, YouTube, Shein, LinkedIn, Facebook, Instagram, Bing, XNXX, Pinterest, Snapchat, Stripchat, TikTok, X, Temu, Xvideos, Wikipedia et Zalando. La liste est accessible et actualisée sur le site de la Commission européenne : <https://digital-strategy.ec.europa.eu/en/policies/list-designated-vlops-and-vloses>. Plusieurs recours ont été portés devant le Trib. UE pour contester cette désignation. Certains ont été rejetés (Trib. UE ord., 2 juill. 2024, aff. T-138/24 R, *Aylo Freesites c/ Commission*, confirmé par CJUE ord., 6 sept. 2024, aff. C-511/24 P (R), *Aylo Freesites c/ Commission* – Trib. UE, 3 sept. 2025, aff. T-348/23, *Zalando c/ Commission* – Trib. UE, 19 nov. 2025, aff. T-367/23, *Amazon EU SARL c/ Commission*), un est encore en cours (recours introduit devant le Trib. UE, 29 févr. 2024, aff. T-134/24, *Technius c/ Commission*).

¹²⁸ Règl. DSA, art. 34 §2.

¹²⁹ Règl. DSA, art. 35 §1.

¹³⁰ C. THIBIERGE, « Le droit souple. Réflexions sur les textures du droit », *RTD civ.* 2003, p. 599.

¹³¹ *Ibid.*

ne se résume pas à l'impératif¹³². Mais les recommandations numériques n'ont pas pour objet de régir des situations juridiques, ni même de produire de tels effets. Il s'agirait en cela de pures normes de comportement, étrangères à la sphère du droit.

En matière numérique, le terme apparaît dans la directive 2005/29/CE sur les pratiques commerciales déloyales¹³³. L'article 23 *quater* de l'annexe I répute trompeuse la pratique consistant à « *envoyer ou charger une autre personne morale ou physique d'envoyer de faux avis ou de fausses recommandations de consommateurs, ou déformer des avis de consommateurs ou des recommandations sociales afin de promouvoir des produits* »¹³⁴. Le terme apparaît également dans les lignes directrices de la Commission européenne relatif à ce texte. Le document mentionne, sans les définir, les « *recommandations de consommateurs* »¹³⁵, « *les recommandations sociales* »¹³⁶, la « *recommandation personnelle et non commerciale* »¹³⁷, les « *recommandations effectuées par l'influenceur* »¹³⁸ et les « *systèmes de recommandation* »¹³⁹. Le terme de recommandation apparaît également dans la définition du « *service de réseaux sociaux en ligne* » que le règlement DMA saisit comme « *une plateforme permettant aux utilisateurs finaux de se connecter ainsi que de communiquer entre eux, de partager des contenus et de découvrir d'autres utilisateurs et d'autres contenus, sur plusieurs appareils et, en particulier, au moyen de conversations en ligne (chats), de publications (posts), de vidéos et de recommandations* »¹⁴⁰.

Il faut attendre le règlement DSA pour avoir une idée plus précise de ce que serait une recommandation numérique. Il s'agirait d'un « *système entièrement ou partiellement automatisé utilisé par une plateforme en ligne pour suggérer sur son interface en ligne des informations spécifiques aux destinataires du service ou pour hiérarchiser ces informations, notamment à la suite d'une recherche lancée par le destinataire du service ou en déterminant de toute autre manière l'ordre relatif ou d'importance des informations affichées* »¹⁴¹.

¹³² A. BOUDINAR-ZABALETA, « Algorithmes et lignes directrices. Réflexions sur la codification automatisée des motifs des décisions administratives », *Droit administratif* 2019, étude 7.

¹³³ Dir. 2005/29/CE du PE et du Conseil du 11 mai 2005 relative aux pratiques commerciales déloyales des entreprises vis-à-vis des consommateurs dans le marché intérieur et modifiant la directive 84/450/CEE du Conseil et les directives 97/7/CE, 98/27/CE et 2002/65/CE du PE et du Conseil et le règlement (CE) n° 2006/2004 du PE et du Conseil (« directive sur les pratiques commerciales déloyales »), JOUE L 149/22, 11 juin 2005.

¹³⁴ Dir. 2005/29/CE, annexe I, art. 23 *quater*.

¹³⁵ Commission européenne, *Orientations concernant l'interprétation et l'application de la directive 2005/29/CE du PE et du Conseil relative aux pratiques commerciales déloyales des entreprises vis-à-vis des consommateurs dans le marché intérieur*, JOUE 2021/C 526/01, 29 déc. 2021, pt. 4. 2. 4.

¹³⁶ *Ibid.*

¹³⁷ *Ibid.*, pt. 4. 2. 6.

¹³⁸ *Ibid.*

¹³⁹ *Ibid.*, pt. 4. 2. 7.

¹⁴⁰ Règl. DMA, art. 2 (7).

¹⁴¹ Règl. DSA, art. 3 (s).

Le terme de recommandation est enfin évoqué dans la définition du système d'intelligence artificielle dans le règlement (UE) 2024/1689 relatif à l'Intelligence Artificielle dit « IA »¹⁴², appréhendé comme « *un système automatisé qui est conçu pour fonctionner à différents niveaux d'autonomie et peut faire preuve d'une capacité d'adaptation après son déploiement, et qui, pour des objectifs explicites ou implicites, déduit, à partir des entrées qu'il reçoit, la manière de générer des sorties telles que des prédictions, du contenu, des recommandations ou des décisions qui peuvent influencer les environnements physiques ou virtuels* »¹⁴³.

32. Une notion à la fois plus stricte et plus large qu'imaginée - Les dispositifs incitatifs que sont les recommandations numériques peuvent potentiellement entretenir des liens ténus, voir se télescoper avec d'autres notions que sont les avis en ligne, les communications d'influenceurs, les interfaces en ligne, les avis de consommateurs, les contenus, auxquels on peut ajouter la publicité, le référencement ou encore le classement. La notion de recommandation numérique est-elle aussi large ou devrait-elle être circonscrite à certaines manifestations ?

L'analyse des liens entre la recommandation numérique et les notions précitées au travers des textes révèle sa caractéristique fondamentale : la recommandation numérique appartient au domaine du formel. Son caractère incitatif ne se loge pas dans sa substance, c'est-à-dire le sens d'une publication, d'une vidéo, d'un *reel*, d'une *story*, d'un *tweet* ou d'un contenu publicitaire. En d'autres termes, la recommandation numérique n'est pas un contenu incitatif en soi mais constitue un ordonnancement de contenus qui produit en lui-même un effet suggestif : les résultats de recherche sur Google, les fils de contenus Facebook, Instagram, TikTok ou encore X, les « *vous pourriez aimer* » sur Amazon, ... Mais la recommandation numérique n'est pas nécessairement personnalisée, c'est-à-dire adaptée à l'utilisateur. En cela, son périmètre est plus large puisqu'elle inclut les « *tops* » fondés sur l'activité des autres utilisateurs : les articles les plus lus, les vidéos les plus commentés, les commentaires les plus aimés, les avis les plus utiles.

¹⁴² Règl. (UE) 2024/1689 du PE et du Conseil du 13 juin 2024 établissant des règles harmonisées concernant l'intelligence artificielle et modifiant les règlements (CE) n° 300/2008, (UE) n° 167/2013, (UE) n° 168/2013, (UE) 2018/858, (UE) 2018/1139 et (UE) 2019/2144 et les directives 2014/90/UE, (UE) 2016/797 et (UE) 2020/1828 (règlement sur l'intelligence artificielle), *JOUE* L2024/1689, 12 juill. 2024.

¹⁴³ Règl. IA, art. 3 (1).

La recommandation numérique est ainsi un ordonnancement suggestif de contenus constituant une intermédiation informationnelle, réalisée au moyen d’algorithmes et fondée sur un traitement de données personnelles ou non personnelles.

33. Un régime juridique existant mais éparpillé - Au soutien de l’existence d’une notion de recommandation numérique, peut être affirmée l’existence d’un régime juridique, bien qu’éparpillé dans de nombreux textes.

Certains concernent sa partie « *émergée* », c’est-à-dire ce qui se donne à voir : un ensemble de contenus. Des règles de transparence sont donc imposées aux fournisseurs de recommandations numériques à l’égard de leurs destinataires ou des fournisseurs de contenus s’agissant de leurs paramètres d’ordonnancement¹⁴⁴, ce qui signifie, en creux, que l’existence même d’une recommandation doit être portée à leur connaissance.

Le règlement DMA interdit l’autopréférence que des fournisseurs de recommandations qualifiés de contrôleurs d’accès pourraient accorder à leurs propres contenus tant au niveau émergé (le classement de contenus) que dans la phase immergée (l’indexation et l’exploration de contenus)¹⁴⁵. Cette phase immergée de la recommandation numérique a également trait aux données utilisées pour construire les recommandations numériques. Plusieurs textes ont vocation à s’appliquer comme le règlement DMA s’agissant du partage des données utilisées¹⁴⁶. D’autres textes relatifs aux données sont également mobilisables sans qu’ils soient spécifiques aux recommandations numériques comme la directive 2002/58/CE relative au traitement de données à caractère personnel et la protection de la vie privée dans le secteur des communications électroniques dite « *e-privacy* »¹⁴⁷, le règlement (UE) 2016/679 relatif à la protection des personnes physiques à l’égard du traitement de données à caractère personnel et à la libre circulation de ces données dit « RGPD »¹⁴⁸, le règlement (UE) 2018/1807 relatif au libre flux des données à caractère non personnel dans l’Union européenne¹⁴⁹ ou encore le

¹⁴⁴ Dir. 2005/29/CE, art. 7 §4 *bis* ; Règl. P2B, art. 5.

¹⁴⁵ Règl. DMA, art. 6 §11.

¹⁴⁶ *Ibid.*

¹⁴⁷ Dir. 2002/58/CE du PE et du Conseil du 12 juillet 2002 concernant le traitement des données à caractère personnel et la protection de la vie privée dans le secteur des communications électroniques (directive vie privée et communications électroniques), *JOUE* L 201/37, 31 juill. 2002.

¹⁴⁸ Règl. (UE) 2016/679 du PE et du Conseil relatif à la protection des personnes physiques à l’égard du traitement des données à caractère personnel et à la libre circulation de ces données et abrogeant la directive 95/46/CE (règlement général sur la protection des données), *JOUE* L 119/1, 4 mai 2016.

¹⁴⁹ Règl. (UE) 2018/1807 du PE et du Conseil du 14 novembre 2018 établissant un cadre applicable au libre flux des données à caractère non personnel dans l’Union européenne, *JOUE* L 303/59, 28 nov. 2018.

règlement (UE) 2022/868 sur la gouvernance des données dit « *Data Governance Act* » ou « DGA »¹⁵⁰.

Un autre corpus de règles a trait aux risques engendrés par les recommandations numériques imposant une évaluation de leurs potentiels effets néfastes¹⁵¹ et leur correction¹⁵², encadrant voire interdisant le recours à certains outils pouvant produire des telles recommandations aux conséquences délétères¹⁵³.

34. Les enjeux de la thèse - La mise au jour de la notion de recommandation numérique est un facteur de clarification du droit existant à double titre.

Les recommandations numériques sont bien saisies par le droit, et ce, au travers de nombreux textes, sous divers vocables (recommandation, classement, référencement) sans qu'elles soient identifiées, ni même que leur liens avec d'autres pratiques ne soient clarifiés (publicités, avis). Il existe donc un régime juridique applicable à des pratiques sans que l'on sache à quels critères elles doivent répondre pour déclencher l'application de leur régime juridique. Le fait que la recommandation numérique se situe à la croisée de diverses notions et régimes juridiques ne fait pas obstacle à sa conceptualisation ni à l'existence d'un régime spécifique s'y appliquant même si ce régime n'est pas autonome. Il s'agit donc ici de mettre au jour, voire de reconstruire, une notion existante à laquelle correspond un régime juridique, que sa dissémination dans de multiples dispositions et matières juridiques rend complexe.

La notion de recommandation numérique a un autre intérêt, par ricochet : elle permet de qualifier certains services qui sont soumis à un régime spécifique. Par exemple, la directive DAMUN définit le « *fournisseur de services de partage de contenus en ligne* » comme « *un fournisseur d'un service de la société de l'information dont l'objectif principal ou l'un des objectifs principaux est de stocker et de donner au public l'accès à une quantité importante d'œuvres protégées par le droit d'auteur ou d'autres objets protégés qui ont été téléversés par ses utilisateurs, qu'il organise et promeut à des fins lucratives* »¹⁵⁴. À cette qualification,

¹⁵⁰ Règl. (UE) 2022/868 du PE et du Conseil du 30 mai 2022 portant sur la gouvernance européenne des données et modifiant le règlement (UE) 2018/1724 (règlement sur la gouvernance des données), JOUE L 152/1, 3 juin 2022.

¹⁵¹ Règl. DSA, art. 34 §2.

¹⁵² Règl. DSA, art. 35 §1 (d). A noter que plusieurs procédures formelles ont été ouvertes par la Commission européenne en raison des risques induits par le fonctionnement des systèmes de recommandation numérique comme les risques sur le bien-être physique et mental des utilisateurs s'agissant de TikTok (Commission européenne, communiqué de presse IP/24/926, 19 févr. 2024) et Temu (Commission européenne, communiqué de presse IP/24/5622, 31 oct. 2024) mais également les risques relatifs à l'intégrité des processus électoraux comme dans le cas de Meta (Commission européenne, communiqué de presse IP/24/2664, 16 mai 2024) et de TikTok (Commission européenne, communiqué de presse IP/24/64/87, 17 déc. 2024).

¹⁵³ Règl. IA, art. 5.

¹⁵⁴ Dir. DAMUN, art. 2 (6).

correspond un régime de responsabilité bien particulier : lorsque des œuvres de l'esprit sont mises en ligne par leurs utilisateurs sans autorisation des titulaires de droit, ces fournisseurs sont considérés comme responsables de cette communication au public à moins qu'ils ne fournissent les meilleurs efforts, notamment pour obtenir une telle autorisation¹⁵⁵. Le régime de ces fournisseurs, qui s'appuie sur des recommandations numériques, est donc l'inverse de celui des hébergeurs, dont les plateformes, qui ne sont pas responsables des contenus publiés par leurs utilisateurs, seulement de la façon dont ils réagissent lorsque lesdits contenus sont illicites¹⁵⁶.

35. Le plan proposé : une approche à petits pas - Si le règlement DSA est le premier texte à traiter expressément des recommandations numériques, ces dernières étaient en réalité déjà saisies par la jurisprudence et le droit positif. La recommandation numérique est donc une véritable notion juridique qui répond à différents critères de qualification juridique aptes à déclencher l'application de certaines règles. La mise en lumière de cette qualification juridique (Partie 2) ne peut se faire qu'à l'issue d'un travail d'identification de cette pratique (Partie 1).

¹⁵⁵ Dir. DAMUN, art. 17.

¹⁵⁶ Règl. DSA, art. 6.

Partie 1. L'identification de la recommandation numérique

36. Augmenter la focale - La recommandation numérique est d'abord une pratique. Sa traduction juridique, au travers d'une qualification à laquelle correspond un régime, ne peut se faire qu'au terme d'un travail de balisage, qui présente des spécificités. Le choix a été fait de ne pas restreindre l'analyse au prisme juridique. Le fait précédant le droit, la pratique de recommandation a été saisie depuis longtemps par les sciences humaines et sociales ainsi que les sciences computationnelles, disciplines qui peuvent fournir des pistes quant à la délimitation d'une notion de recommandation numérique. Pour les mêmes raisons, ce travail d'enquête ne peut se limiter à l'univers numérique. Il importe de revenir aux pratiques hors ligne afin de saisir la spécificité – ou non – des recommandations se manifestant dans l'univers numérique.

« *Commencer par le commencement* » impose de comprendre comment elle se manifeste, dans l'univers réel ou virtuel avant d'envisager toute qualification juridique de la recommandation. L'analyse s'ouvre donc par une appréhension extra-juridique de la recommandation (Titre 1) avant d'envisager sa parenté avec d'autres notions juridiques (Titre 2).

Titre 1. L'appréhension extra-juridique de la recommandation numérique

37. Précision et choix sémantique - La pratique consistant à orienter le comportement des individus est bien connue en dehors du droit même si la sémantique est diverse. « *La prescription est-elle à entendre comme recommandation, injonction, information, distinction, sélection, commentaire, désignation d'une valeur, avis partagé ?* »¹⁵⁷. Au sens strict, et d'un point de vue étymologique, la prescription désigne le processus consistant à enjoindre quelqu'un à faire ou ne pas faire quelque chose¹⁵⁸. Par extension, la prescription vise « à comprendre la manière dont s'effectuent les choix [...], voire la manière dont ils peuvent être influencés, sur le mode de la recommandation plutôt que de l'imposition »¹⁵⁹. Pour une partie de la doctrine, le terme reste néanmoins très connoté. La prescription serait un processus vertical s'inscrivant dans un rapport d'autorité ou de domination¹⁶⁰ de l'émetteur vis-à-vis du récepteur. En cela, elle serait synonyme d'affirmation, de désignation¹⁶¹, d'injonction ou d'ordre¹⁶², voire de commandement¹⁶³. Nombre de professionnels récusent d'ailleurs le recours à ce terme, lui préférant celui de « médiation » qui sous-tend une position moins autoritaire de l'émetteur¹⁶⁴.

¹⁵⁷ S. DUCAS, M. POURCHET, « De la prescription : comment le livre vient au lecteur », *Communication & langages*, 2014/1, n° 179, p. 24. Les auteurs ne sont pas les seuls à s'interroger sur cette cacophonie sémantique : « *Recommander, conseiller, prescrire, quelles différences ?* » (P. DELCAMBRE, « Prescrire comme opération sociale, in « La prescription culturelle en question », dir. F. Ribac, *Territoires contemporains*, juill. 2019, n° 11, accessible en ligne : <http://tristan.u-bourgogne.fr/CGC/publications/prescription-culturelle-question/Pierre-Delcambre.html>).

¹⁵⁸ M. OUSTINOFF, « Aux origines de la prescription : retour vers le futur ? », in *Prescription culturelle : avatars et médiamorphoses*, dir. B. Chapelain et S. Ducas, Presses de l'Enssib, coll. Papiers, 2018, accessible en ligne : <https://books.openedition.org/pressesensib/9307>.

¹⁵⁹ *Ibid.*

¹⁶⁰ E. DA LAGE *et al.*, « Le livre audio en bibliothèque de lecture publique : dispositifs de médiation et formes de prescription d'un support "mineur" », in « La prescription culturelle en question », dir. F. Ribac, *Territoires contemporains*, juill. 2019, n° 11, accessible en ligne : <http://tristan.u-bourgogne.fr/CGC/publications/prescription-culturelle-question/Emilie-Da-Lage-Susan-Kovacs-Elodie-Sevin.html>.

¹⁶¹ J. TRENQUE, « Radio et prescription littéraire : une réécriture du mythe du bouche-à-oreille », in *Prescription culturelle : avatars et médiamorphoses*, dir. B. Chapelain et S. Ducas, Presses de l'Enssib, coll. Papiers, 2018, §2, accessible en ligne : <https://books.openedition.org/pressesensib/9366>.

¹⁶² V. CROISSANT, « La recommandation culturelle des amateurs sur le Web : Senscritique ou la fabrique des prescripteurs », in *Prescription culturelle : avatars et médiamorphoses*, dir. B. Chapelain et S. Ducas, Presses de l'Enssib, coll. Papiers, 2018, §12, accessible en ligne : <https://books.openedition.org/pressesensib/9433>.

¹⁶³ L. KARPIK, *L'économie des singularités*, Gallimard, coll. Bibliothèque des sciences humaines, 2007, p. 69.

¹⁶⁴ Les professionnels des bibliothèques et des musées notamment, v. : C. LETROUT, « Collections, offres de services : prescription ou réponse à la demande ? », in *Les métiers des bibliothèques*, dir. N. Marcerou-Ramel,

Le médiateur serait davantage un « *passer* » qui aurait pour mission d'accompagner¹⁶⁵, conseiller ou orienter¹⁶⁶ le destinataire dans son processus de choix. Cette atténuation sémantique se retrouve également dans le terme « *recommandation* » fréquemment employé pour désigner les échanges de conseils ou d'avis entre « *pairs* ». Dépourvue de dimension contraignante, la recommandation procéderait d'un rapport horizontal et réciproque entre les locuteurs¹⁶⁷ et se rapprocherait de la suggestion ou de la proposition¹⁶⁸.

Malgré ces précisions terminologiques, il semble difficile d'en tirer de conclusions définitives d'ordre notionnel dans la mesure où une grande partie de la doctrine recourt à l'un ou l'autre des termes sans que ce choix sémantique ne soit toujours explicité, ni même que les termes utilisés soient définis. Le terme « *recommandation* », parce qu'il reste moins connoté pour saisir un mécanisme global d'influence sur les choix, sera préféré dans les développements qui suivent.

38. Appréhension indirecte de la recommandation - La littérature en matière de recommandations est foisonnante et concerne tous les champs de recherche scientifique : économie, *marketing*, sciences de gestion, sociologie, management, communication, informatique.

Mais plusieurs auteurs regrettent le peu de théorisation dont la notion de recommandation fait l'objet¹⁶⁹. L'analyse de la doctrine non juridique montre que cette dernière ne saisit la notion qu'indirectement, au travers de classifications de ses manifestations. À ces

Éditions du Cercle de la Librairie, coll. Bibliothèques, 2017, p. 48 ; E. DA LAGE *et al.*, « Le livre audio en bibliothèque de lecture publique : dispositifs de médiation et formes de prescription d'un support "mineur" », art. précit. ; W. JOUVE, « Prescription bibliothécaire : en quête du juste équilibre », in *Prescription culturelle : avatars et médiamorphoses*, dir. B. Chapelain et S. Ducas, Presses de l'Enssib, coll. Papiers, 2018, §11, accessible en ligne : <https://books.openedition.org/pressesenssib/9340>.

¹⁶⁵ E. DA LAGE *et al.*, « Le livre audio en bibliothèque de lecture publique : dispositifs de médiation et formes de prescription d'un support "mineur" », art. précit.

¹⁶⁶ W. JOUVE, « Prescription bibliothécaire : en quête du juste équilibre », précit., §11.

¹⁶⁷ V. CROISSANT, « La recommandation culturelle des amateurs sur le Web : Senscritique ou la fabrique des prescripteurs », précit., §12.

¹⁶⁸ J. TRENQUE, « Radio et prescription littéraire : une réécriture du mythe du bouche-à-oreille », précit., §2.

¹⁶⁹ « La notion de prescription a-t-elle été suffisamment étudiée ? On peut en douter tant elle semble essentielle, voire immanente, au champ de la culture » : B. BERTHOU, « La prescription des librairies en ligne : expression, association, collaboration », *Communication & langages* 2014/1, n° 179, p. 75. V. également : P.-J. BENGHOZI, TH. PARIS, « De l'intermédiation à la prescription : le cas de la télévision », *Revue française de gestion* 2003/1, n° 142, p. 209 ; TH. STENGER, « Les processus de décision d'achat de vin par Internet : entre recherche d'information et prescription en ligne », *Décisions Marketing* 2008, n° 49, p. 59 ; S. DUCAS, M. POURCHET, « De la prescription : comment le livre vient au lecteur », *Communication & langages* 2014/1, n° 179, p. 21 ; S. PAINBÉNI, *La prescription dans le processus de décision d'achat de produits culturels : Le cas des romans et nouvelles de littérature générale contemporaine*, th. Université Paris Dauphine, 2008, laquelle s'attache justement à proposer une analyse holistique de la notion de prescription (spéc. p. 44).

classifications classiques des recommandations (Chapitre 1) succède une classification contemporaine (Chapitre 2).

Chapitre 1. Les classifications originales de la recommandation

39. Des classifications traditionnelles insuffisantes - L'exploration des manifestations de la recommandation dans l'univers physique révèle un spectre étendu de modalités : conseil, critique, bouche-à-oreille, disposition spatiale, hiérarchisation, distinction ou sélection éditoriales. Substantielles ou formelles, elles ont en commun d'être explicitement assumées par leurs émetteurs mais d'apparaître plus ou moins identifiables par leurs destinataires. En cela, elles traduisent une intention manifeste d'orienter le choix, que cette intention s'exprime dans la parole, l'écrit, l'image ou la disposition des objets. Cette mise en forme du sens, perceptible dans le monde physique, trouve un prolongement dans l'univers numérique, dont les caractéristiques propres modifient sensiblement les conditions d'apparition et de réception des recommandations.

Afin de saisir le phénomène de recommandation, la doctrine non juridique a entrepris un exercice de classification dont les critères traditionnels s'accommodent néanmoins mal du passage au numérique. Deux séries de classifications apparaissent de façon récurrente dans la littérature : les classifications décisionnelles (Section 1) et les classifications relationnelles de la recommandation (Section 2).

Section 1. Les classifications décisionnelles de la recommandation

40. Le critère décisionnel et son corollaire - Un premier groupe de travaux théoriques en matière de recommandations envisagent celles-ci comme des aides à la décision¹⁷⁰. Dénommées « *prescriptions* », ces études s'attachent à les décrire sous un angle décisionnel en introduisant une distinction selon l'objet même de la prescription, autrement dit le périmètre

¹⁷⁰ A. HATCHUEL, « Les marchés à prescripteurs. Crises de l'échange et genèse sociale », in *L'inscription sociale du marché*, dir. A. Jacob et H. Vérin, L'Harmattan, 1995, pp. 205-225 ; TH. STENGER, « La prescription dans le commerce en ligne : proposition d'un cadre conceptuel issu de la vente de vin par Internet », *Revue Française du Marketing* 2006, n° 209, pp. 71-85 ; P.-J. BENGHOZI, TH. PARIS, « The Economics and Business Models of Prescription in the Internet », in *Internet and Digital Economics. Principles, Methods and Applications*, E. Brousseau and N. Curien (Eds), Cambridge University Press, 2007, pp. 291-310. Cette notion n'est d'ailleurs pas propre aux échanges marchands et a fait l'objet de développements en matière d'organisation du travail : A. DAVID, « L'aide à la décision entre outils et organisation », *Entreprises et histoire* 1996/3, n° 13, pp. 9-26.

d'intervention du prescripteur, et, corrélativement, selon son intensité, c'est-à-dire la part de liberté laissée au consommateur, son destinataire.

41. Prescriptions de fait, techniques et de jugement - La première entreprise de théorisation de la notion de prescription est le fait d'Armand Hatchuel¹⁷¹. Prenant comme point de départ l'objet de l'incertitude chez son destinataire, il identifie trois catégories de prescriptions : la prescription de fait, la prescription technique et la prescription de jugement.

La prescription de fait vise à combler une incertitude simple, c'est-à-dire que son destinataire connaît déjà les qualités que la chose ou la prestation à acquérir doit revêtir mais n'est pas en mesure de s'en assurer lui-même. Dans cette hypothèse, le rôle du prescripteur est circonscrit à la fourniture d'informations sur « *l'existence d'un état particulier du monde* »¹⁷² en apportant « *une connaissance plus grande de la chose ou de la prestation acquise* »¹⁷³.

La prescription technique consistant quant à elle à résoudre une incertitude notionnelle, il s'agit pour le prescripteur d'apporter des notions inconnues de l'acheteur de sorte qu'« *il ne s'agit pas seulement [pour le prescripteur] de répondre à une question claire par oui ou par non, mais d'élargir l'espace même des questions posées, de discuter et d'enrichir les actions à mener* »¹⁷⁴.

Enfin, la prescription de jugement est l'opération par laquelle le prescripteur pallie une incertitude de valeur et de jugement en fournissant « *une définition de la chose à acquérir* » en même temps que « *son mode d'appréciation* »¹⁷⁵.

Il résulte de cette typologie une gradation de la prescription : alors que les prescriptions de fait et techniques laissent le consommateur maître de son appréciation, la prescription de jugement constitue une délégation totale de son jugement au prescripteur¹⁷⁶.

42. Injonctions, sélections et évaluations - Dans la lignée d'Armand Hatchuel, la recherche en sciences économiques s'est également efforcée de catégoriser les recommandations sous l'angle décisionnel. Pierre-Jean Benghozi et Thomas Paris distinguent

¹⁷¹ A. HATCHUEL, « Les marchés à prescripteurs. Crises de l'échange et genèse sociale », précit., p. 205.

¹⁷² *Ibid.*, p. 214.

¹⁷³ *Ibid.* C'est l'exemple typique du prescripteur qui informe le consommateur sur le cours de l'or ou le taux d'humidité.

¹⁷⁴ Comme le médecin ou l'architecte : *ibid.*, p. 215.

¹⁷⁵ Il en va ainsi des revues de consommateurs, des critiques ou des experts professionnels : *ibid.*, p. 216.

¹⁷⁶ TH. STENGER, « La prescription dans le commerce en ligne : proposition d'un cadre conceptuel issu de la vente de vin par Internet », art. précit., p. 71.

aussi trois types de prescriptions selon la nature de la recommandation fournie par le prescripteur : une injonction, une sélection ou une évaluation.

L'injonction correspond à la situation où le prescripteur identifie le bien ou le service qui correspond au consommateur, lequel lui délègue en totalité sa décision d'achat ou de consommation¹⁷⁷.

La sélection consiste pour le prescripteur à constituer une liste de biens ou de services correspondant aux attentes du consommateur. Dans cette hypothèse, ce dernier conserve le pouvoir de décision mais son choix est circonscrit par le prescripteur comme dans le cas du distributeur en ligne¹⁷⁸.

Quant à l'évaluation, celle-ci correspond « *aux classements, hiérarchies ou listes* », établis par le prescripteur sur la base de « *critères qualitatifs ou quantitatifs* » fournis par le consommateur à la manière des moteurs de recherche qui fournissent une liste de résultats à la suite d'une requête ou des comparateurs de prix¹⁷⁹.

43. Critique du critère décisionnel : le caractère multidimensionnel de la décision -

Pour autant, le critère décisionnel et son corollaire ne semblent pas les plus opportuns pour aboutir à une véritable classification des prescriptions, c'est-à-dire la moins relative possible. La distinction entre les prescriptions de fait, techniques ou de jugement peut se révéler ténue de même que celle opérant entre l'injonction, la sélection et l'évaluation¹⁸⁰. Le mécanisme par lequel le consommateur se disqualifie de son processus d'achat et par là même, transfère sa décision, est fonction d'autres paramètres mis en exergue par une partie de la doctrine en marketing.

Dans la continuité des travaux évoqués, Thomas Stenger s'est attaché à modéliser plus généralement les processus d'aides à la décision rencontrés sur les sites marchands en s'appuyant sur le secteur de la vente en ligne de vin¹⁸¹. Au total, sept dimensions doivent être prises en compte pour saisir les rapports de prescription qui sont à l'œuvre. Les deux premières sont celles envisagées par Armand Hatchuel : la forme de la prescription – de fait, technique ou

¹⁷⁷ C'est le cas typique du médecin qui prescrit un médicament, de la télévision qui diffuse des programmes. S'agissant d'Internet, les auteurs donnent l'exemple de la fonction « j'ai de la chance » de Google qui, à la suite d'une requête d'un internaute, affiche un seul résultat au lieu d'une liste de propositions : P.-J. BENGHOZI, TH. PARIS, « The Economics and Business Models of Prescription in the Internet », précit., p. 304.

¹⁷⁸ *Ibid.*

¹⁷⁹ *Ibid.*, p. 305.

¹⁸⁰ Pour certains, le terme de « prescription » renverrait donc à une gradation de l'influence du consommateur : F. BENHAMOU *et al.*, « La longue marche vers une appropriation cognitive du web : le cas de la bande dessinée », *Réseaux* 2012/5, n° 175, p. 85, note 4.

¹⁸¹ TH. STENGER, « La prescription dans le commerce en ligne : proposition d'un cadre conceptuel issu de la vente de vin par Internet », art. précit.

de jugement – et son intensité – nulle, limitée ou forte. Dans ce cadre, « *plus la prescription structure l'action et réduit (ou élargit) le champ des possibles, plus elle est forte. Plus la décision d'achat est déléguée vers le prescripteur, plus le degré d'intensité de la prescription est élevé* »¹⁸².

Pour autant, d'autres facteurs rentrent en ligne de compte dans le processus d'achat de l'internaute. Doivent être pris en considération la source de la prescription qui peut être un tiers, le vendeur lui-même ou les autres consommateurs, la compétence mobilisée chez l'acheteur pour parvenir à un choix, la portée de la prescription, son niveau d'intervention et son impact sur le champ des possibles¹⁸³. Le critère décisionnel s'avère donc être multidimensionnel rendant difficilement opérante une classification des prescriptions valable et transposable dans d'autres secteurs¹⁸⁴.

Section 2. Les classifications relationnelles de la recommandation

44. Dédoublement du critère relationnel - Une partie de la doctrine distingue les recommandations selon le mode de relation existant entre leurs sources et leurs destinataires. Certains prennent en compte le caractère personnel ou non personnel de la relation entre la source de la recommandation et son destinataire (§1), d'autres son caractère commercial ou non commercial (§2)¹⁸⁵.

§1. La prise en compte du caractère personnel ou non personnel de la relation entre la source de la recommandation et son destinataire

45. Recommandations personnelles et non personnelles - Confronté à une incertitude tenant à la qualité de certains biens, le consommateur peut s'aider de « *dispositifs de jugement* » théorisés par Lucien Karpik¹⁸⁶. L'auteur les distingue selon leur nature personnelle

¹⁸² *Ibid.*

¹⁸³ *Ibid.*

¹⁸⁴ D'autant, qu'au-delà de ces dimensions, la prescription s'insère nécessairement dans un contexte particulier : TH. STENGER, « Prescription et interactivité dans l'achat en ligne », *Revue Française de Gestion* 2007/4, n° 173, pp. 131-144.

¹⁸⁵ Ces deux critères ont d'ailleurs donné lieu à des classifications « croisées » : M. FILSER, *Le comportement du consommateur*, Dalloz, 1994, p. 230 ; S. PAINBÉNI, *La prescription dans le processus de décision d'achat de produits culturels : Le cas des romans et nouvelles de littérature générale contemporaine*, th. précit., p. 47 et s. ; S. MEDIONI, S. BENMOYAL BOUZAGLO, *Marketing digital*, Dunod, coll. Management Sup, 2018, p. 128.

¹⁸⁶ L. KARPIK, *L'économie des singularités*, Gallimard, coll. Bibliothèque de sciences humaines, 2007.

ou non personnelle¹⁸⁷. Les dispositifs personnels de jugement sont le « *produit de relations entre des personnes singulières* »¹⁸⁸ reposant sur la prise de parole et sa circulation spontanées au sein du réseau du consommateur qui peut être familial, amical ou professionnel¹⁸⁹. Les dispositifs impersonnels de jugement assurent quant à eux « *la circulation d'une même connaissance pour tous* »¹⁹⁰. Ils constituent une catégorie plus hétérogène bien que davantage visible que le bouche-à-oreille¹⁹¹ et se subdivisent en quatre types : les appellations qui rassemblent « *les labels, les appellations d'origine contrôlée, les certifications, les titres professionnels, les marques de produits et les marques-ombrelles* »¹⁹², les *cicérones* qui sont composés des critiques et guides proposant des évaluations des biens et services singuliers, les classements que constituent les « *rangements hiérarchisés* »¹⁹³ de ces mêmes biens et services et les confluences que sont les « *techniques de canalisation employées sur les lieux de vente* »¹⁹⁴.

Ce critère de distinction est également présent chez d'autres auteurs qui insistent plus précisément sur le caractère personnel ou non personnel de la relation entre la source de la recommandation et son destinataire¹⁹⁵. Ainsi, la recommandation qui se tient sur le lieu de vente – les têtes de gondoles, catalogues mis à disposition du consommateur – est considérée comme non personnelle de même que celle provenant des médias (presse, radio, télévision et Internet), et des labels subjectifs ou objectifs¹⁹⁶. Au contraire, la recommandation émanant du vendeur sur le point de vente, du bouche-à-oreille ou des *leaders* d'opinion officiels que sont les critiques professionnels doit être qualifiée de personnelle¹⁹⁷.

¹⁸⁷ La distinction originelle s'appuyait sur la nature de la confiance sur laquelle reposait ces dispositifs : L. KARPIK, « Dispositifs de confiance et engagements crédibles », *Sociologie du travail* 1996, vol. 38, n° 4, p. 532 et s.

¹⁸⁸ L. KARPIK, *L'économie des singularités*, op. cit., p. 139.

¹⁸⁹ *Ibid.*, p. 70.

¹⁹⁰ *Ibid.*, p. 139.

¹⁹¹ L. KARPIK, « Dispositifs de confiance et engagements crédibles », art. précit., p. 533.

¹⁹² L. KARPIK, *L'économie des singularités*, op. cit., p. 70.

¹⁹³ *Ibid.*, p. 71.

¹⁹⁴ *Ibid.*

¹⁹⁵ La relation entre ces acteurs est dite personnelle lorsqu'il y a interaction entre les deux, elle est non personnelle dans le cas contraire : M. FILSER, *Le comportement du consommateur*, op. cit., p. 230 ; S. MEDIONI, S. BENMOYAL BOUZAGLO, *Marketing digital*, op. cit., p. 128 ; S. PAINBÉNI, *La prescription dans le processus de décision d'achat de produits culturels : Le cas des romans et nouvelles de littérature générale contemporaine*, th. précit., p. 46 et s.

¹⁹⁶ Les labels subjectifs renvoient aux appellations et récompenses tandis que les labels objectifs correspondent aux classements établis en fonction du succès commercial : S. PAINBÉNI, *La prescription dans le processus de décision d'achat de produits culturels : Le cas des romans et nouvelles de littérature générale contemporaine*, th. précit., p. 60 et s.

¹⁹⁷ Cette classification, en-dehors de sa transposition au numérique, pose un certain nombre de problèmes comme l'assimilation des critiques à des prescriptions de type personnelle, ce dont il est possible de douter.

46. L'inadaptation du critère personnel à l'univers numérique - De l'aveu même de Lucien Karpik, les recommandations qui s'opèrent sur Internet s'adaptent mal à sa typologie des dispositifs de jugement¹⁹⁸. En effet, un certain nombre de recommandations en ligne se situent à cheval entre plusieurs types de dispositifs. Le cas des notes et avis des consommateurs est assez éclairant. Ils peuvent relever à double titre de dispositifs impersonnels de jugement en tant que classement dans la mesure où ils sont pour objet de hiérarchiser des biens ou des services et en tant que confluences en raison de leur présence en page d'accueil des plateformes concernées, mais également être qualifiés de dispositifs personnels de jugement au titre du bouche-à-oreille.

La même critique peut être faite à la distinction proposée par Sandra Painbèni. Si l'auteure regroupe les recommandations délivrées sur Internet (*blogs*, *sites web*, critiques de professionnels et d'internautes, recommandations individualisées) dans une seule et même catégorie, celles des « *prescriptions non personnelles* », elle fait référence dans le même temps à l'effet amplificateur d'Internet en matière de « *prescriptions interpersonnelles* »¹⁹⁹, réalisant par là même une contradiction révélatrice du caractère transversal des recommandations numériques. Cette difficulté tenant à la classification des recommandations selon le critère de la relation personnelle ou non personnelle existant entre leurs sources et leurs destinataires fait écho à celle relative au critère de la relation commerciale ou non commerciale existant entre ces mêmes acteurs.

§2. La prise en compte du caractère commercial ou non commercial de la relation entre la source de la recommandation et son destinataire

47. Recommandations commerciales et non commerciales - Une distinction peut également être opérée entre les sources de la recommandation en fonction de l'objectif commercial ou non qu'elles poursuivent. Pour Pierre-Jean Benghozi et Thomas Paris, un « *prescripteur* » poursuit un objectif commercial lorsque sa rémunération repose sur l'offre proposée ou sur la transaction effectuée. *A contrario*, le prescripteur poursuit un objectif non

¹⁹⁸ L. KARPIK, *L'économie des singularités*, Gallimard, coll. Bibliothèque de sciences humaines, 2007, p. 160 : « Internet peut être employé comme un dispositif de jugement qui vient s'ajouter à ceux qui existent déjà, mais la perspective la plus réaliste est de la considérer comme une réalité neuve, globale et largement autonome ».

¹⁹⁹ S. PAINBÉNI, *La prescription dans le processus de décision d'achat de produits culturels : Le cas des romans et nouvelles de littérature générale contemporaine*, th. précit., p. 59.

commercial lorsqu'il ne perçoit de « rémunération [...] ni sur l'offre proposée, ni sur l'achat effectué »²⁰⁰.

Dans le même ordre d'idées, d'autres auteurs proposent de distinguer les recommandations selon que leurs sources présentent un caractère commercial ou non²⁰¹. Ainsi, une recommandation qui se tient sur un lieu de vente ou qui émane d'un vendeur, est de nature commerciale. A l'inverse, celle qui provient de *leaders* d'opinion, du bouche-à-oreille, de labels objectifs ou subjectifs ou des médias (radio, télévision, presse, Internet) est considérée comme non commerciale²⁰².

48. La reformulation et la relativité du critère commercial dans l'univers numérique

La formulation des critères évoqués peut être néanmoins source de confusion. Le critère de l'objectif poursuivi par la source de la recommandation tend en effet à se confondre avec son modèle d'affaires. Or, il semble difficile d'admettre qu'un acteur qui se rémunère tout de même grâce à son activité de prescription ne tend pas à réaliser un objectif commercial pour la simple et bonne raison qu'il n'existe pas de transaction financière réalisée avec le consommateur. Le même *hiatus* existe au sein du critère tenant au statut commercial ou non commercial de la source de la recommandation. Les exemples donnés en matière de recommandations non commerciales conduisent à admettre qu'une source gratuite de recommandations, comme la télévision, la radio, la presse ou Internet, est de nature non commerciale.

C'est la raison pour laquelle les deux critères de distinction évoqués doivent être compris comme l'existence ou non d'une relation commerciale, c'est-à-dire d'un lien transactionnel entre la source de la recommandation et son destinataire. Dès lors, il faudrait différencier les recommandations s'inscrivant dans une relation commerciale, sur le lieu de vente par exemple, et celles qui ont cours dans une relation non commerciale, dans l'espace médiatique.

Pour autant, le cas d'Internet invite à relativiser ce critère de distinction, même reformulé, en raison de l'entremêlement des univers marchands et non marchands, où la

²⁰⁰ P.-J. Benghozi et Th. Paris, cités dans S. PAINBÉNI, *La prescription dans le processus de décision d'achat de produits culturels : Le cas des romans et nouvelles de littérature générale contemporaine*, th. précit., p. 46.

²⁰¹ V. not. : M. FILSER, *Le comportement du consommateur*, op. cit., p. 230 ; L. KARPIK, *L'économie des singularités*, op. cit., p. 78 ; S. PAINBÉNI, *La prescription dans le processus de décision d'achat de produits culturels : Le cas des romans et nouvelles de littérature générale contemporaine*, th. précit., p. 46 ; S. MEDIONI, S. BENMOYAL BOUZAGLO, *Marketing digital*, op. cit., p. 128.

²⁰² S. PAINBÉNI, *La prescription dans le processus de décision d'achat de produits culturels : Le cas des romans et nouvelles de littérature générale contemporaine*, th. précit., p. 47 et s.

gratuité affichée des espaces numériques se marie aisément avec la nature commerciale du service qui se rémunère grâce à la publicité et aux données personnelles²⁰³.

49. Conclusion de chapitre - Les classifications traditionnelles des recommandations montrent leurs limites. Les critères évoqués s'avèrent bien trop relatifs pour servir de base à une classification satisfaisante des recommandations transposables au numérique. Le critère décisionnel constitue davantage une variable qu'un véritable critère de distinction. De son côté, le critère relationnel, personnel ou économique, entre les acteurs de la recommandation s'accorde mal avec la complexité de l'univers numérique qui se caractérise par un entrelacement des relations personnelles et impersonnelles, commerciales et non commerciales.

²⁰³ V. not. : G. DANG NGUYEN, TH. PÉNARD, « La gratuité à la croisée des nouveaux modèles d'affaires sur l'Internet », *Réseaux* 2004/2, n° 124, pp. 81-109 ; P.-J. BENGHOZI, « Économie numérique et industries de contenu : un nouveau paradigme pour les réseaux », *Hermès* 2011/1, n° 59, pp. 31-37.

Chapitre 2. La classification contemporaine de la recommandation

50. Des critères sous-jacents d'identification de la recommandation et leurs limites -

Un certain nombre de travaux préfèrent mettre en exergue la provenance des recommandations²⁰⁴ qui, dès lors, peut constituer un critère général de classification opportun des recommandations. Ce critère de distinction met également au jour des éléments caractéristiques des recommandations classiques, renouvelées par le numérique (Section 1), néanmoins remis en cause dans le cadre des recommandations algorithmiques, propres à ce secteur (Section 2).

Section 1. Les recommandations classiques, renouvelées par le numérique

51. **Recommandations renouvelées : des fondements aux manifestations** - La référence aux recommandations « *traditionnelles* » est courante dans les écrits académiques : le conseil du libraire, le critique gastronomique, l'avis de l'entourage préexistaient au numérique auquel ces pratiques se sont néanmoins adaptées²⁰⁵. Fondées sur des paradigmes prégnants (§1), ces recommandations peuvent se distinguer selon un critère organique (§2).

§1. Les fondements paradigmatiques des recommandations classiques

52. **La recommandation : un jugement permettant l'ajustement de l'offre et de la demande** - Deux paradigmes sous-tendent la notion de recommandation au sens traditionnel du terme : un paradigme spatial faisant de la recommandation un mode d'ajustement de l'offre et

²⁰⁴ L. WIART, *La prescription littéraire sur les réseaux socionumériques de lecteurs*, th. Université Sorbonne Paris Cité, 2015, p. 236 et s. V. également : J. FARCHY *et al.*, « Une question de comportement. Recommandation des contenus audiovisuels et transformations numériques », *Tic & société*, 2^{ème} semestre 2016 - 1^{er} trimestre 2017, vol. 10, n° 2-3, p. 175 et s. ; v° Prescription culturelle, *Publicationnaire. Dictionnaire encyclopédique et critique des Publics*, 2015, accessible en ligne : <http://publicationnaire.huma-num.fr/notice/prescription-culturelle/>.

²⁰⁵ F. BENHAMOU *et al.*, « La longue marche vers une appropriation cognitive du web : le cas de la bande dessinée », *Réseaux* 2012/5, n° 175, p. 86.

de la demande (A) et un paradigme matériel caractérisant la recommandation comme le réceptacle d'un jugement (B).

A. Le paradigme spatial : la recommandation comme mode d'ajustement de l'offre et de la demande

53. La notion d'offre et de demande - Le fait que le paradigme de l'offre et de la demande irradie la doctrine relative aux recommandations n'est pas un hasard, la plupart des études en la matière relevant de chercheurs en sciences économiques, de gestion, de communication ou en sociologie. Ce paradigme, désormais entré dans le langage courant, doit néanmoins être précisé en ce qu'il structure la théorisation des recommandations.

Classiquement, un marché est un lieu de rencontre entre l'offre et la demande, c'est-à-dire entre la quantité d'un produit proposé par des vendeurs à un prix déterminé et la quantité de ce produit demandé pour un prix donné et, de façon caricaturale, l'opposition entre un professionnel (vendeur, prestataire de service) et un consommateur. Plus largement, et de manière moins réductrice, l'offre constitue le pan d'un marché en position de proposition, la demande représentant les acteurs en position de besoin²⁰⁶.

54. L'ajustement de l'offre et de la demande par le prix dans les théories économiques néoclassiques - Pour Adam Smith, l'individu poursuit avant tout ses intérêts personnels²⁰⁷ et la confrontation des intérêts égoïstes des individus aboutit à la satisfaction de l'intérêt collectif par l'effet d'une main invisible²⁰⁸. Bien que sujette à des interprétations divergentes²⁰⁹, cette

²⁰⁶ Un « marché » désigne un lieu « d'échanges », peu importe qu'il soit marchand ou non.

²⁰⁷ A. SMITH, *Recherches sur la nature et les causes de la richesse des nations*, livre I, chapitre 2, Guillaumin, 1843, p. 19 : « Ce n'est pas de la bienveillance du boucher, du marchand de bière et du boulanger, que nous attendons notre dîner, mais bien du soin qu'ils apportent à leurs intérêts ».

²⁰⁸ *Ibid.*, p. 35 : « Mais le revenu annuel de toute société est toujours précisément égal à la valeur échangeable de tout le produit annuel de son industrie, ou plutôt c'est précisément la même chose que cette valeur échangeable. Par conséquent, puisque chaque individu tâche, le plus qu'il peut, premièrement d'employer son capital à faire valoir l'industrie nationale, et deuxièmement de diriger cette industrie de manière à lui faire produire la plus grande valeur possible, chaque individu travaille nécessairement à rendre aussi grand que possible le revenu annuel de la société. A la vérité, son intention, en général, n'est pas en cela de servir l'intérêt public, et il ne sait même pas jusqu'à quel point il peut être utile à la société. En préférant le succès de l'industrie nationale à celui de l'industrie étrangère, il ne pense qu'à se donner personnellement une plus grande sûreté ; et en dirigeant cette industrie de manière à ce que son produit ait le plus de valeur possible, il ne pense qu'à son propre gain ; en cela, comme dans beaucoup d'autres cas, il est conduit par une main invisible à remplir une fin qui n'entre nullement dans ses intentions ; et ce n'est pas toujours ce qu'il y a de plus mal pour la société, que cette fin n'entre pour rien dans ses intentions ».

²⁰⁹ L'expression « main invisible » n'apparaît que trois fois dans l'œuvre d'Adam Smith et ne semble pas être en rapport direct avec une analyse du marché : J. DELLEMOTTE, « La « main invisible » d'Adam Smith : pour en finir avec les idées reçues », *L'Économie Politique* 2009/4, n° 44, pp. 28-41, spéc. p. 31 ; v° Main invisible,

métaphore est convoquée par les néoclassiques, non pas pour décrire la novation potentielle des intérêts personnels en un intérêt général, mais pour désigner le mécanisme du prix par lequel l'offre et la demande s'ajustent²¹⁰. Ce rôle de coordination du prix ne peut jouer que sur un marché de concurrence pure et parfaite qui repose notamment sur les prémisses suivantes : les agents ne peuvent influencer sur le prix ; les biens sont homogènes ; l'information est transparente autant pour l'offre que la demande²¹¹. Deux hypothèses ont néanmoins paru remettre en cause l'hégémonie du prix.

La première réside dans l'existence d'une asymétrie informationnelle *ex ante*, en général au profit de l'offre. Ici, le prix n'étant plus un signal fiable de qualité et la recherche d'information pouvant s'avérer coûteuse pour la demande²¹², le marché s'autodétruit²¹³ à moins que de nouveaux signaux de qualité ne soient créés par l'État, par le biais de normes et de politiques de contrôle de la qualité, par les entreprises privées *via* les marques, les garanties, la publicité, ou encore par les collectifs au moyen de labels, de certifications et d'ordres professionnels²¹⁴.

La remise en cause du rôle régulateur du prix peut être également indirecte. L'hypothèse de la différenciation des biens porte en effet sur l'une des prémisses du marché néoclassique, celle selon laquelle les biens sont homogènes. Pour les besoins de l'analyse économique du marché et de la modélisation de son fonctionnement, le choix des agents doit en effet s'exercer sur des biens identiques²¹⁵. Or, il arrive que certains biens soient différenciés, c'est-à-dire ni identiques ni radicalement différents les uns des autres mais semblables. Les néoclassiques les considèrent alors comme identiques en niant leurs différences afin de

Dictionnaire d'analyse économique. Microéconomie, macroéconomie, monnaie, finance, etc., B. Guerrien et O. Gun, La Découverte, coll. Repères, 4^{ème} éd., 2012, p. 312. Selon les courants et les auteurs, la métaphore peut tout aussi bien plaider en faveur du libre-échange qu'en sa défaveur : F. VERGARA, « Smith, la « main invisible » et le libre-échange », *L'Économie Politique* 2018/1, n° 77, pp. 101-112.

²¹⁰ *V^o* Main invisible, *Dictionnaire d'analyse économique. Microéconomie, macroéconomie, monnaie, finance, etc.*, *op. cit.*, p. 312.

²¹¹ Deux autres conditions sont requises : l'entrée et la sortie du marché pour les agents est libre de même que la circulation des facteurs de production : F. H. KNIGHT, *Risk, Uncertainty and Profit*, Houghton Mifflin, 1921.

²¹² G. J. STIGLER, "The Economics of Information", *The Journal of Political Economy* 1961, vol. 69, n° 3, pp. 213-225.

²¹³ G. A. AKERLOF, "The Market for "Lemons" : Quality Uncertainty and the Market Mechanism", *The Quarterly Journal of Economics* 1970, vol. 84, n° 3, pp. 488-500. L'autodestruction du marché est l'effet d'une sélection adverse des biens que l'auteur illustre en prenant l'exemple du marché des automobiles d'occasion sur lequel s'échange des voitures de bonne ou de mauvaise qualité, information qui n'est détenue que par les vendeurs. Les acheteurs quant à eux savent que le prix peut ne pas refléter la qualité des voitures et sont donc disposés à payer moins pour acquérir une voiture d'occasion dans la mesure où elle a des chances de ne pas être de bonne qualité. *In fine*, les vendeurs d'automobiles de bonne qualité quittent le marché dans la mesure où ils ne céderont jamais leurs véhicules au prix de leur qualité et demeurent sur le marché les véhicules de mauvaise qualité.

²¹⁴ G. A. AKERLOF, "The Market for "Lemons" : Quality Uncertainty and the Market Mechanism", art. précit., p. 499 et s. ; G. J. STIGLER, "The Economics of Information", art. précit. ; B. COESTIER, S. MARETTE, *Economie de la qualité*, La Découverte, coll. Repères, 2004, p. 56 et s.

²¹⁵ B. COESTIER, S. MARETTE, *Economie de la qualité*, *op. cit.*, p. 8.

conserver leur cadre d'analyse, soit distincts en insistant sur celles-ci et de fait, les évacuent de leur modélisation.

55. L'ajustement de l'offre et de la demande par la recommandation ou la critique de la théorie néoclassique - Les critiques portant sur l'analyse néoclassique du marché qui fait intervenir des individus rationnels et hédonistes disposant d'une information parfaite sur des biens homogènes sont nombreuses²¹⁶ et les hypothèses évoquées sont l'occasion d'un rapprochement entre les disciplines auparavant très éloignées²¹⁷. Pour les économistes de l'économie des conventions²¹⁸ et les sociologues de l'économie des qualités²¹⁹, ce n'est pas le prix qui régule le marché, mais la qualité des biens, laquelle n'est « *ni unique ni immanente mais multiple et construite* »²²⁰ par l'offre, la demande et des « *travailleurs de la qualification* »²²¹. Ainsi considérée, la coordination entre les acteurs est un processus collectif de dévoilement des qualités²²² qui passe par des « *équipements de marché* », c'est-à-dire des « *institutions capables d'apporter aux acteurs des ressources cognitives à partir desquels ils peuvent s'orienter sur un lieu social opaque* » comme « *les réseaux relationnels [...], les marques, les revues de consommateurs, les guides, les normes de qualité, les emballages, etc.* »²²³.

De façon concomitante et indépendante l'une de l'autre, deux auteurs ont développé l'idée d'une coordination de l'offre et de la demande par l'existence de recommandations. Dans les années 90, Armand Hatchuel, spécialiste en sciences de gestion, dénonçant le mythe du

²¹⁶ V. not. : F. COCHOY, *Sociologie du packaging ou l'âne de Buridan face au marché*, PUF, coll. Sciences sociales et sociétés, 2002, p. 50.

²¹⁷ Alors que *l'homo oeconomicus* est nécessairement calculateur chez les économistes, la sociologie considère qu'il n'existe tout bonnement pas, pris dans de multiples déterminismes : *ibid.*, p. 30. V. également : M. CALLON, F. MUNIESA, « Les marchés économiques comme dispositifs collectifs de calcul », *Réseaux* 2003/6, n° 122, p. 192. Pour comprendre comment la sociologie s'est « saisie » du marché, v. : PH. STEINER, « Le marché selon la sociologie économique », *Revue Européenne des Sciences Sociales* 2005, n° 132, pp. 31-64.

²¹⁸ F. EYMARD-DUVERNAY, « Conventions de qualité et formes de coordination », *Revue économique* 1989, vol. 40, n° 2, pp. 329-360.

²¹⁹ M. CALLON *et al.*, « L'économie des qualités », *Politix* 2000, vol. 13, n° 52, pp. 211-239.

²²⁰ C. MUSSELIN, C. PARADEISE, « Le concept de qualité : où en sommes-nous ? », in dossier « La qualité », *Sociologie du travail*, juin 2002, vol. 44, n° 2, accessible en ligne : <https://journals.openedition.org/sdt/33108>.

²²¹ M. CALLON *et al.*, « L'économie des qualités », art. précit., p. 227. L'expression désigne tous les acteurs impliqués dans le processus de qualification des produits - *merchandisers, packagers, designers* - « *que la théorie économique, avec ses catégories fourre-tout d'offre et de demande, tendaient à reléguer dans les coulisses des marchés* » : M. CALLON, « Pour en finir avec les incertitudes ? », in dossier « La qualité », *Sociologie du travail*, juin 2002, vol. 44, n° 2, accessible en ligne : <https://journals.openedition.org/sdt/33108>.

²²² M. CALLON *et al.*, « L'économie des qualités », art. précit., p. 217 ; F. EYMARD-DUVERNAY, « Conventions de qualité et formes de coordination », art. précit. C'est là que réside la différence avec l'économie néoclassique : celle-ci envisage la qualité comme un « donné » étroitement lié au prix alors qu'elle est, pour les tenants de l'économie des conventions et l'économie des qualités, un « construit » qui ne dépend pas que de critères marchands.

²²³ PH. STEINER, « Le marché selon la sociologie économique », art. précit., p. 52.

marché parfait²²⁴, met au jour le nécessaire recours à des prescripteurs lorsque la demande est inapte à faire des choix entre plusieurs offres ou à se décider en faveur d'une offre en particulier. Dans ce cas, elle se « *disqualifie* » au profit d'un acteur²²⁵ qui va s'attacher, non pas à combler son manque d'information, mais son différentiel de savoir²²⁶ en lui fournissant des recommandations utiles et nécessaires à son processus de décision.

De son côté, et dès la fin des années 80²²⁷, Lucien Karpik s'intéresse plus particulièrement à des biens dits « *singuliers* » en ce qu'ils sont structurellement multidimensionnels, incommensurables et marqués par une incertitude radicale qui ne peut être levée par la seule information²²⁸ mais par des dispositifs de jugement²²⁹, lesquels ont pour objet, plus que d'identifier le bien, de l'évaluer²³⁰. Davantage que les penchants naturels de l'individu ou le prix, c'est bien la recommandation, qu'elle soit désignée sous les termes d'« *équipement de marché* », de « *prescription* » ou « *dispositif de jugement* » qui permet la coordination de l'offre et de la demande en rendant possible le choix de l'individu.

B. Le paradigme matériel : l'identification de la recommandation comme réceptacle d'un jugement

56. De multiples références au jugement²³¹ - En matière culturelle, la prescription est « *un ensemble de sources d'information sur la qualité d'une œuvre culturelle, [...] quantitatives ou qualitatives, descriptives ou évaluatives (sous la forme de jugements positifs ou négatifs)* »²³². Dans le domaine de la vidéo à la demande (VOD), le terme « *recommandation* » est utilisé pour désigner « *l'ensemble de ces dispositifs visant à orienter l'internaute vers un contenu ou un*

²²⁴ A. HATCHUEL, « Les marchés à prescripteurs. Crises de l'échange et genèse sociale », in *L'inscription sociale du marché*, dir. A. Jacob et H. Vérin, L'Harmattan, 1995, p. 208.

²²⁵ *Ibid.*, p. 212.

²²⁶ L'auteur se démarque donc d'Akerlof : *ibid.*, p. 209.

²²⁷ L. KARPIK, « L'économie de la qualité », *Revue française de sociologie* 1989, vol. 30, n° 2, pp. 187-210. L'auteur s'appuie sur le marché des avocats pour démontrer que le prix est inapte à signaler la qualité, contrairement au jugement des clients ou du réseau.

²²⁸ L. KARPIK, « Éléments de l'économie des singularités », in *Traité de sociologie économique*, dir. Ph. Steiner, PUF, coll. Quadrige, 2013, pp. 165-169. La théorie de l'auteur se distingue donc des travaux néoclassiques qui ne concernent que des biens homogènes dont l'incertitude sur la qualité peut être levée par une simple information. Lucien Karpik se différencie également de l'économie des conventions et de l'économie des qualités dans la mesure où son raisonnement ne s'applique qu'à certains biens présentant des caractéristiques particulières.

²²⁹ V. *supra* n° 45.

²³⁰ C. MUSSELIN, C. PARADEISE, « Le concept de qualité : où en sommes-nous ? », art. précit.

²³¹ Par ex. : D. PASQUIER, « Les jugements profanes en ligne sous le regard des sciences sociales », *Réseaux* 2014/1, n° 183, pp. 9-25 ; V. CARDON, « Des chiffres et des lettres : évaluation, expressions du jugement de qualité et hiérarchies sur le marché de l'hôtellerie », *Réseaux* 2014/1, n° 183, pp. 207-245.

²³² S. PAINBÉNI, *La prescription dans le processus de décision d'achat de produits culturels : Le cas des romans et nouvelles de littérature générale contemporaine*, th. Université Paris Dauphine, 2008, p. 106.

ensemble de contenus particuliers », les auteurs distinguant ceux fondés sur le jugement des émetteurs de ceux fondés sur leur comportement²³³. Les premiers travaux relatifs à la notion de recommandation mettaient également en exergue sa proximité avec le jugement, que l'on songe à la « *prescription de jugement* » d'Armand Hatchuel²³⁴ ou au « *dispositif de jugement* » de Lucien Karpik²³⁵. Ainsi entendu, le jugement est la matière première de la recommandation, celui grâce auquel une direction peut être proposée à l'individu.

57. La notion de jugement - Le terme « *jugement* » comporte des acceptions diverses et variées que ses synonymes permettent de comprendre. Défini comme une « *faculté de l'esprit permettant de bien juger de choses qui ne font pas l'objet d'une connaissance immédiate certaine, ni d'une démonstration rigoureuse* », il est en cela proche du « *discernement* », du « *bon sens* » ou encore de « *l'entendement* »²³⁶. Le jugement peut également être une « *opinion favorable ou défavorable* », une « *façon de voir (les choses) particulière à quelqu'un* », autrement dit une « *opinion* », un « *point de vue* », un « *avis* », un « *sentiment* », une « *appréciation* »²³⁷. Par extension, et tel qu'il ressort de la doctrine, le jugement peut également désigner une « *évaluation* »²³⁸, un « *calcul* »²³⁹, voire un « *qualcul* »²⁴⁰. Enfin, il peut aussi constituer « *l'action de juger* », c'est-à-dire une « *décision* »²⁴¹.

²³³ J. FARCHY *et al.*, « Une question de comportement. Recommandation des contenus audiovisuels et transformations numériques », *Tic & société*, 2^{ème} semestre 2016 - 1^{er} trimestre 2017, vol. 10, p. 173 et s.

²³⁴ V. *supra* n° 41.

²³⁵ V. *supra* n° 45.

²³⁶ V° Jugement, 3°, *Le Robert*, accessible en ligne : <https://dictionnaire.lerobert.com/definition/jugement>.

²³⁷ *Ibid.*, 2°.

²³⁸ TH. BEAUVISAGE *et al.*, « Notes et avis des consommateurs sur le web. Les marchés à l'épreuve de l'évaluation profane », *Réseaux* 2013/1, n° 177, pp. 131-161. V. également : E. BERTIN, J.-M. GRANIER, « La société de l'évaluation : nouveaux enjeux de l'âge numérique », *Communication & langages* 2015/2, n° 184, pp. 121-146 ; S. NAULIN, « La blogosphère culinaire. Cartographie d'un espace d'évaluation amateur », *Réseaux* 2014/1, n° 183, pp. 31-62.

²³⁹ M. CALLON, F. MUNIESA, « Les marchés économiques comme dispositifs collectifs de calcul », art. précit., spé. p. 194 : « *Calculer ne signifie pas nécessairement effectuer des opérations mathématiques ou même numériques. [...] En partant d'une telle définition (large, mais habituelle) de la notion de calcul nous essayons d'éviter la distinction (conventionnelle, mais trop aigüe) entre jugement et calcul* ». Il s'agit d'une critique à peine voilée à l'encontre de Lucien Karpik pour qui les deux termes ne relèvent pas de la même logique : le jugement est à l'origine du choix tandis que le calcul est le fondement de la décision : L. KARPIK, *L'économie des singularités*, Gallimard, coll. Bibliothèque des sciences humaines, 2007, p. 59 et s.

²⁴⁰ Le « *qualcul* » est issu de la contraction de « *qualité* » et « *calcul* » et désigne l'hypothèse où le calcul *stricto sensu* ne suffit pas à ce que l'individu puisse faire un choix. Lorsque le prix ne peut servir de seule base à une estimation, « *les agents ne sont pas pour autant contraints d'abandonner toute rationalité, mais la préservation de celle-ci passe par la mobilisation d'autres moyens, la cognition économique doit s'appuyer sur d'autres appuis que le calcul, et ces moyens et ces appuis relèvent tous de la qualité : marques, certificats, caractéristiques, images, avis des vendeurs ou des proches ...* » : F. COCHOY, *Sociologie du packaging ou l'âne de Buridan face au marché*, PUF, coll. Sciences sociales et sociétés, 2002, p. 208.

²⁴¹ V° Jugement, 1°, *Le Robert*, accessible en ligne : <https://dictionnaire.lerobert.com/definition/jugement>. *Contra* : L. KARPIK, *L'économie des singularités*, *op. cit.*, p. 65.

58. Les ramifications du jugement : jugement-opinion et jugement-décision - Il ressort des définitions données au jugement que la notion elle-même n'est pas monolithique. Il peut être une faculté interne, comme le discernement dont dispose un individu, une action extériorisée, comme l'avis donné par cet individu, ou encore le résultat de cette action, la décision de ce même individu.

Si les deux dernières dimensions sont bel et bien synonymes de « *jugement* », elles ne sont cependant pas synonymes entre elles. Il apparaît une véritable différence de nature entre le jugement-opinion et le jugement-décision en matière de libre arbitre. Celui qui émet une opinion sur quelque chose laisse son récepteur libre de se faire une opinion à son tour, son choix se situant d'ailleurs dans le futur. *A contrario*, l'émetteur d'une décision est celui qui a d'ores et déjà fait son choix, qui se situe donc dans le passé, et qui l'expose au récepteur²⁴².

59. La définition de la recommandation classique - Il ressort des paradigmes exposés que la recommandation, quel que soit le terme préféré, consiste, pour son émetteur, à proposer une direction au récepteur, en émettant un jugement sous forme d'une opinion ou d'une décision. A ce stade, une distinction de nature organique peut être proposée selon la qualité de l'émetteur.

§2. La distinction organique des recommandations classiques

60. La distinction des recommandations selon leur provenance - La distinction organique des recommandations invite à les considérer selon une perspective directionnelle. Selon leur provenance, les recommandations peuvent être de nature verticale (A) ou horizontale (B).

A. Les recommandations de nature verticale : les recommandations éditoriales

61. La verticalité comme asymétrie statutaire - Si la recommandation a pour raison d'être une asymétrie informationnelle entre son émetteur et son récepteur²⁴³, celle-ci peut se

²⁴² L'ambivalence du jugement est également présente dans le terme « prescription » qui, à l'origine, sous-entend l'absence de choix du récepteur au contraire de la définition moderne qui met l'accent sur la recommandation, donc l'absence de contrainte et l'existence d'options : M. OUSTINOFF, « Aux origines de la prescription : retour vers le futur ? », in *Prescription culturelle : avatars et médiamorphoses*, dir. B. Chapelain et S. Ducas, Presses de l'Enssib, coll. Papiers, 2018, accessible en ligne : <https://books.openedition.org/pressesenssib/9307>.

²⁴³ L'adjectif « informationnel » est ici à prendre au sens large.

doubler d'une asymétrie de nature statutaire entre ces acteurs, ce que traduit le terme « *vertical* ».

62. Statut éditorial de l'émetteur de l'orientation - Quels que soient les termes utilisés pour désigner la recommandation verticale²⁴⁴, l'adjectif « *éditorial* » y est couramment accolé pour désigner celle provenant de professionnels, comme les critiques, les experts, les revues spécialisées, les prix artistiques, les libraires, les musées, les programmeurs²⁴⁵. Comme nom commun, l'éditorial est défini comme l'« *article qui provient de la direction d'un journal, d'une revue et qui correspond à une orientation générale* »²⁴⁶, autrement dit un contenu ayant fait l'objet d'un choix de la part d'un média²⁴⁷. Comme adjectif, « *éditorial* » doit se comprendre comme tout ce qui procède d'une politique, d'une stratégie, en bref d'un choix dans la sélection de contenus, d'œuvres ou d'informations par une entité médiatique ou culturelle²⁴⁸. Par extension, et c'est dans ce sens large qu'il convient de l'appréhender ici, le recours à cet adjectif n'est pas cantonné à ces domaines en particulier. La mise en avant de certains produits ou services sur des plateformes de *e-commerce* ou de contenus participe également d'une logique de parti pris.

63. L'absence de consensus sur la position de l'émetteur de la recommandation éditoriale vis-à-vis de l'offre - La doctrine situe l'émetteur de la recommandation entre l'offre et la demande. Si cette dernière est aisément identifiable – le consommateur, l'internaute – l'offre l'est moins. Dès lors, l'identification de l'émetteur de la recommandation se fait en miroir d'un acteur qui n'est lui-même pas identifié. Cette ambiguïté sur la position de l'émetteur explique que, dans la doctrine, sa fonction puisse être remplie par des acteurs très

²⁴⁴ La « recommandation verticale » correspondrait à « la prescription » pour certains. V. *supra* n° 37.

²⁴⁵ V. par ex. : S. DUCAS, « Ce que font les prix à la littérature », *Communication & langages* 2014/1, n° 179, p. 64 et s. ; v° Prescription culturelle, *Publitionnaire. Dictionnaire encyclopédique et critique des Publics*, 2015, accessible en ligne : <http://publitionnaire.huma-num.fr/notice/prescription-culturelle/> ; J. FARCHY *et al.*, « Une question de comportement. Recommandation des contenus audiovisuels et transformations numériques », *Tic & société*, 2^{ème} semestre 2016 - 1^{er} trimestre 2017, vol. 10, p. 177 ; L. WIART, *La prescription littéraire sur les réseaux socionumériques de lecteurs*, th. Université Sorbonne Paris Cité, 2015, p. 239.

²⁴⁶ V° Éditorial, *Le Robert*, accessible en ligne : <https://dictionnaire.lerobert.com/definition/editorial>.

²⁴⁷ Le corollaire de ce choix est d'ailleurs la responsabilité que l'on peut mettre en œuvre à l'encontre de celui qui assume ce rôle : I. RIEUSSET-LEMARIÉ, « La médiation éditoriale sur internet », *Communication & langages* 2001, vol. 130, p. 38.

²⁴⁸ « *Ce qu'établit un éditeur, ce n'est pas seulement une information, c'est un texte dont il réfléchit la "mise en œuvre"* » : I. RIEUSSET-LEMARIÉ, « La médiation éditoriale sur internet », art. précit., p. 42.

divers – vendeurs²⁴⁹, éditeurs²⁵⁰, distributeurs²⁵¹, acteurs de la promotion²⁵² – dont on peut douter qu’ils soient indépendants vis-à-vis de l’offre dans la mesure où ils sont offreurs eux-mêmes²⁵³.

64. L’émetteur de la recommandation éditoriale comme offreur - Les différentes configurations de la recommandation éditoriale font apparaître une proximité graduelle entre l’émetteur et l’offre. La recommandation éditoriale peut provenir de l’offre elle-même quand elle émane d’un éditeur, d’un auteur, d’un producteur – de biens courants ou culturels – ou encore d’un annonceur par le biais de la publicité.

Pour une partie de la doctrine, la notion de recommandation est également très proche de celle d’intermédiation, toute intermédiation impliquant une prescription et *vice versa*²⁵⁴. Dans son sens originel, l’intermédiaire économique est « *un agent économique se plaçant entre le producteur et le consommateur et prélevant une marge dans le processus de distribution des produits et services* »²⁵⁵. Ainsi entendu, l’intermédiaire – le revendeur – peut être un relais de l’offre et constituer aux yeux du consommateur l’offre lui-même de sorte que les recommandations émises par cet acteur doivent être considérées comme provenant de l’offreur. Par extension, l’intermédiation peut également viser une configuration économique qui fait intervenir, non plus deux, mais trois personnes.

65. L’émetteur de la recommandation éditoriale comme tiers à la relation entre l’offre et la demande - Par extension, l’intermédiation peut également viser une configuration économique qui fait intervenir, non plus deux, mais trois personnes. Pour Pierre-Jean Benghozi

²⁴⁹ TH. STENGER, « La prescription dans le commerce en ligne : proposition d’un cadre conceptuel issu de la vente de vin par Internet », *Revue Française du Marketing* 2006, n° 209, p. 71 ; S. PAINBÉNI, *La prescription dans le processus de décision d’achat de produits culturels : Le cas des romans et nouvelles de littérature générale contemporaine*, th. Université Paris Dauphine, 2008, p. 47 et s.

²⁵⁰ L. WIART, *La prescription littéraire sur les réseaux socionumériques de lecteurs*, th. précit., p. 56.

²⁵¹ P.-J. BENGHOZI, TH. PARIS, « De l’intermédiation à la prescription : le cas de la télévision », *Revue française de gestion* 2003/1, n° 142, p. 218.

²⁵² Q. GILLIOTTE, *L’expérience des biens culturels en régime numérique*, th. Université Paris-Saclay, 2019, p. 271 et s. Pour Jean-Samuel Beuscart et Kévin Mellet, la prescription et la promotion, dont fait partie la publicité, ont pour fonction commune de dissiper l’incertitude sur la qualité des biens culturels : J.-S. BEUSCART, K. MELLET, « Incertitude sur le succès, légitimité et efficacité de la promotion culturelle », in *Promouvoir les œuvres culturelles. Usages et efficacité de la publicité dans les filières culturelles*, Ministère de la Culture – DEPS, coll. Questions de culture, 2012, pp. 15-41.

²⁵³ Plusieurs auteurs affirment que l’émetteur de la recommandation éditoriale peut être indépendant ou commercial/marchand : L. KARPIK, *L’économie des singularités*, op. cit., p. 78 ; F. BENHAMOU et al., « La longue marche vers une appropriation cognitive du web : le cas de la bande dessinée », *Réseaux* 2012/5, n° 175, p. 86, note 5 ; S. DUCAS, M. POURCHET, « De la prescription : comment le livre vient au lecteur », *Communication & langages* 2014/1, n° 179, p. 29.

²⁵⁴ P.-J. BENGHOZI, TH. PARIS, « De l’intermédiation à la prescription : le cas de la télévision », art. précit., p. 225. L’intermédiation est elle-même une notion ambiguë à l’instar de la prescription (*ibid.*, p. 207).

²⁵⁵ *V°* Intermédiation, II, B, 2°, *Centre National de Ressources Textuelles et Lexicales*, accessible en ligne : <https://www.cnrtl.fr/definition/interm%C3%A9diaire>.

et Thomas Paris, les prescripteurs engagés dans ce genre de relation tripartite sont, plutôt que des intermédiaires *stricto sensu*, des tierces parties à l'échange entre l'offre et la demande dans la mesure où « *ils interviennent à côté des producteurs et des consommateurs pour assurer la mise en forme de l'offre ou prendre en charge une partie de la décision de consommation* »²⁵⁶. La distribution correspond à cette hypothèse en assurant la présentation de l'offre à la demande, en organisant leur rencontre proprement dite et en assurant la délivrance des produits et services fournis au consommateur final²⁵⁷.

L'émetteur de recommandations éditoriales peut également être un tiers absolu à la relation entre l'offre et la demande²⁵⁸. Cette hypothèse est d'ailleurs celle d'Armand Hatchuel pour qui le prescripteur ne remplit pas de fonction transactionnelle mais purement informationnelle auprès du consommateur qui lui délègue son jugement²⁵⁹. Pour l'auteur, s'instaure entre ces deux acteurs une relation dite organique reposant sur la confiance et l'existence d'une communauté d'intérêts conduisant le prescripteur à formuler « *sa prescription comme s'il s'agissait de sa propre décision* »²⁶⁰. Cela ne signifie pas pour autant que ce dernier ne puisse pas être rémunéré pour sa fonction informationnelle. Ce qui compte c'est de ne pas penser cette relation « *dans le cadre d'un échange marchand, c'est-à-dire fondée sur des intérêts contradictoires* »²⁶¹. A l'inverse, la relation savante unissant le prescripteur et le vendeur « *ne tolère en principe aucun échange autre que savant* », le premier bénéficiant d'un transfert contrôlé des connaissances du second. L'indépendance totale du prescripteur vis-à-vis de l'offreur ne signifie pas qu'il n'ait pas d'impact sur le marché. Bien au contraire, son action peut conduire à déformer ce dernier, en rendant des produits substituables, en restreignant l'offre ou en la faisant émerger²⁶². Le critique, l'expert, les guides, les revues de consommateurs ou encore les récompenses symboliques sont dans ce cas de figure.

²⁵⁶ P.-J. BENGHOZI, TH. PARIS, « De l'intermédiation à la prescription : le cas de la télévision », art. précit., p. 211.

²⁵⁷ *Ibid.*, p. 225.

²⁵⁸ C'est ce qui distingue la théorie d'Armand Hatchuel et celle de Pierre-Jean Benghozi et Thomas Paris. Le premier parle de « *marché à prescripteurs* » dans la mesure où ces derniers restent extérieurs à l'échange marchand (A. HATCHUEL, « Les marchés à prescripteurs. Crises de l'échange et genèse sociale », in *L'inscription sociale du marché*, dir. A. Jacob et H. Vérin, L'Harmattan, 1995, p. 218) tandis que les seconds préfèrent l'expression de « *marché de la prescription* » (P.-J. BENGHOZI, TH. PARIS, « De l'intermédiation à la prescription : le cas de la télévision », art. précit., p. 225).

²⁵⁹ A. HATCHUEL, « Les marchés à prescripteurs. Crises de l'échange et genèse sociale », précit., p. 213. V. également Lucien Karpik qui définit les dispositifs de jugement comme des « *délégués* » fournissant une connaissance « *orientée* » : L. KARPIK, *L'économie des singularités*, op. cit., p. 71 et s.

²⁶⁰ A. HATCHUEL, « Les marchés à prescripteurs. Crises de l'échange et genèse sociale », précit., p. 220.

²⁶¹ L'auteur donne l'exemple du pronostiqueur qui n'a aucun intérêt à donner des pronostics auquel il ne croit pas lui-même : *ibid.* Pour Armand Hatchuel, une « *crise* » guette les marchés à prescripteurs notamment en cas de dissolution de cette relation organique qui peut se produire lorsque la fonction informationnelle du prescripteur est assurée par l'offre elle-même. L'auteur donne l'exemple de la Fnac qui met en scène l'évaluation de ses produits par des experts ou encore la publicité qui a parfois recours à un consommateur fictif : *ibid.*, p. 222.

²⁶² *Ibid.*, pp. 218-219.

66. La traduction numérique des recommandations éditoriales : apport et architecture informationnels - Quelle que soit l'origine de la recommandation éditoriale – offre, tierce partie ou tiers absolu à la relation entre l'offre et la demande –, celle-ci comporte une dimension informationnelle²⁶³. Le développement d'Internet n'a pas fait disparaître les recommandations éditoriales traditionnelles comme le coup de cœur du vendeur, la critique et les évaluations d'experts. En revanche, le numérique a diversifié leurs modes et lieux d'expression : sites d'information en ligne, sites marchands, réseaux sociaux, *chatbots*, etc.²⁶⁴.

Au-delà de ces apports informationnels, tous les espaces numériques se doivent d'être pensés comme des lieux au sein desquels l'internaute se déplace pour parvenir à l'information qu'il cherche. Cet agencement informationnel est le résultat de choix éditoriaux à l'instar de la catégorisation, de la hiérarchisation, de la distinction, la sélection des contenus et de leurs « *petites formes* »²⁶⁵ comme les menus déroulants, les vignettes, les champs de recherche, quand bien même ces choix procéderaient d'une rationalisation de l'espace numérique.

B. Les recommandations de nature horizontale : les recommandations sociales

67. L'horizontalité comme symétrie statutaire - Par opposition aux recommandations verticales, les recommandations horizontales induisent une égalité « *statutaire* » entre deux acteurs, couramment dénommés « *pairs* », « *amateurs* »²⁶⁶, « *profanes* »²⁶⁷ ou simplement « *contributeurs* »²⁶⁸. Il faut néanmoins noter une asymétrie informationnelle entre ces

²⁶³ Cette dimension informationnelle n'exclut pas qu'une fonction transactionnelle puisse être remplie par l'émetteur de la recommandations éditoriales de même qu'elle ne masque non plus l'intérêt de ces recommandations en matière d'image de marque : C. COULEAU, O. DESEILLIGNY, « Prêt-à-porter, prêt-à-prescrire : quand Balzac Paris et Sézane sont tentées par la prescription culturelle, in « La prescription culturelle en question », dir. F. Ribac, *Territoires contemporains*, juill. 2019, n° 11, accessible en ligne : <http://tristan.u-bourgogne.fr/CGC/publications/prescription-culturelle-question/Christele-Couleau-Oriane-Deseilligny.html> ; J. FARCHY *et al.*, « Une question de comportement. Recommandation des contenus audiovisuels et transformations numériques », *Tic&société*, 2^{ème} semestre - 1^{er} trimestre 2017 2016, vol. 10, n° 2-3, p. 184.

²⁶⁴ V. *supra* n° 16 et s.

²⁶⁵ V. *supra* n° 17.

²⁶⁶ V. BEAUDOUIN, D. PASQUIER, « Organisation et hiérarchisation des mondes de la critique amateur cinéophile », *Réseaux* 2014/1, n° 183, pp. 125-159 ; A.-S. BÉLIARD, « Jeux croisés entre critique amateur et critique professionnelle dans les blogs de séries télévisées », *Réseaux* 2014/1, n° 183, pp. 95-121 ; S. MAISONNEUVE, « L'économie de la découverte musicale à l'ère numérique. Une révolution des pratiques amateurs ? », *Réseaux* 2019/1, n° 213, pp. 49-81 ; F. RIBAC, « Amateurs et professionnels, gratuité et profits aux premiers temps du Web 2.0 : l'exemple de la blogosphère musicale », *Transposition* 2018/7, accessible en ligne : <http://journals.openedition.org/transposition/2483>.

²⁶⁷ TH. BEAUVISAGE *et al.*, « Notes et avis des consommateurs sur le web : Les marchés à l'épreuve de l'évaluation profane », *Réseaux* 2013/1, n° 177, pp. 131-161 ; D. PASQUIER, « Les jugements profanes en ligne sous le regard des sciences sociales », *Réseaux* 2014/1, n° 183, pp. 9-25.

²⁶⁸ V. CARDON, « Des chiffres et des lettres : Évaluation, expressions du jugement de qualité et hiérarchies sur le marché de l'hôtellerie », *Réseaux* 2014/1, n° 183, pp. 207-245.

derniers comme dans le cas des recommandations verticales, parce que l'émetteur en sait plus que le récepteur. C'est parce qu'il possède cette connaissance sur un bien, un service, un contenu, en raison de son expérience passée ou de son expertise, bien qu'amateur, qu'il est légitime à orienter le destinataire, de façon spontanée ou non, légitimité renforcée par son désintéressement.

68. L'exemple du *leader d'opinion* comme symétrie statutaire - Si chacun peut être tour à tour émetteur et récepteur de recommandation, certains individus sont plus enclins à le faire spontanément ou sont plus souvent sollicités pour donner leur avis ou imités²⁶⁹, comme le *leader d'opinion* défini comme « *une personne attractive, de par ses qualités psychologiques, physiques et sociales, dont les connaissances dans une catégorie de produits sont considérées comme crédibles. Ses croyances et comportements sont susceptibles d'influencer les croyances et les choix de marques de son entourage dans cette catégorie de produit* »²⁷⁰. Le *leader d'opinion* peut être privé lorsque sa sphère d'influence se limite à son entourage ou public ou lorsque cet individu, disposant d'une audience importante au travers des médias, voire aujourd'hui sur les réseaux sociaux, voit sa capacité d'influence décuplée par cette exposition²⁷¹. C'est la raison pour laquelle certains sont particulièrement ciblés par les professionnels du *marketing* selon le modèle du *two-step flow*²⁷². Selon cette théorie, les flux d'information parviennent aux individus en deux temps : provenant des médias, ils sont captés par les *leaders d'opinion* qui les transmettent à leur cercle d'influence, faisant d'eux des médiateurs²⁷³.

Néanmoins, parce que le *leader d'opinion* est indépendant vis-à-vis des produits ou services qu'ils recommandent, il doit être distingué de l'individu rétribué ou rémunéré par un

²⁶⁹ É. VERNETTE, « Le renouveau des leaders d'opinion en marketing », in *Le Management. Fondements et renouvellements*, dir. G. Schmidt, éd. Sciences Humaines, 2008, p. 74. L'influence du *leader d'opinion* ne passe pas nécessairement par la communication verbale mais peut également se produire par la gestuelle, la posture.

²⁷⁰ É. VERNETTE, « Le renouveau des leaders d'opinion en marketing », précit., p. 77. La délimitation de ce concept fait l'objet de nombreuses discussions : L. BERTRANDIAS, *Sélection et influence des sources personnelles d'information du consommateur*, th. Université Toulouse, 2006, p. 22 et s.

²⁷¹ É. VERNETTE, « Le renouveau des leaders d'opinion en marketing », précit., p. 78.

²⁷² E. KATZ, P. F. LAZARSFELD, *Personal Influence. The Part Played by People in the Flow of Mass Communications*, The Free Press, 1955.

²⁷³ C'est tout l'objet du *word-of-mouth* (WOM) marketing : identifier ces relais, cibler la stratégie marketing sur ces personnes-clefs (les « *influentials* ») qui feront circuler l'information auprès du consommateur, bien que l'efficacité d'une telle stratégie soit sujette à discussion : K. MELLET, « Aux sources du marketing viral », *Réseaux* 2009/5, n° 157-158, pp. 267-292, spéc. p. 282 et s.

annonceur²⁷⁴. Cette indépendance, alliée à l'expertise, détermine en grande partie la crédibilité et donc la confiance que le destinataire aura dans la recommandation du *leader*²⁷⁵.

69. Les rapports entre *leader d'opinion* et *influenceur* - À première vue, le concept de *leader d'opinion* paraît proche de celui d'*influenceur* qui a d'ailleurs fait récemment son entrée dans le dictionnaire lequel le définit comme une « *personne qui, en raison de sa popularité et de son expertise dans un domaine donnée (mode, par exemple), est capable d'influencer les pratiques de consommation des internautes par les idées qu'elle diffuse sur un blog ou tout autre support interactif (forum, réseau social, etc.)* »²⁷⁶. Néanmoins, la condition relative à son indépendance ayant disparu, certains auteurs font valoir qu'il s'agit de deux concepts différents²⁷⁷. Il reste néanmoins que certains internautes sont distingués, voire « *marqués* » en ligne en raison du rôle particulier qu'ils jouent au sein d'une communauté en ligne et de leur activité : les utilisateurs les plus suivis, les plus actifs, les mieux notés sont « *qualifiés* » visuellement par la présence de badges ou de signes graphiques aux côtés de leurs profils²⁷⁸.

70. Le caractère social de la recommandation horizontale - La recommandation horizontale est l'héritière du bouche-à-oreille²⁷⁹ dont les caractéristiques traditionnelles ont été bouleversées par le développement du numérique et l'avènement du web 2.0, caractérisé par le rôle actif de l'internaute dans la production et la circulation de l'information²⁸⁰. Les conditions

²⁷⁴ Plus le *leader d'opinion* est cadré par la marque, plus sa communication se rapproche d'une recommandation verticale. Ces « partenariats » entre leaders d'opinion et marques peuvent prendre plusieurs formes : envoi gratuit de produits dans l'espoir que l'internaute en parle, rémunération en contrepartie de l'écriture d'un article sur un blog, collaboration avec la marque, etc. V. dans le cas des blogs culinaires : S. NAULIN, « La blogosphère culinaire. Cartographie d'un espace d'évaluation amateur », *Réseaux* 2014/1, n° 183, pp. 31-62.

²⁷⁵ É. VERNETTE, « Le renouveau des leaders d'opinion en marketing », précit., p. 77.

²⁷⁶ 1^{er} Influenceur, 2^e, *Dictionnaire Larousse*, accessible en ligne : <https://www.larousse.fr/dictionnaires/francais/influenceur/188535>.

²⁷⁷ Pour Éric Vernet, l'utilisation du terme « influenceur » est notamment source de confusion dans la compréhension du concept. Un vendeur, un expert, peut exercer une influence sur le consommateur sans être *leader d'opinion* : É. VERNETTE, « Le renouveau des leaders d'opinion en marketing », précit., p. 74.

²⁷⁸ V. not. : C. MÉADEL *et al.*, « Les alchimistes de la parole en ligne : valorisation et ré-intermédiation de l'activité des internautes », *Communication* 2016, vol. 34/1, spéc. n° 38, accessible en ligne : <http://journals.openedition.org/communication/6793>. La promesse démocratique du web est donc écornée. Chaque internaute est en mesure de s'exprimer mais toutes les expressions n'ont pas le même poids. V. dans le cas des notes et avis en ligne : TH. BEAUVISAGE *et al.*, « Une démocratisation du marché ? Notes et avis de consommateurs sur le Web dans le secteur de la restauration », *Réseaux* 2014/1, n° 183, pp. 163-204. L'enjeu est donc de « qualifier » le prescripteur avant que celui-ci ne « qualifie » les biens : G. DANG NGUYEN, TH. PÉNARD, « La gratuité à la croisée des nouveaux modèles d'affaires sur l'Internet », *Réseaux* 2004/2, n° 124, p. 93. Cette qualification est également à l'œuvre dans des contextes *a priori* non marchands. V. par ex. : M. AKRICH, C. MÉADEL, « Les échanges entre patients sur internet », *La Presse Médicale* 2009, n° 38, pp. 1484-1493.

²⁷⁹ V. *supra* n° 7.

²⁸⁰ V. *supra* n° 16. Certains auteurs critiquent cette expression au motif qu'elle sous-tend une révolution alors que « *les échanges entre pairs et le travail collectif ne sont pas nés avec les nouvelles technologies, mais ils ont atteint une autre dimension grâce à elles* ». V. : P.-J. BENGHOZI, « Économie numérique et industries de contenu : un

tenant à l'oralité du message, à son caractère éphémère, à l'existence de relations et d'interactions entre l'émetteur et le récepteur ne sont plus réunies sur Internet. Le bouche-à-oreille numérique, pérenne parce que passant bien souvent par l'écrit, peut se produire entre des personnes qui non seulement ne se connaissent pas mais de surcroît n'interagissent pas²⁸¹.

71. Des recommandations élaborées aux recommandations sommaires - Les recommandations horizontales ou « *sociales* » prennent diverses formes. Elles peuvent être textuelles, c'est-à-dire rédactionnelles comme les avis provenant de consommateurs sur des sites de *e-commerce*, les commentaires d'internautes sous des vidéos partagées sur les réseaux sociaux par des utilisateurs, des messages postés sur des *forums*. Elles peuvent se manifester de façon arithmétique par la publication d'une note ou d'étoiles mais également de manière plus technique ou pictographique comme un « *j'aime* », un *smiley*, un partage ou encore un *tag* permettant le référencement d'un message sur un réseau social. Enfin, toutes ces recommandations font elles-mêmes l'objet de jugements. Sur les espaces dédiés d'Amazon, Google ou La Fnac, il est désormais loisible à un internaute d'indiquer si l'évaluation consultée lui a été utile ou non. L'évaluation d'évaluation se retrouve également dans des contextes non consuméristes. LinkedIn ou Facebook permettent également de « *réagir* » aux commentaires des pairs²⁸².

72. Des recommandations spontanées aux recommandations fortement incitées et cadrées - D'aucuns considèrent que les internautes font l'objet d'injonction à partager, *liker*, commenter par les exploitants des sites qu'ils utilisent²⁸³. S'il faut noter l'omniprésence des

nouveau paradigme pour les réseaux », *Hermès* 2011/1, n° 59, p. 31. Dans le même sens, certains vont jusqu'à dénoncer l'expression « web collaboratif » dont beaucoup de sites se réclament alors même que leurs modèles d'affaires ne reposent pas tant sur un *empowerment* de l'internaute que sur son exploitation inconsciente (v. par ex. P. BOUQUILLION, J. T. MATTHEWS, *Le web collaboratif : mutations des industries de la culture et de la communication*, PUG, coll. Communication en plus, 2010) ou encore cette supposée horizontalité des échanges « *qui ne doit pas occulter l'importance des médiations techniques et symboliques qui conditionnent l'expression des opinions dans l'espace du Web et qui en définissent même les normes et valeurs* » (O. DESEILLIGNY, « La recommandation sur le Web : entre héritages formels et logiques comptables », *Communication & langages* 2014/1, n° 179, p. 34).

²⁸¹ F. BENHAMOU *et al.*, « La longue marche vers une appropriation cognitive du web : le cas de la bande dessinée », *Réseaux* 2012/5, n° 175, p. 83-105 ; C. MAUNIER, « Les communications interpersonnelles, fondement des nouvelles techniques de communication en marketing ? », *La Revue des Sciences de Gestion* 2008/6, n° 234, pp. 85-95.

²⁸² Conduisant par là même à une mise en abîme du processus évaluatif ou de récursivité de l'évaluation : É. BERTIN, J.-M. GRANIER, « La société de l'évaluation : nouveaux enjeux de l'âge numérique », *Communication & langages* 2015/2, n° 184, p. 126 ; O. DESEILLIGNY, « La recommandation sur le Web : entre héritages formels et logiques comptables », art. précit., p. 45.

²⁸³ J. BONACCORSI, V. CROISSANT, « L'énonciation culturelle vidée de l'institution ? Qualifier les figurations de l'autorité dans des sites web contributifs », *Communication & langages* 2017/2, n° 192, p. 71 ; CH. BENAVENT, *Plateformes. Sites collaboratifs, marketplaces, réseaux sociaux ... Comment ils influencent nos choix*, FYP

dispositifs techniques²⁸⁴, notamment des signes passeurs et des notifications²⁸⁵, permettant la participation de l'utilisateur, du réseau social au *blog* amateur en passant par le site de presse en ligne, l'incitation à l'engagement de l'internaute peut également prendre des formes plus douces comme le *nudge*²⁸⁶. De même, la *gamification*, définie comme l'« usage d'éléments de game design dans des contextes non ludiques afin d'améliorer l'expérience utilisateur et son engagement »²⁸⁷, se traduit par l'octroi de badges ou de points en fonction de l'activité de l'internaute²⁸⁸.

En dehors du *design* des espaces numériques, certains internautes ont de fortes motivations à participer en ligne²⁸⁹. S'agissant des sites de critiques amateurs dans le domaine culturel, « les raisons de se lancer dans l'exercice relèvent d'un faisceau de considérations, personnelles (plaisir d'écrire), culturelles (défendre un auteur), sociales (valoriser cette activité critique autour de soi), parfois même professionnelles (devenir journaliste) »²⁹⁰ qui engendre la participation de leurs pairs par réflexivité.

Les listes de discussion²⁹¹, les *forums*²⁹², les *blogs*²⁹³, cadrés *a minima* par des chartes²⁹⁴ ou des mécanismes autorégulateurs²⁹⁵, coexistent aisément avec les réseaux sociaux où le

éditions, 2016, p. 116.

²⁸⁴ É. BERTIN, J.-M. GRANIER, « La société de l'évaluation : nouveaux enjeux de l'âge numérique », art. précit., p. 126.

²⁸⁵ V. *supra* n° 17.

²⁸⁶ V. *supra* n° 8. V. également : CH. BENAVENT, *Plateformes. Sites collaboratifs, marketplaces, réseaux sociaux ... Comment ils influencent nos choix*, op. cit., p. 118 et s.

²⁸⁷ S. DETERDING *et al.*, « Gamification : Using Game-Design Elements in Non-Gaming Contexts », in *Proceedings of the 2011 Annual Conference Extended Abstracts on Human Factors in Computing Systems - CHI EA '11*, Vancouver, BC, Canada, ACM Press, 2011, pp. 2425-2428. Certaines définitions insistent sur la dimension psychologique de la *gamification*. Elle est ainsi une « technique de persuasion qui tente d'influencer le comportement de l'utilisateur en activant les motivations individuelles grâce à des éléments de game design » : P. PETKOV *et al.*, « Engaging energy saving through motivation-specific social comparison », in *Proceedings and Extended Abstracts for the 29th Annual CHI Conference on Human Factors in Computing Systems*, ACM, 2011, pp. 1945-1950. Le concept est donc proche du *nudge* dans la mesure où l'incitation ne prend jamais la forme d'une contrainte, ce qui explique que certains professionnels conçoivent le *nudge* comme un outil de la *gamification* : A. DUARTE, S. BRU, *La boîte à outils de la gamification*, Dunod, coll. La Boîte à Outils, 2^{ème} éd., 2025, pp. 96-99.

²⁸⁸ CH. BENAVENT, *Plateformes. Sites collaboratifs, marketplaces, réseaux sociaux ... Comment ils influencent nos choix*, op. cit., p. 117. Cette *gamification* contribue ainsi à « qualifier le profil » de l'utilisateur tout en restaurant une hiérarchie entre des utilisateurs pourtant à égalité d'un point de vue statutaire : v. *supra* n° 68.

²⁸⁹ M.-A. DUJARIER, *Le travail du consommateur. De McDo à eBay, comment nous coproduisons ce que nous achetons*, La Découverte/Poche, 2014, p. 117 et s.

²⁹⁰ V. BEAUDOUIN, D. PASQUIER, « Organisation et hiérarchisation des mondes de la critique amateur cinéophile », *Réseaux* 2014/1, n° 183, p. 125.

²⁹¹ M. AKRICH, « Les listes de discussion comme communautés en ligne : outils de description et méthodes d'analyse », *Papiers de recherche du CSI*, n° 25, 2012, p. 5.

²⁹² M. AKRICH, C. MÉADEL, « Les échanges entre patients sur internet », art. précit.

²⁹³ A.-S. BÉLIARD, « Jeux croisés entre critique amateur et critique professionnelle dans les blogs de séries télévisées », *Réseaux* 2014/1, n° 183, p. 95-121.

²⁹⁴ M.-A. DUJARIER, *Le travail du consommateur. De McDo à eBay, comment nous coproduisons ce que nous achetons*, op. cit., p. 125 et s.

²⁹⁵ M. AKRICH, C. MÉADEL, « Les échanges entre patients sur internet », art. précit., p. 1484. Loin de constituer des espaces « anarchiques », les espaces numériques de discussion sont en réalité structurés par les utilisateurs eux-

formatage de l'activité en ligne est plus prégnant, de même que sur les plateformes de *e-commerce* ou collaboratives dans la mesure où la parole du consommateur, sous la forme de notation ou de commentaires, participe de leurs modèles d'affaires²⁹⁶. Dès lors, il n'est pas rare de recevoir à l'issue d'un achat ou d'une prestation de service, une incitation très claire à déposer une note ou un avis²⁹⁷ qui peut le cas échéant être qualifié d'« *avis vérifié* », ce qui signifie que son émetteur a procédé à l'achat ou bénéficié de la prestation de service, objet de la recommandation²⁹⁸. Certaines notations sont par ailleurs réciproques, ce qui signifie que le consommateur peut lui-même faire l'objet d'une évaluation²⁹⁹. Formatées et cadrées, les recommandations horizontales sont donc bien souvent tributaires des recommandations verticales, les premières apparaissant comme la conséquence des secondes.

Section 2. Les recommandations algorithmiques, propres au numérique

73. Les effets du recours aux algorithmes sur la notion de recommandation - La distinction systémique des recommandations de nature algorithmique (§1) met en lumière la dilution des paradigmes classiques qui sous-tendaient la notion même de recommandation (§2).

§1. La distinction systémique des recommandations algorithmiques

74. La genèse des systèmes de recommandation - Les premiers systèmes de recommandations apparaissent dès les années 90 lors de la démocratisation de l'utilisation de l'informatique. L'intensification du travail sur ordinateur, puis des échanges entre utilisateurs, a rendu nécessaire la conception de systèmes aidant à la recherche et au filtrage d'informations qui consiste à « *prédire* » l'intérêt que l'utilisateur peut avoir à leur égard³⁰⁰.

mêmes « *par un effet d'auto-organisation et d'apprentissage collectif* ».

²⁹⁶ V. *infra* n° 87.

²⁹⁷ Lorsque l'internaute ne procède pas au dépôt d'avis ou de note à la suite d'un achat ou d'une prestation de service, certaines plateformes n'hésitent pas à déduire de ce silence l'attribution de notes maximales comme Vinted ou Deliveroo.

²⁹⁸ L'expérience passée ou l'achat réalisé n'est effectivement pas un critère pour exprimer son avis en ligne sur les sites. C'est également la conception du législateur qui le définit comme « l'expression de l'opinion d'un consommateur sur son expérience de consommation grâce à tout élément d'appréciation, qu'il soit qualitatif ou quantitatif. L'expérience de consommation s'entend que le consommateur ait ou non acheté le bien ou le service pour lequel il dépose un avis » (C. consom., art. D. 111-16).

²⁹⁹ Ce qui donne lieu à des stratégies particulières : bien noter pour éviter une note négative ou des représailles par exemple. V. not. : G. BOLTON *et al.*, « Engineering Trust : Reciprocity in the Production of Reputation Information », *Management Science* 2013, vol. 59, n° 2, pp. 265-285.

³⁰⁰ H. OUFIDA, O. NOUALI, « Le filtrage collaboratif et le web 2.0 », *Document numérique* 2008/1, vol. 11, p. 15.

Les premiers systèmes de recommandation sont qualifiés de « *documentaires* » ou 1.0 en raison de la passivité de l'utilisateur qui « *ne participe ni à la production du contenu du message, ni à la validation de sa valeur* »³⁰¹. Concrètement, le fonctionnement de systèmes se fonde sur l'exploitation et l'extraction du contenu des ressources en ligne (pages *web*, musiques, vidéos, articles), autrement appelées « *items* », ainsi que leurs métadonnées, c'est-à-dire leurs données descriptives³⁰². Lors de sa recherche en ligne, l'utilisateur qui formule une requête pour trouver une ressource va se voir proposer les résultats les plus pertinents, c'est-à-dire les ressources qui contiennent l'occurrence la plus importante des termes recherchés ou de leurs caractéristiques selon la méthode dite « *item-to-item* »³⁰³.

75. Les systèmes de recommandation « contenu » - Avec l'augmentation significative des contenus sur Internet, rendue possible par la participation de l'internaute à leur production, les systèmes de recommandations ont dû s'adapter afin de répondre au problème de l'abondance informationnelle en se sophistiquant et en ayant recours à d'autres méthodes, notamment la personnalisation du filtrage d'informations. Désormais, l'utilisateur se voit affilier un profil composé de ses préférences, fournies activement, et de son historique de recherche, fourni passivement³⁰⁴.

À l'occasion d'une recherche sur un moteur de recherche ou de sa navigation sur un site ou une application, le système de recommandation propose à l'internaute des contenus similaires à ceux qu'il a précédemment « *évalués* »³⁰⁵ soit activement par un achat, un *like* ou l'attribution d'une note, soit passivement c'est-à-dire en consultant fréquemment ou longtemps certains sites ou certains contenus³⁰⁶. La logique algorithmique, de type « *user-to-item* », est la suivante : « *si l'utilisateur X aime le produit A et que A ressemble au produit B, alors X aime B* »³⁰⁷.

³⁰¹ J.-S. VAYRE, « Une histoire de machines à recommander des biens de consommation : de l'Internet documentaire à l'Internet des données », *Études de communication* 2017, n° 49, p. 93.

³⁰² Littéralement « des données sur des données »

³⁰³ J.-S. VAYRE, *Des machines à produire des futurs économiques. Sociologie des intelligences artificielles marchandes à l'ère du big data*, th. Université Toulouse, 2016, p. 504.

³⁰⁴ H. OUFAIDA, O. NOUALI, « Le filtrage collaboratif et le web 2.0 », art. précit., p. 15.

³⁰⁵ E. BERTIN, J.-M. GRANIER, « La société de l'évaluation : nouveaux enjeux de l'âge numérique », *Communication & langages* 2015/2, n° 184, p. 131.

³⁰⁶ J.-S. VAYRE, « Une histoire de machines à recommander des biens de consommation : de l'Internet documentaire à l'Internet des données », art. précit., p. 94

³⁰⁷ J.-S. VAYRE, *Des machines à produire des futurs économiques. Sociologie des intelligences artificielles marchandes à l'ère du big data*, th. précit., p. 506.

76. Les systèmes de recommandation « collaboratifs » - Les systèmes de recommandation fondés sur le filtrage collaboratif reposent sur la technique dite « *user-to-user* »³⁰⁸. À partir des données passives et actives de l'internaute relatives à sa navigation, l'algorithme va lui proposer des contenus similaires à ceux qui sont évalués activement ou passivement par des utilisateurs avec lesquels ils partagent le même profil d'utilisation. Ainsi, « *si l'utilisateur X ressemble aux utilisateurs U, V, W (...) et si U, V, W (...) aiment le produit A, alors X aime A* »³⁰⁹.

77. La promesse de systèmes de recommandation « contextuels » - Parce que les systèmes de recommandation se doivent d'être toujours plus pertinents pour proposer des contenus satisfaisant l'utilisateur³¹⁰, l'analyse du contexte qui entoure ce dernier mobilise la recherche en informatique de ces dernières années³¹¹. Le contexte entourant l'internaute permet non seulement de connaître sa situation mais également de prédire ses intentions³¹², ce qui peut s'avérer crucial quand il s'agit de recommander des contenus dans le secteur du tourisme, du *e-commerce* ou de la musique³¹³.

La notion de contexte est elle-même très large puisque est pris en compte le contexte physique, personnel et technique de l'internaute³¹⁴. Le contexte physique comprend le contexte temporel – moment de la journée, de la semaine, les saisons –, le contexte spatial – géolocalisation –, environnemental – météo, niveau sonore ou lumineux – et les données relatives aux équipements situés à proximité de l'utilisateur – ustensiles, électroménager, périphériques. Le contexte personnel est relatif à l'identité de l'utilisateur, à la présence d'autres personnes à ses côtés au moment de sa navigation, à son état d'esprit ou à ses objectifs de navigation actuels. Le contexte technique porte quant à lui sur le matériel qu'il est en train d'utiliser, la capacité du réseau, les processeurs, ...

³⁰⁸ *Ibid.*, p. 508.

³⁰⁹ *Ibid.*, p. 506.

³¹⁰ Ces systèmes de recommandation « 2.0 » peuvent s'avérer moins performants notamment en cas de démarrage à froid ou d'absence d'évaluation de certains *items* : H. OUFAIDA, O. NOUALI, « Le filtrage collaboratif et le web 2.0 », art. précit., p. 28. V. également : M. MÉNARD, « Systèmes de recommandation de biens culturels. Vers une production de conformité ? », *Les Cahiers du numérique* 2014/1, n° 10, pp. 69-94.

³¹¹ Pour un état de l'art : E. NEGRE, « Systèmes de recommandation contextuels : vers une typologie de contexte », *Revue ouverte d'ingénierie des systèmes d'information* 2020, vol. 1, n° 4, accessible en ligne : <https://www.openscience.fr/Systemes-de-recommandation-contextuels-Vers-une-typologie-de-contexte>.

³¹² R. PAGANO *et al.*, « The Contextual Turn : from Context-Aware to Context-Driven Recommender Systems », in *RecSys '16 : Proceedings of the 10th ACM Conference on Recommender Systems*, ACM, 2016, p. 251.

³¹³ *Ibid.*, p. 250 et s. V. également : G. DELCROIX, « Les données et les algorithmes, nouvelles muses de la prescription culturelle ? », in *Prescription culturelle : avatars et médiamorphoses*, dir. B. Chapelain et S. Ducas, Presses de l'Enssib, coll. Papiers, 2018, §22, accessible en ligne : <https://books.openedition.org/pressesenssib/9429>.

³¹⁴ E. NEGRE, « Systèmes de recommandation contextuels : vers une typologie de contexte », art. précit., p. 5.

Pour certains chercheurs, plus que la prise en compte de données contextuelles³¹⁵, les prochains systèmes de recommandation se devront d'intégrer la logique « *context-to-context* » qui permettrait de réduire certains risques que présentent les logiques « *user-to-item* » et « *user-to-user* » comme l'hyperpersonnalisation de la navigation de l'internaute ou la discrimination. Les systèmes de recommandation contextuels ne se focalisent plus sur le comportement passé de l'internaute mais sur sa situation et ses objectifs présents³¹⁶, de même qu'ils comporteraient moins de biais puisqu'ils ne prendraient pas en compte les données sociodémographiques de l'utilisateur comme son genre ou sa catégorie socioprofessionnelle³¹⁷.

78. L'hybridation généralisée des systèmes de recommandation - La plupart des systèmes de recommandation sont techniquement mixtes. « *Nouveautés pour vous* » sur Netflix ou l'outil « *Flow* » sur Deezer s'appuient sur les préférences explicites des utilisateurs mais également leurs historiques et les comportements des internautes aux caractéristiques proches³¹⁸. S'agissant des données contextuelles, Spotify a lancé la fonctionnalité « *Daylist* » en 2023, une playlist qui s'adapte à l'humeur de l'utilisateur³¹⁹. De son côté, Uber serait capable de savoir quand le téléphone d'un futur passager dispose d'une batterie faible³²⁰.

Outre cette hybridation d'ordre interne, la plupart des sites internet proposent diverses formes de recommandation. Dans le cas d'Amazon, la suggestion « *les clients qui ont acheté X ont également acheté Y* » (orientée collaboratif), côtoie sur la même page « *parce que vous avez acheté X* » (orientée contenu). D'autres recommandations sont moins explicites. Ainsi, le fil d'actualités de Facebook grâce auquel l'utilisateur « *déroule* » les contenus est bel et bien le résultat d'algorithme fonctionnant en mode « *contenu* », « *collaboratif* » mais également grâce

³¹⁵ G. ADOMAVICIUS *et al.*, "Context-Aware Recommender Systems", *AI Magazine* 2011, vol. 32, n° 3, pp. 67-80.

³¹⁶ R. PAGANO *et al.*, "The Contextual Turn : from Context-Aware to Context-Driven Recommender Systems", *précit.*, p. 252.

³¹⁷ *Ibid.*

³¹⁸ Pour certains, il s'agit donc de systèmes de recommandation 3.0 ou à intelligence contextuelle puisqu'ils sont capables de panacher leurs méthodes de filtrage en cas de besoin : J.-S. VAYRE, « Une histoire de machines à recommander des biens de consommation : de l'Internet documentaire à l'Internet des données », art. précit., p. 95 ; J.-S. VAYRE, *Des machines à produire des futurs économiques. Sociologie des intelligences artificielles marchandes à l'ère du big data, thèse en sociologie*, th. précit., p. 510 et s.

³¹⁹ "Get Fresh Music Sunup to Sundown with Daylist, Your Ever-Changing Spotify Playlist", *Spotify*, 12 sept. 2023, accessible en ligne : <https://newsroom.spotify.com/2023-09-12/ever-changing-playlist-daylist-music-for-all-day/>.

³²⁰ O. BELKAAB, « Uber sait que vous paierez plus cher si votre batterie est faible », *Numerama*, 18 mai 2016, accessible en ligne : <https://www.numerama.com/tech/170949-uber-sait-que-que-vous-paierez-plus-cher-si-votre-batterie-est-faible.html>. Uber collecte un certain nombre de données sur le terminal utilisé par ses clients et, à ce titre, peut savoir si un téléphone fonctionne en mode « économie d'énergie ». Si Uber assure qu'elle n'utilise pas cette donnée, la société note cependant que ses clients sont plus disposés à payer des prix élevés lorsque leur téléphone manque de batterie.

à l'analyse des liens forts et faibles qui unissent l'utilisateur à ses contacts³²¹. De même, le *Page Rank* tient compte de l'historique de recherche de l'internaute, des mots-clefs qu'il a tapés et du nombre de liens entrants vers le contenu listé³²².

79. Des recommandations personnalisées aux recommandations agrégées - La généralisation de la personnalisation au sein des systèmes ne doit pas faire oublier l'existence de recommandations relevant de l'agrégation pure de données comme les « *vidéos les plus vues* » sur YouTube, le « *top des ventes* » sur Amazon, « *les plus gros succès de la semaine* » sur Netflix ou « *les restaurants les mieux notés* » sur Tripadvisor. Ainsi, il peut être fait une distinction entre les recommandations plus personnalisées qui font une grande place aux données du récepteur et les recommandations agrégées reposant sur l'activité des pairs, n'incluant de fait pas de personnalisation vis-à-vis du récepteur³²³. Les recommandations d'origine algorithmique n'ont donc que peu à voir avec les recommandations classiques. Les paradigmes traditionnels de ces dernières cadrent mal avec le fonctionnement et les logiques à l'œuvre dans le cadre de ces recommandations proprement numériques.

§2. La dilution des paradigmes classiques au sein des recommandations algorithmiques

80. Le bouleversement des fondements de la recommandation - La construction des recommandations algorithmiques entraîne la reconfiguration de la notion elle-même au travers de l'érosion de ses deux paradigmes. D'un point de vue matériel, la recommandation algorithmique allie jugement et comportement (A), tandis que d'un point de vue spatial, elle apparaît désormais transversale (B).

³²¹ D. CARDON, « Du lien au like sur Internet. Deux mesures de la réputation », *Communications* 2013/2, n° 93, pp. 173-186 ; F. TARISSAN, *Au cœur des réseaux. Des sciences aux citoyens*, Le Pommier, coll. Essais, 2019, pp. 98-102.

³²² D. CARDON, « L'ordre du web », *Medium* 2011/4, n° 29, pp. 191-202. Pour une comparaison des systèmes de recommandation à l'œuvre sur Facebook et Google, v. également : D. CARDON, « Du lien au like sur Internet. Deux mesures de la réputation », art. précit. V. également en matière de publications scientifiques : D. PONTILLE, D. TORNAY, « La manufacture de l'évaluation scientifique. Algorithmes, jeux de données et outils bibliométriques », *Réseaux* 2013/1, n° 177, pp. 23-61.

³²³ J. FARCHY, C. MÉADEL, A. ANCIAUX, « Une question de comportement. Recommandation des contenus audiovisuels et transformations numériques », *Tic & société*, 2^{ème} semestre 2016 - 1^{er} trimestre 2017, vol. 10, p. 179.

A. L'érosion du paradigme matériel : la recommandation algorithmique, entre jugement et comportement

81. La prédominance du rôle de l'internaute - Si les recommandations classiques se subdivisaient entre celles émanant des professionnels et celles provenant des profanes, les recommandations algorithmiques sont quasiment exclusivement fondées sur les contributions de l'internaute qui constituent leur matière première³²⁴.

82. La prise en compte des jugements des internautes au sein des recommandations algorithmiques - Les contributions de l'internaute font référence à son activité en ligne. Lorsqu'elles sont délibérément fournies par l'internaute dans l'intention d'orienter, c'est-à-dire de façon active, elles constituent des jugements à l'instar des notes ou des avis³²⁵. « *Les coups de cœur des lecteurs* » sur Amazon, « *les restaurants les mieux notés* » sur Deliveroo sont des recommandations algorithmiques fondées sur des jugements explicites qui, additionnés, donnent lieu à une évaluation globale d'un contenu, d'un bien ou d'un service, correspondant majoritairement à la catégorie des recommandations agrégées. Le renseignement par l'internaute de ses préférences musicales sur Spotify ou cinématographiques sur Amazon Prime alimente également les systèmes de recommandation notamment collaboratifs. Il en va ainsi des recommandations du type « *suggestions basées sur vos préférences* » sur Netflix.

83. La prise en compte des comportements des internautes au sein des recommandations algorithmiques - Un autre type de contribution alimente les systèmes de recommandation. Parfois qualifiées de « *passives* », constituant en cela davantage des comportements que des jugements³²⁶, en ce qu'elles sont fournies sans conscientisation de l'internaute ni volonté de « *juger* » de sa part, ces contributions sont en réalité très hétérogènes. La navigation d'un internaute de site en site, de contenu en contenu, l'écoute d'une musique, l'achat d'un produit sont des activités passives en ce que l'internaute concerné n'a pas conscience de son impact en matière de recommandation. Faire des requêtes sur Google, « *scroller* » le fil d'actualités d'Instagram, acheter un livre sur Amazon, écouter un titre sur

³²⁴ J. FARCHY, C. MÉADEL, A. ANCIAUX, « Une question de comportement. Recommandation des contenus audiovisuels et transformations numériques », art. précit., p. 175.

³²⁵ *Ibid.*, p. 177.

³²⁶ *Ibid.*, p. 179. Le terme « trace » est fréquemment employé pour qualifier ce type de données, v. not. : D. BOULLIER, « Les sciences sociales face aux traces du *big data*. Société, opinion ou vibrations ? », *Revue française de science politique* 2015/5, vol. 65, p. 808 et s. ; O. ERTZSCHEID *et al.*, « A la recherche de la « mémoire » du web : sédiments, traces et temporalités des documents en ligne », in *Manuel d'analyse du web en Sciences Humaine et Sociales*, dir. Ch. Barats, Armand Colin, coll. U, 2013, pp. 53-68.

Deezer sont des activités passives qui laissent néanmoins des traces et, ce faisant, alimentent le profil de l'internaute à partir duquel le système algorithmique pourra formuler des recommandations à son égard mais également aux utilisateurs qui partagent des similarités avec lui.

Certaines de ces activités sont elles-mêmes très ambiguës en ce qu'elles se situent à la frontière du jugement et du comportement. Si aimer ou commenter une publication sur un réseau social ou une plateforme de partage de contenus constitue bien une opinion de la part de celui qui réalise cette action, il n'est pas sûr que ce dernier ait la volonté d'orienter autrui en l'effectuant. Or, ce sont précisément ces activités qui donnent lieu à de grands nombres de recommandations algorithmiques comme « *les vidéos tendance* » sur YouTube ou les fils d'actualités des réseaux sociaux³²⁷.

84. La scission entre la recommandation et sa « *matière* »³²⁸ - La distinction entre jugement et comportement tend à s'estomper lorsque l'on s'intéresse aux recommandations algorithmiques. C'est en réalité toute activité de l'internaute qui est prise en compte pour alimenter les systèmes de recommandation, qu'elle soit conscientisée ou non, qu'elle procède d'une intention d'orienter ou non. Ce qui importe n'est pas tant la subjectivité exprimée par l'internaute que celle qui transpire de ses actions, même passives. Ainsi apparaît une scission entre la recommandation et sa « *matière* »³²⁹ première, cette dernière pouvant constituer du jugement ou du comportement. Si l'on pouvait assimiler la recommandation et le jugement au sein de l'analyse classique, faisant de l'émetteur du jugement l'émetteur de la recommandation, ce n'est plus le cas s'agissant des recommandations de nature algorithmique qui, agrégeant les données relatives aux utilisateurs et aux *items*, n'émanent plus de l'émetteur du jugement ou de la personne à la source d'un comportement. La recommandation, qui se fonde pourtant sur les comportements des internautes, leur échappe.

85. Le recul de la subjectivité ? - Les recommandations classiques induisent une énonciation de la part de leur émetteur, une subjectivité qui se traduit dans leur forme ou leur substance. Les recommandations éditoriales et sociales sont des recommandations assumées par leurs sources et identifiées comme telles par leurs destinataires. Il n'en va pas de même pour

³²⁷ V. par ex. : X. DE LA PORTE, « Ce que "*liker*" veut dire », *InternetActu*, 23 sept. 2013, accessible en ligne : <https://www.internetactu.net/2013/09/23/ce-que-liker-veut-dire/>.

³²⁸ J. FARCHY, C. MÉADEL, A. ANCIAUX, « Une question de comportement. Recommandation des contenus audiovisuels et transformations numériques », art. précit., p. 176.

³²⁹ *Ibid.*

les recommandations algorithmiques qui, provenant d'un « système », induisent un effacement de la personne de l'émetteur, dont on peut se demander, de façon caricaturale, s'il ne s'agit pas de l'internaute lui-même, parfois inconsciemment et de façon abstraite, dans la mesure où c'est lui qui, par son comportement, alimente le système³³⁰.

Également mise à mal, la subjectivité de la recommandation, au travers du jugement, tend à faire place à une forme d'objectivité entendue dans plusieurs sens. La recommandation procédant d'un traitement de données relatives à l'activité des internautes, elle ne fait que traduire une réalité. Indiquer le nombre de vues d'une vidéo, les *hashtags* les plus utilisés ou les pages précédemment consultées par un internaute est d'ordre purement factuel³³¹. S'agissant des notes globales données à des produits ou des services, leur objectivité provient en réalité d'une agrégation des subjectivités³³².

Du côté du fonctionnement du système algorithmique, celui-ci ne fait pas de différence fondamentale entre les données portant sur des individus et celles portant sur des *items*. Ces deux catégories de données font « l'objet » d'un traitement et d'un calcul algorithmique équivalent³³³.

La dilution de la subjectivité, au travers de l'effacement de l'émetteur³³⁴ et de la matière première de la recommandation, impacte *de facto* son identification par le destinataire. Si

³³⁰ *Ibid.* Les auteurs distinguent, parmi les recommandations fondées sur des comportements des internautes, les recommandations personnalisées (provenant de l'offre, *i.e.* de la plateforme) des recommandations agrégées (provenant de la demande, *i.e.* des internautes). En caricaturant quelque peu, il pourrait être soutenu que les recommandations algorithmiques émanent finalement toutes des internautes dans la mesure où elles se fondent sur leur activité. V. également : F. PAQUIENSÉGUY, « Le glissement de la prescription dans les plateformes de recommandation », *Études de communication* 2017, n° 49, p. 26, qui évoque « l'auto-prescription indirecte » des internautes dont les données sont exploitées pour personnaliser leur navigation par opposition à une auto-prescription directe et conscientisée dans le cas des outils de *quantified-self* (appareils de mesure des états, des consommations ou des activités. Sur cette question précise, v. : A.-S. PHARABOD *et al.*, « La mise en chiffres de soi : une approche compréhensive des mesures personnelles », *Réseaux* 2013/1, n° 177, pp. 97-129). Pour Dominique Cardon, les internautes seraient en cela des *gatekeepers* par les signaux qu'ils envoient aux algorithmes en *likant*, *retweetant*, commentant, ... : D. CARDON, *Culture numérique*, Presses de Sciences Po, coll. Les Petites Humanités, 2019, p. 150.

³³¹ Les métriques « tendent à manifester le fait que l'instance propriétaire du site n'agit pas sur les évaluations : effet véridicatoire, objectivant » : J. BONACCORSI, V. CROISSANT, « L'énonciation culturelle vidée de l'institution ? Qualifier les figurations de l'autorité dans des sites web contributifs », *Communication & langages* 2017/2, n° 192, p. 80.

³³² TH. BEAUVISAGE *et al.*, « Une démocratisation du marché ? Notes et avis de consommateurs sur le Web dans le secteur de la restauration », *Réseaux* 2014/1, n° 183, p. 180.

³³³ O. ERTZSCHEID, « L'homme un document comme les autres », *Hermès* 2009/1, n° 53, pp. 33-40.

³³⁴ J. BONACCORSI, V. CROISSANT, « L'énonciation culturelle vidée de l'institution ? Qualifier les figurations de l'autorité dans des sites web contributifs », art. précit., pp. 72 et 81 ; V. CARDON, « La guerre des étoiles. La réputation hôtelière à l'épreuve du web contributif », *Revue d'anthropologie des connaissances* 2015/1, vol. 9, n° 1, p. 51 ; V. CROISSANT, « La recommandation culturelle des amateurs sur le Web : Senscritique ou la fabrique des prescripteurs », in *Prescription culturelle : avatars et médiamorphoses*, dir. B. Chapelain et S. Ducas, Presses de l'Enssib, coll. Papiers, 2018, §6, accessible en ligne : <https://books.openedition.org/pressesenssib/9433> ; F. REBILLARD, N. SMYRNAIOS, « Quelle « plateformes » de l'information ? Collusion socioéconomique et dilution éditoriale entre les entreprises médiatiques et les infomédiaires de l'Internet », *Tic & société*, 1^{er} semestre - 2^{ème} semestre 2019, vol. 13, n° 1-2, p. 271 et s.

certaines recommandations algorithmiques sont reconnaissables en ce qu'elles mettent en œuvre une énonciation (les « *tops* » des ventes, « *vous pourriez aimer* »), d'autres sont totalement invisibles. Ainsi, les listes de résultats sur des moteurs de recherche, les fils d'actualités des réseaux sociaux, le démarrage automatique de musiques ou de vidéos sur des plateformes de partage de contenus ou des applications de *streaming*, ne permettent pas de conscientisation de la part de leurs destinataires³³⁵.

B. L'érosion du paradigme spatial : la nature transversale de la recommandation algorithmique

86. La redécouverte de la notion de plateforme - Le renouveau théorique de la notion de plateforme est l'œuvre de Jean-Charles Rochet et Jean Tirole qui, dans un article devenu célèbre³³⁶, insistent sur la particularité de cet acteur chargé de mettre en lien deux groupes d'utilisateurs, créant et internalisant ainsi des effets de réseau croisés bénéfiques pour ces deux faces. Il en va ainsi des acteurs qui mettent en relation des acheteurs et des vendeurs (eBay, Le Bon Coin, Amazon, Vinted), des conducteurs et des passagers (Uber, Blablacar), des propriétaires et des locataires (Airbnb), des restaurateurs et des clients (La Fourchette) ou encore des célibataires des deux sexes (Tinder).

Certains auteurs font valoir que les externalités de réseau ne sont pas forcément réciproques³³⁷. Il se peut en effet qu'un seul groupe d'utilisateurs trouve une utilité à la présence de l'autre groupe, ce qui permet de qualifier de plateformes les réseaux sociaux (Facebook, LinkedIn, X), les sites de partages de contenus (YouTube) ou les moteurs de recherche (Google, Bing) qui s'appuient sur un groupe composé d'internautes et une autre face constituée d'annonceurs.

³³⁵ Les recommandations sont ainsi de l'ordre de l'ordinaire, « *perçues comme telles ni par les prescripteurs ni par les destinataires et utilisateurs de ces prescriptions. Leur statut de prescription est moins visible et leur production comme leur utilisation sont moins conscientes* » : TH. STENGER, A. COUTANT, « La prescription ordinaire sur les réseaux socionumériques. Un moteur pour l'activité en ligne », colloque Médias 09, Université Aix-Marseille, 13-14 déc. 2009, p. 11.

³³⁶ J.-CH. ROCHET, J. TIROLE, "Platform Competition in Two-Sided Markets", *Journal of the European Economic Association* 2003, vol. 1, n° 4, pp. 990-1029.

³³⁷ D. S. EVANS, "The Antitrust Economics of Multi-Sided Platform Markets", *Yale Journal on Regulation* 2003, vol. 20, n° 2, pp. 325-381.

87. Plateformes transactionnelles, attentionnelles et intermédiaires économiques - Des auteurs vont plus loin et proposent de distinguer les plateformes transactionnelles des plateformes attentionnelles³³⁸.

Une plateforme transactionnelle met en lien deux groupes d'utilisateurs sur un marché qui, ce faisant, vont mener des transactions à partir desquelles la plateforme va pouvoir se rémunérer. Dans ce modèle, les deux faces sont nécessaires au fonctionnement du service proposé par la plateforme³³⁹.

Au contraire, la plateforme attentionnelle fait coexister deux marchés : celui des utilisateurs et celui des annonceurs. Dans la mesure où il n'y a pas de relation entre les deux, il ne peut y avoir de tarification de la transaction. L'utilité du service pour les utilisateurs ne croît pas avec l'augmentation du nombre d'annonceurs³⁴⁰. Ces derniers ne sont qu'une source de financement, permettant de proposer un service gratuit pour les utilisateurs, mais ne sont pas indispensables à son fonctionnement³⁴¹.

Le terme plateforme peut enfin désigner, dans un sens très large, l'intermédiaire marchand du type distributeur³⁴² comme Deezer, Spotify ou Netflix qui acquiert les droits sur un catalogue dont l'accès est conditionné à un abonnement, ou revendeur comme Apple avec les applications de tiers. Beaucoup de plateformes fonctionnent en réalité en mode hybride. Le Bon Coin, par exemple, met bien en lien deux faces du marché dans le but d'une transaction mais se rémunère grâce à la publicité. Deezer, dans sa version gratuite, peut être considéré comme une plateforme attentionnelle en raison de la présence d'annonceurs et comme une plateforme de type distributeur lorsqu'elle passe en version payante.

Certains auteurs préfèrent d'ailleurs parler de « marchés » ou de « stratégies » multifaces dans la mesure où le caractère multiface d'un modèle d'affaires est avant tout affaire de degré³⁴³.

³³⁸ L. FILISTRUCCHI, "A SSNIP Test for Two-Sided Markets", NET Institute Working Paper, n° 08-34, 2008 ; L. FILISTRUCCHI *et al.*, *Mergers in Two-Sided Markets*, Report to the NMa, 2010 ; T. WU, *The Attention Merchants, The Epic Scramble to Get Inside Your Heads*, Vintage USA, 2017.

³³⁹ M. LAMBRECHT, « L'économie des plateformes collaboratives », *Courrier hebdomadaire du CRISP* 2016/26, n° 2311-2312, p. 9.

³⁴⁰ Pire, les utilisateurs n'ont pas envie de voir des publicités : L. FILISTRUCCHI, "A SSNIP Test for Two-Sided Markets", précit., p. 10.

³⁴¹ M. LAMBRECHT, « L'économie des plateformes collaboratives », art. précit., p. 9

³⁴² A. HAGIU, "Merchant or Two-Sided Platform ?", *Review of Network Economics* 2007, vol. 6, n° 2, p. 115-133.

³⁴³ D. S. EVANS, R. SCHMALENSEE, "The Industrial Organization of Markets with Two-Sided Platforms", *Competition Policy International* 2007, vol. 3, n° 1, p. 173 ; A. HAGIU, "Merchant or Two-Sided Platform ?", art. précit., p. 115 ; M. RYSMAN, "The Economics of Two-Sided Markets", *Journal of Economic Perspectives* 2009, vol. 23, n° 3, p. 126. La présence de plusieurs groupes d'utilisateurs permet en réalité de leur appliquer une tarification différenciée selon leur disposition à payer. Au cœur de cette stratégie tarifaire se trouve donc la question de la gratuité laquelle, comme le caractère multiface, témoigne d'un *continuum* entre les modèles d'affaires : G. DANG NGUYEN, TH. PÉNARD, « La gratuité à la croisée des nouveaux modèles d'affaires sur

88. La plateforme à la croisée du marché - Si l'on revient au paradigme économique classique selon lequel un marché organise la rencontre de l'offre et de la demande, la plateforme constitue en soi un marché.

Mais, dans la mesure où elle en est l'initiatrice, il est également possible de considérer qu'elle représente en elle-même une offre. Pierre-Jean Benghozi et Thomas Paris considèrent, à propos de la distribution, que le distributeur n'exerce pas tant une fonction informationnelle qu'une fonction d'ajustement entre l'offre et la demande en intervenant comme tierce partie pour « *assurer la mise en forme de l'offre ou prendre en charge une partie de la décision de consommation* »³⁴⁴. Appliquée à Internet, la prescription se traduit d'un point de vue structurel dans la mesure où elle s'organise dès lors autour de trois marchés : celui de la distribution où le prescripteur sélectionne des produits et services, les propose à l'internaute et se rémunère sur la transaction (distributeurs, site de réservation de voyages), celui du consulting où il délivre des conseils indépendants à l'internaute sans qu'il y ait transaction entre les deux (moteurs de recherche, sites d'information en ligne) et celui où le prescripteur promeut des produits ou des services tout en apportant des conseils au consommateur (moteurs de recherche et comparateurs de prix)³⁴⁵. L'on retrouve ici les trois catégories de plateformes identifiées précédemment – les plateformes transactionnelles, les plateformes attentionnelles et les plateformes de distribution – et un mélange des genres, informationnel et économique, dans leur activité prescriptive.

89. La recommandation algorithmique, au cœur des plateformes - Quel que soit le modèle d'affaires de la plateforme, la recommandation de nature algorithmique est essentielle à son fonctionnement³⁴⁶.

Dans le cas des modèles transactionnels, c'est elle qui va favoriser l'appariement de l'offre et de la demande en créant de la confiance entre les deux faces du marché. Il en va ainsi des évaluations agrégées qui vont pouvoir déterminer un internaute à passer une transaction³⁴⁷.

l'Internet », *Réseaux* 2004/2, n° 124, pp. 81-109.

³⁴⁴ V. *supra* n° 65.

³⁴⁵ P.-J. BENGHOZI, Th. PARIS, "The Economics and Business Models of Prescription in the Internet", in *Internet and Digital Economics. Principles, Methods and Applications*, E. Brousseau and N. Curien (Eds), Cambridge University Press, 2008, p. 305.

³⁴⁶ F. PAQUIENSÉGUY, « Le glissement de la prescription dans les plateformes de recommandation », *Études de communication* 2017, n° 49, p. 22.

³⁴⁷ En se fondant donc sur la réputation du bien, du service ou du fournisseur : J.-S. BEUSCART *et al.*, « La réputation et ses dispositifs : Introduction », *Terrains & travaux* 2015/1, n° 26, pp. 5-22.

ou justifier l'exclusion d'un offreur de la plateforme³⁴⁸. Le nombre d'avis qu'un bien ou un service reçoit est également crucial pour apprécier la crédibilité de la note globale³⁴⁹.

Le recours aux évaluations n'est cependant pas l'apanage de modèles d'affaires transactionnels pour qui ce type de participation obéit à une fonction confiance/gouvernance. Vivafilms, SensCritique ou Babelio par exemple, proposent aux internautes de noter et commenter des œuvres, non dans la perspective d'une transaction mais parce que ces utilisateurs représentent une audience monnayable auprès d'annonceurs³⁵⁰. Ces plateformes attentionnelles se fondent également sur les recommandations algorithmiques afin de maximiser le temps que leurs utilisateurs passent sur leurs sites ou applications. Plus l'algorithme est en capacité de proposer des contenus intéressant l'internaute, plus ce dernier va rester sur la plateforme pour les consulter, voire interagir avec d'autres utilisateurs, plus il va laisser des traces et plus les annonceurs seront motivés à investir de l'argent dans de la publicité ciblée.

Du côté des distributeurs, l'idée n'est pas de maximiser le temps passé par l'internaute sur leurs espaces pour faire venir les annonceurs mais de « *retenir* » l'utilisateur. Les recommandations ont pour fonction d'augmenter sa satisfaction afin de réduire les désabonnements³⁵¹, de lui faire consommer plus de contenus et, ce faisant, gonfler la rémunération des producteurs, convainquant les derniers réticents à intégrer le catalogue en question. La connaissance des goûts des utilisateurs est également à même de guider la politique d'acquisition de contenus, voire de leur production³⁵².

³⁴⁸ Sur un certain nombre de plateformes, la notation peut servir de base à une sanction de l'offreur qui recueillerait trop d'évaluations négatives. Dans ce cas, l'évaluation répond donc à une fonction de gouvernance : TH. BEAUVISAGE *et al.*, « Une démocratisation du marché ? Notes et avis de consommateurs sur le Web dans le secteur de la restauration », *Réseaux* 2014/1, n° 183, p. 189 et s. C'est ici la promesse de la démocratie-inclusion qui est écornée : tous les restaurants n'ont pas vocation à apparaître sur une plateforme de notation lorsque leurs évaluations sont en-deçà d'un certain niveau.

³⁴⁹ TH. BEAUVISAGE *et al.*, « Notes et avis des consommateurs sur le web : Les marchés à l'épreuve de l'évaluation profane », *Réseaux* 2013/1, n° 177, p. 137.

³⁵⁰ V. BEAUDOUIN, D. PASQUIER, « Organisation et hiérarchisation des mondes de la critique amateur cinéophile », *Réseaux*, 2014/1, n° 183, p. 128. Ainsi, les notes fournies par les internautes permettent d'établir des classements des films en même temps qu'elles permettent d'en savoir davantage sur les goûts culturels des internautes auteurs émetteurs des notes. Quant aux clics des utilisateurs sur les bandes-annonces ou les affiches, ils permettent aux professionnels du cinéma d'apprécier la curiosité de ces derniers à l'approche d'une sortie en salles (p. 131). V. également : F. PAQUIENSÉGUY, « Le glissement de la prescription dans les plateformes de recommandation », art. précit. ; N. DELEY, « L'indexation amateur des œuvres littéraires au service des algorithmes de recommandation sur Babelio », in *L'avis des autres. Prescription et recommandation culturelle à l'ère numérique*, dir. V. Croissant, Ed. des archives contemporaines, coll. « Ère numérique », 2018, p. 109.

³⁵¹ G. DELCROIX, « Les données et les algorithmes, nouvelles muses de la prescription culturelle ? », in *Prescription culturelle : avatars et médiamorphoses*, dir. B. Chapelain et S. Ducas, Presses de l'Enssib, coll. Papiers, 2018, §21, accessible en ligne : <https://books.openedition.org/pressesenssib/9429>.

³⁵² *Ibid.*

90. La nature transversale de la recommandation algorithmique - L'orientation algorithmique n'est ni verticale ni horizontale, elle est les deux à la fois. Elle est verticale en ce qu'elle est façonnée par une plateforme et horizontale en ce qu'elle est tributaire de l'activité des utilisateurs. Une double délégation est à l'œuvre : la plateforme délègue au système algorithmique l'émission de recommandations, lequel délègue aux utilisateurs le soin de l'alimenter. Il en résulte une déresponsabilisation de la plateforme³⁵³ voire une dépersonnalisation du mécanisme de recommandation qui n'émane plus de personne en particulier mais de tout le monde en général, « *un possible déport de ce pouvoir [de prescription des acteurs] vers des artefacts numériques* »³⁵⁴ qui constituent « *des formes de prescription euphémisée* »³⁵⁵, en créant « *des entrées, des modes de parcours possibles ou de recherche possible pour orienter les usagers dans les bases de données* »³⁵⁶.

91. Conclusion de chapitre - La typologie des recommandations selon leurs sources apparaît opportune non seulement parce qu'elle permet d'en dresser les portraits mais également parce qu'elle traduit l'évolution induite par le numérique. Les recommandations classiques de nature verticales et horizontales ont pour caractéristiques une subjectivité – par un jugement – assumée par leurs émetteurs et reconnue par leurs récepteurs qui la situe entre l'offre et la demande. Mais l'avènement numérique brouille ces deux critères : les recommandations algorithmiques mêlent objectivité et subjectivité, comportements et jugements, émetteurs et récepteurs, offre et demande.

³⁵³ O. DESEILLIGNY, « La recommandation sur le Web : entre héritages formels et logiques comptables », *Communication & langages* 2014/1, n° 179, p. 45.

³⁵⁴ Lesquels « *agissent sans pouvoir de contrainte directe, au sein de systèmes relationnels discrets suffisamment maîtrisés et interdépendants pour asseoir ou légitimer leur autorité, prescrire de façon diffuse et renforcer la conviction qu'ils prescrivent bien* » : F. DEBRUYNE, F. PIROLI, « Introduction », in dossier « Prescription et recommandation : agir et faire agir ? », dir. F. Debruyne et F. Pirolli, *Études de communication* 2017, n° 49, p. 10.

³⁵⁵ *Ibid.*

³⁵⁶ B. MICHEAU *et al.*, « La recommandation musicale entre inscriptions documentaires, pratiques sociales, et dispositifs d'écoute », *Études de communication* 2017, vol. 49, p. 35. La fonction éditoriale n'a donc pas disparu sur Internet mais ne « *s'avoue pas comme telle* » : I. RIEUSSET-LEMARIÉ, « La médiation éditoriale sur internet », *Communication & langages* 2001, vol. 130, p. 36.

Conclusion du titre 1

92. La mutation des recommandations opérée par le numérique - L'examen des classifications traditionnelles des recommandations a mis au jour leur inadaptation à l'environnement numérique.

Le critère décisionnel se fonde sur le périmètre d'intervention de l'émetteur de la recommandation et donc sur la part de liberté laissée à son destinataire. Si deux classifications ont été proposées par la doctrine – entre prescriptions de fait, techniques et de jugement puis entre injonctions, sélections et évaluations – le caractère multifactoriel de la prise de décision, surtout en ligne, remet en cause l'opportunité du critère.

Le critère relationnel a été étudié sous deux angles. Le premier, qui porte sur l'existence d'une relation personnelle entre l'émetteur et le destinataire de la recommandation, est inadapté aux espaces numériques puisqu'une recommandation numérique constitue bien souvent un dispositif de jugement personnel en même temps qu'impersonnel. Le second angle du critère relationnel, qui se fonde sur l'existence d'une relation commerciale ou non commerciale entre l'émetteur et le destinataire de la recommandation, achoppe également sur le mélange des genres se produisant en ligne. Il est en effet extrêmement difficile dans ce contexte de distinguer les recommandations marchandes des recommandations non marchandes.

93. La pertinence et la critique du critère organique des recommandations - Le critère de la source de la recommandation, plus adapté au numérique, est également le plus à même de mettre en lumière le changement de paradigmes à l'œuvre en ligne. Les recommandations éditoriales et sociales obéissent à une logique d'ajustement de l'offre et de la demande et de subjectivité assumée par leurs émetteurs et identifiée par leurs récepteurs.

A l'inverse, les recommandations algorithmiques fondées en grande partie sur les comportements des internautes (*tops* des ventes, articles les plus vus, commentaires les plus utiles) ne peuvent plus, dès lors, être revendiquées par un quelconque émetteur de même qu'être identifiées par leurs récepteurs. Cet effacement de l'énonciation est au cœur de la

stratégie économique d'acteurs qui se situent à la frontière entre l'offre et la demande dans la mesure où ces derniers ont pour mission de mettre en lien plusieurs groupes d'utilisateurs.

Titre 2. Les notions juridiques parentes de la recommandation

94. La recommandation, entre une notion fuyante et une notion instable - La recommandation entretient des relations ténues avec la notion d'information qui fait l'objet de nombreuses études en droit, en économie, en biologie. Victime de sa polysémie et de sa pluridisciplinarité, l'information est une notion malléable à laquelle il est possible de rattacher les définitions les plus diverses, tant et si bien qu'il apparaît difficile de la saisir de façon globale et uniforme et donc de la distinguer de la notion de recommandation. La même idée préside à l'étude de ses relations avec la publicité. Comme l'information, elle est omniprésente tant dans le langage commun que dans le langage juridique sans qu'une cohérence ne se dégage systématiquement, comme si sa signification relevait de l'évidence. Cette illisibilité est encore accentuée par les rapports étroits qu'elle-même entretient avec l'information.

De ce constat, il apparaît malaisé d'analyser la recommandation au regard de l'information et de la publicité puisqu'elle risquerait de devenir aussi liquide, c'est-à-dire difficile à saisir, que ces dernières. Dans le même temps, circonscrire l'information et la publicité pour les enfermer dans des définitions strictes, étanches l'une de l'autre mais également de la recommandation elle-même conduirait à nier leur richesse notionnelle. Cerner la notion de recommandation rend donc nécessaire l'étude de sa parenté avec la notion d'information (Chapitre 1) et celle de publicité (Chapitre 2).

Chapitre 1. La parenté entre l'information et la recommandation

95. L'information, une notion polémique - En droit, l'information apparaît comme une notion fuyante³⁵⁷, une notion générique sous laquelle « *l'opinion commune range des éléments aussi variés qu'une donnée brute, un savoir-faire, une invention, une innovation végétale, un secret industriel, une idée, une découverte, une création de forme, un événement d'actualité, une donnée à caractère personnel, etc.* »³⁵⁸.

Cette absence de définition de l'information, ou plutôt son absence d'uniformité en droit, notamment en doctrine, est résumée par un auteur qui met en exergue l'existence de quatre courants doctrinaux³⁵⁹ : la conception utilitariste qui ne s'attache pas à définir l'information de façon globale mais qui lui prête « *une définition qui dépende de son contenu et non de sa nature* »³⁶⁰ ; la conception pragmatique qui ne considère que « *l'information spécifiée, coulée dans une forme particulière à laquelle le droit positif confère ou est susceptible de conférer une qualification* »³⁶¹, comme « *secret, logiciel, savoir-faire, signe distinctif, topographie de semi-conducteur, donnée, invention, découverte, création abstraite en général* »³⁶² ; la conception sceptique qui relève l'absence de consensus sur la définition de l'information et l'éventuelle inopportunité de l'enfermer dans une acception uniforme³⁶³. La dernière conception est davantage économique, envisageant l'information sous l'angle de sa valeur ou sa fonction de réduction de l'incertitude au sein d'un marché³⁶⁴.

96. L'exclusion du débat relatif à l'appropriation de l'information - Il ne s'agit pas ici de répondre à la question de l'appropriabilité de l'information sous peine de déborder du cadre du sujet. Tout au plus est-il pertinent de pointer du doigt la variabilité de la définition de

³⁵⁷ M. VIVANT, « La privatisation de l'information par la propriété intellectuelle », *RIDE* 2006/4, t. XX, 4 p. 363, n° 2.

³⁵⁸ J. PASSA, « La propriété de l'information : un malentendu ? », *Dr. et patr.* 2001, n° 91, p. 64.

³⁵⁹ J.-CH. GALLOUX, « Ébauche d'une définition juridique de l'information », *D.* 1994, p. 229, n° 8 et s.

³⁶⁰ *Ibid.*, n° 9.

³⁶¹ *Ibid.*, n° 10.

³⁶² *Ibid.*

³⁶³ *Ibid.*, n° 11.

³⁶⁴ *Ibid.*, n° 12.

l'information et son impact sur la réponse à apporter³⁶⁵ dans la mesure où le débat contamine en quelque sorte la notion elle-même.

Envisagée comme une valeur pour les uns, elle est éligible à la qualification de bien et donc susceptible de faire l'objet d'un droit de propriété autorisant son détenteur à exclure autrui dans certaines limites. D'autres objectent que les mécanismes utilisés pour protéger l'information, produisent certes des effets propriétaires, mais ne sont pas assimilables à une véritable propriété en raison de la nature particulière de l'information. Immatérielle, elle a pour vocation de circuler ; ubiquitaire, elle est un objet non rival rendant toute tentative d'exclusion, au mieux, stérile, au pire, contraire à la liberté de circulation qui lui est consubstantielle.

97. L'information, une notion polysémique - L'information comporte de nombreuses acceptions usuelles. Elle peut s'entendre de l'« *action d'informer ou de s'informer* », au « *renseignement qu'on donne ou qu'on obtient* », de l'« *ensemble de données, de connaissances réunies sur un sujet* »³⁶⁶.

Dans le domaine journalistique ou médiatique, l'information désigne « *l'action de porter des nouvelles à la connaissance du public, de faire part des événements, des faits marquants de l'actualité* », le « *fait* » ou « *l'événement dont font état une agence ou un organe de presse, la radio, la télévision* »³⁶⁷.

³⁶⁵ Pour une liste non exhaustive des ressources traitant de ce sujet : M. BIGOT-DESTREGUIL, *Le bien-information*, th. Paris I, 2017 ; M. BUYDENS, « Remèdes à la privatisation de l'information par la propriété industrielle : le domaine technique », *RIDE* 2006/4, t. XX, 4, pp. 433-474 ; P. CATALA, *Le droit à l'épreuve du numérique. Jus ex Machina*, PUF, coll. Droit, Éthique, Société, 1998 ; J.-P. CHAMOIX (dir.), *L'appropriation de l'information*, Librairies techniques, 1986 ; E. DARAGON, « Étude sur le statut juridique de l'information », *D.* 1998, p. 63 ; F. DUBUISSON, *Existe-t-il un principe général d'appropriation de l'information ?*, th. Université Libre de Bruxelles, 2005 ; J.-CH. GALLOUX, « Ébauche d'une définition juridique de l'information », *D.* 1994, p. 229 ; CH. GEIGER, « La privatisation de l'information par la propriété intellectuelle », *RIDE* 2006/4, t. XX, 4, pp. 389-432 ; D. GUTMANN, « Du matériel à l'immatériel dans le droit des biens. Les ressources du langage juridique », in *Le droit et l'immatériel*, *APD*, t. 43, 1999, pp. 65-78 ; O. HANCE, « La notion de l'information en droit. Cadre conceptuel et application au droit communautaire », *Informatica e diritto, XXXVIII Annata* 2012, vol. XXI, n° 1, pp. 7-78 ; S. JOUVE, « Le Code de la propriété intellectuelle comme fondement de l'appropriation de l'information par l'entreprise de communication ? », *Légicom* 2013, p. 9 ; J. LARRIEU, « Les frontières de la propriété : les idées », in *Qu'en est-il de la propriété ? L'appropriation en débat*, dir. D. Tomasin, Presses de l'Université Toulouse 1 Capitole, LGDJ-Lextenso Éditions, 2006, pp. 129-145 ; PH. LE TOURNEAU, « Folles idées sur les idées », *CCE* 2001, chron. 4 ; E. MACKAAY, « La possession paisible des idées : toute information doit-elle faire l'objet d'un droit de propriété ? », *Rev. DIT* 1986/2, p. 75 ; N. MALLET-POUJOL, « Appropriation de l'information : l'éternelle chimère », *D.* 1997, p. 330 ; J. PASSA, « La propriété de l'information : un malentendu ? », *Dr. et patr.* 2001, n° 91, pp. 64-72 ; M. VIVANT, « Savoir et avoir », in *La mondialisation entre illusion et utopie*, *APD*, t. 47, 2003, pp. 333-353 ; M. VIVANT, « La privatisation de l'information par la propriété intellectuelle », *RIDE* 2006/4, t. XX, 4 pp. 361-388 ; M. XIFARAS, *La propriété. Etude de philosophie du droit*, PUF, coll. Fondements de la politique, 2004 ; F. ZENATI, « L'immatériel et les choses », in *Le droit et l'immatériel*, *APD*, t. 43, 1999, pp. 79-95.

³⁶⁶ V^o Information, 1^o, *Dictionnaire de l'Académie Française*, 9^{ème} éd., accessible en ligne : <https://www.dictionnaire-academie.fr/article/A9I1218>.

³⁶⁷ *Ibid.*, 2^o.

L'information est également une notion scientifique qui renvoie en informatique à un « *élément de connaissance traduit par un ensemble de signaux selon un code déterminé, en vue d'être conservé, traité ou communiqué* »³⁶⁸ et en biologie à l'« *ensemble des messages qui sont portés par les gènes et fournissent à un organisme vivant les règles de sa structure, de son développement et de son action* »³⁶⁹.

Enfin, l'information est également un terme judiciaire puisqu'elle est l'« *enquête menée par le juge d'instruction ou par des officiers de police judiciaire en vue d'établir la preuve d'une infraction et d'en découvrir les auteurs* »³⁷⁰.

98. Pour une approche étymologique de l'information - Pierre Catala écrivait que « *l'on devrait opposer la permanence de l'étymologie à la versatilité de la sémantique* »³⁷¹. Or, l'étymologie de l'information est elle-même diverse.

Du latin *informare*, l'information signifie d'abord ce qui est mis en forme. Le substantif information assimilée à la forme ne serait que la conséquence d'un glissement sémantique et ce faisant, existentialiste : de l'action de mettre en forme on en vient à la forme elle-même.

Ce serait taire une autre origine de l'information qui provient tout autant du latin *informatio* signifiant « *le dessin, l'esquisse* », autrement dit le résultat d'un façonnage. De cette double origine latine³⁷², il ressort que l'information peut être abordée sous deux aspects qui ne situent pas sur le même plan, le même mot renvoyant tantôt à l'action, tantôt au résultat de cette action.

99. Conséquence : la dialectique duale appliquée à l'information et à la recommandation - Envisagée comme une action ou comme le résultat d'une action, la dialectique duale applicable à l'information est parfaitement transposable à la notion de recommandation qui peut être le résultat de l'action de recommander et l'action de recommander elle-même. Envisager les liens entre information et recommandation impose de prendre en compte leur propre dualité et de les envisager sous leur aspect statique (Section 1) et dynamique (Section 2).

³⁶⁸ *Ibid.*, 3°.

³⁶⁹ *Ibid.*

³⁷⁰ *Ibid.*, 1°.

³⁷¹ P. CATALA, « L'immatériel et la propriété », in *Le droit et l'immatériel*, APD, t. 43, 1999, p. 61.

³⁷² R. CAPURRO, B. HJORLAND, "The Concept of Information", *Annual Review of Information Science and Technology*, 2003, vol. 37, n° 1, p. 343 ; E. DARAGON, « Étude sur le statut juridique de l'information », *D.* 1998, p. 63, n° 5.

Section 1. L'approche statique : l'information et la recommandation comme objets

100. L'information, objet générique incluant la recommandation - L'approche statique conduit à traiter l'information et la recommandation comme les résultats d'une action, c'est-à-dire comme des objets. L'analyse de l'information sous cet angle conduit à la considérer comme un objet composite (§1) dont le caractère générique tend à englober la recommandation (§2).

§1. L'information, objet composite

101. Le rejet de la dialectique contenu/contenant - L'information est parfois décrite à l'aide de la dialectique contenu/contenant³⁷³ qui doit néanmoins être rejetée en raison de l'ambiguïté du terme de « *contenu* » en droit du numérique. Notion technique et économique, le contenu numérique est ce qui transite sur la « *couche haute* » d'internet – *blogs*, réseaux, sociaux, sites institutionnels, plateformes, en bref les fournisseurs de contenus³⁷⁴ – par opposition à la « *couche basse* », celle « *des infrastructures assurant l'acheminement des signaux électroniques* »³⁷⁵ rassemblant les acteurs opérant sur les « *tuyaux* », comme les fournisseurs d'accès à Internet. Lorsqu'il est défini³⁷⁶, le contenu désigne « *des données produites et fournies sous forme numérique* »³⁷⁷ pouvant inclure « *les programmes informatiques, les applications, les jeux, la musique, les vidéos ou les textes* »³⁷⁸, ou « *de la musique, des jeux, des films, des émissions de divertissement ou des manifestations sportives* »³⁷⁹. Dès lors, et en dépit de son sens originel, le contenu dans l'univers numérique fait davantage référence à un « *contenant* », une sorte d'« *enveloppe* » apte à circuler au sein du

³⁷³ M. BIGOT-DESTREGUIL, *Le bien-information*, th. Université Paris I, 2017, p. 29 et s.

³⁷⁴ Sur le terme « fournisseur de contenu », v. *infra* n° 428.

³⁷⁵ V.-L. BENABOU (prés.), *Droit de la propriété littéraire et artistique, données et contenus numériques*, rapp. présenté au CSPLA, sept. 2018, p. 31.

³⁷⁶ Bien qu'au cœur de certains textes, le contenu ne fait parfois l'objet d'aucune définition. V. par ex. : règl. (UE) 2015/2120 du PE et du Conseil du 25 novembre 2015 établissant des mesures relatives à l'accès à un internet ouvert, *JOUE* L 310/1, 26 nov. 2015 ; L. n° 2016-1321 du 7 octobre 2016 pour une République numérique ; Règl. (UE) 2022/2065 du PE et du Conseil du 19 octobre 2022 relatif à un marché unique des services numériques et modifiant la directive 2000/31/CE (règlement sur les services numériques), *JOUE* L 277/1, 27 oct. 2022. Sur la notion de contenu, v. n° Erreur : source de la référence non trouvée et s.

³⁷⁷ Dir. 2019/770/UE du PE et du Conseil du 20 mai 2019 relative à certains aspects concernant les contrats de fourniture de contenus numériques et de services numériques, *JOUE* L 136/1, 22 mai 2019, art. 2 (1).

³⁷⁸ Dir. 2011/83/UE du PE et du Conseil du 25 octobre 2011 relative aux droits des consommateurs, modifiant la directive 93/13/CEE du Conseil et la directive 1999/44/CE du PE et du Conseil et abrogeant la directive 85/577/CEE du Conseil et la directive 97/7/CE du PE et du Conseil, *JOUE* L 304/64, 22 nov. 2011, consid. 19.

³⁷⁹ Règl. (UE) 2017/1128 du PE et du Conseil du 14 juin 2017 relatif à la portabilité transfrontalière des services de contenu en ligne dans le marché intérieur, *JOUE* L 168/1, 30 juin 2017, consid. 1.

réseau³⁸⁰ de sorte que l'utilisation de la dialectique contenu/contenant pour traiter l'information et la recommandation serait source de confusion.

102. La composition de l'objet information - L'ambiguïté du terme contenu disqualifie la dialectique contenu/contenant au profit de celle de la forme et de la substance, plus neutre, bien que cela ne soit pas un facteur de simplification de l'analyse. En apparence duale (A), l'information s'avère être en réalité un objet unique (B), à la fois substantiel et formel.

A. La dualité apparente de l'information

103. L'ambiguïté textuelle et jurisprudentielle - Le législateur ne s'est jamais prononcé sur la nature formelle ou substantielle de l'information. Un certain nombre de textes envisagent les qualités qu'elle doit revêtir pour tomber sous le coup de la loi, à l'instar de l'information privilégiée³⁸¹ et de la nouvelle ou l'information fausse³⁸². Pour autant, l'information en elle-même n'est jamais définie sauf en matière informatique qui en fait un « *élément de connaissance susceptible d'être représenté à l'aide de conventions pour être conservé, traité ou communiqué* »³⁸³, définition *a priori* substantielle mais circonscrite à un domaine particulier. En droit civil, c'est la valeur, au sens économique, de l'information qui fonde l'action en parasitisme lorsque celle-ci est reprise par un tiers³⁸⁴. En droit pénal, la reconnaissance du « *vol d'information* » n'est pas acquise, certaines décisions s'attachant encore à la soustraction du support de l'information, d'autres demeurant ambiguës sur cette question³⁸⁵. Par conséquent, il semble que l'information soit davantage appréhendée, plus que

³⁸⁰ V.-L. BENABOU, « Entrée par effraction d'une notion juridique nouvelle et polymorphe : le contenu numérique », *Dalloz IP/IT* 2017, p. 7.

³⁸¹ En droit financier, l'information privilégiée est au cœur du délit et du manquement d'initié (C. mon. fin., art. L. 465-1). Sa définition est posée dans l'art. 7 (1) du règl.(UE) 596/2014 du PE et du Conseil du 16 avril 2014 sur les abus de marché (*JOUE* L 173/1, 12 juin 2014) qui dispose qu'elle est « *une information à caractère précis qui n'a pas été rendue publique, qui concerne, directement ou indirectement, un ou plusieurs émetteurs, ou un ou plusieurs instruments financiers, et qui, si elle était rendue publique, serait susceptible d'influencer de façon sensible le cours des instruments financiers concernés ou le cours d'instruments financiers dérivés qui leur sont liés* ».

³⁸² Not. : L. du 29 juill. 1881 sur la liberté de la presse, art. 27 ; C. élect., art. 97 ; L. n° 86-1067 du 30 sept. 1986 relative à la liberté de communication, art. 17-2 ; L. n° 2018-1202 du 22 déc. 2018 relative à la lutte contre la manipulation de l'information, *JORF* n° 0297, 23 déc. 2018, art. 11.

³⁸³ Arrêté du 22 déc. 1981 portant enrichissement du vocabulaire de l'informatique, *JORF* du 17 janv. 1982, N.C., p. 625. V. également : arrêté du 3 oct. 1984 portant enrichissement du vocabulaire télécommunications, *JORF* du 10 nov. 1984, N. C., p. 10263 : « *renseignement ou élément de connaissance susceptible d'être représenté sous une forme adaptée à une communication, un enregistrement ou un traitement* ».

³⁸⁴ V. sur cette question : PH. LE TOURNEAU, « Folles idées sur les idées », *CCE* 2001, chron. 4, n° 34 et s.

³⁸⁵ L'article 311-1 du code pénal dispose que « *le vol est la soustraction de la chose d'autrui* ». Immatérielle, ubiquitaire, l'information s'accorde mal de son éventuelle soustraction. V. not. : J. DEVÈZE, « Le vol de "biens

définie, au mieux sous l'angle d'une substance, au pire sous l'angle d'une qualité ou d'une valeur qu'elle revêt ou qu'elle devrait revêtir.

104. L'information, alternativement forme et substance pour la doctrine - Pour une grande partie de la doctrine, l'information relève de la substance, c'est-à-dire « *du fond ou de l'idéal* »³⁸⁶ et constitue « *quelque chose de primaire* »³⁸⁷, une « *matière première immatérielle* » décrite au sens large « *par d'autres termes tels qu'idée, concept, renseignement, donnée, fait* »³⁸⁸.

Mais certains termes approchant pèchent également par leur ambiguïté. Ainsi, l'information peut être vue comme « *une donnée – ou ensemble de données – mise en forme, transmise et interprétée par un récepteur* »³⁸⁹, ce qui fait de la donnée la substance de l'information mais ne doit néanmoins pas faire oublier que la donnée est aussi en matière informatique « *la représentation d'une information sous une forme conventionnelle* »³⁹⁰, voire son véhicule³⁹¹.

informatiques" », *JCP E* 1986, I, 14712. *Contra* : M.-P. LUCAS DE LEYSSAC, « Une information seule est-elle susceptible de vol ou d'une autre atteinte aux biens ? », *D.* 1985, p. 43. La soustraction frauduleuse du support de l'information a été retenue en cas de photocopies de documents le temps de leur reproduction (Cass. crim., 8 janv. 1979, n° 77-93.038, *Logabax* : *D.* 1979, p. 509, note P. Corlay ; *ibid.*, p. 182, obs. G. Roujou de Boubée). Dans l'arrêt *Bourquin*, les juges rejettent le pourvoi formé contre l'arrêt de la Cour d'appel lequel avait qualifié de vol la soustraction frauduleuse de disquettes par des salariés et du contenu informationnel « *durant le temps nécessaire à la reproduction d'informations* » ce qui n'est pas sans évoquer le vol de support (Cass. crim., 12 janv. 1989, n° 87-82.265, *Bourquin*, Bull. crim. n° 14 : *RSC* 1990, p. 347, obs. P. Bouzat ; *ibid.*, p. 507 note M.-P. Lucas de Leyssac ; *Rev. DIT* 1989/3, p. 34, note J. Devèze ; *JCP E* 1990, II, 15761, obs. A. Lucas et M. Vivant). Quelques mois plus tard, la Cour de cassation entretient le doute sur cette question (Cass. crim., 1er mars 1989, n° 88-82.815, *Antonielli*, Bull. crim. n° 100 : *D.* 1990, p. 330, obs. J. Huet ; *JCP E* 1990, II, 15761, obs. A. Lucas et M. Vivant). Un arrêt de 2015 semble consacrer le vol de contenu informationnel à propos du téléchargement de données par un internaute qui avait eu accès fortuitement au système extranet de l'ANSES mais sa portée est réduite depuis que le législateur a élargi le champ matériel du délit d'atteinte au système de traitement automatisé de données (Cass. crim. 20 mai 2015, n° 14-81.336 : *D.* 2015, p. 1466, note L. Saenko ; *Gaz. Pal.* 2015, n° 169, p. 8, note S. Detraz ; *JCP G* 2015, 887, note G. Beaussonie ; *CCE* 2015, comm. 74, obs. A. Caprioli ; *Dr. pénal* 2015, comm. 123, obs. Ph. Conte ; *AJ pénal* 2015, p. 413, obs. E. Dreyer ; *Prop. intell.* 2016, n° 58, p. 97, obs. M. Vivant).

³⁸⁶ M. BUYDENS, « Remèdes à la privatisation de l'information par la propriété industrielle : le domaine technique », *RIDE* 2006/4, t. XX, 4, p. 435.

³⁸⁷ P. LECLERCQ, « Essai sur le statut juridique des informations », in *Les flux transfrontaliers de données : vers une économie internationale de l'information*, dir. A. Madec, La Documentation Française, 1982, p. 122.

³⁸⁸ S. JOUVE, « Le Code de la propriété intellectuelle comme fondement de l'appropriation de l'information par l'entreprise de communication ? », *Légicom* 2013, p. 9.

³⁸⁹ M. BIGOT-DESTREGUIL, *Le bien-information*, th. précit., p. 67, n° 100.

³⁹⁰ V° Donnée, 4°, *Dictionnaire de l'Académie Française*, 9^{ème} éd., accessible en ligne : <https://www.dictionnaire-academie.fr/article/A9D3040>. Cette définition rejoint celles données par le législateur, v. *supra* n° 103.

³⁹¹ O. HANCE, « La notion de l'information en droit. Cadre conceptuel et application au droit communautaire », *Informatica e diritto*, XXXVIII Annata 2012, vol. XXI, n° 1, p. 36.

Le recours au vocable « *idée* » est également source de confusion puisque le terme peut être assimilé à de la substance³⁹², à la pensée³⁹³, voire à la donnée en matière numérique³⁹⁴. L'idée n'est d'ailleurs pas dépourvue de forme³⁹⁵ si on la considère comme « *un agencement singulier, déterminé et stable, purement idéal, qui prend naissance dans l'intériorité de l'esprit* »³⁹⁶.

De même, la connaissance peut correspondre à « *l'exercice d'une faculté* »³⁹⁷, un « *état résultant du fait d'avoir été informé* »³⁹⁸, être appréhendée comme du fond³⁹⁹ ou comme une valeur ce qui n'est pas à proprement parler de la substance mais une qualité qu'un récepteur attribue à l'information⁴⁰⁰.

Cette ambiguïté de l'information et de ses synonymes se retrouve dans le terme « *message* » très présent en doctrine. Pour les uns, le message serait la substance de l'information⁴⁰¹ tandis que pour les autres, elle en partagerait le caractère formel⁴⁰².

105. La relativité de la distinction entre la forme et la substance - L'information est donc prise entre deux acceptions : l'une conforme à son étymologie qui en fait un objet formel ; l'autre conforme à son sens usuel qui la voit comme un objet substantiel. Les termes voisins de l'information sont eux-mêmes ambigus en ce qu'ils renvoient eux-mêmes alternativement à de la forme ou à du fond. La définition de l'information selon la distinction entre forme et substance est donc tributaire d'un vocabulaire arbitraire.

Mais, à ce stade, il ne s'agit pas d'une véritable limite à sa définition dans le sens où il suffit de s'accorder sur les termes pour que l'information apparaisse soit comme de la forme

³⁹² S. BECQUET, *Le bien industriel*, préf. Th. Revet, LGDJ, Bibl. dr. privé, t. 448, 2005, p. 52, n° 22. L'idée serait donc « *une information en devenir* ».

³⁹³ M. BIGOT-DESTREGUIL, *Le bien-information*, th. précit., p. 52, n° 77 et s.

³⁹⁴ A. BENSAMOUN, « Création et données : différence de notions = différence de régime ? », *Dalloz IP/IT* 2018, p. 85.

³⁹⁵ PH. GAUDRAT, « Réflexion sur la forme des œuvres de l'esprit », in *Propriétés intellectuelles. Mélanges en l'honneur d'André Françon*, Dalloz, 1995, p. 213. V. également *infra* n° 107 et s.

³⁹⁶ M. XIFARAS, *La propriété. Étude de philosophie du droit*, PUF, coll. Fondements de la politique, 2004, p. 361.

³⁹⁷ V° Connaissance, 1°, *Dictionnaire de l'Académie Française*, 9^{ème} éd., accessible en ligne : <https://www.dictionnaire-academie.fr/article/A9C3633>.

³⁹⁸ F. MACHLUP, *The production and distribution of knowledge in the United States*, Princeton University Press, 1962, p. 8 ; A. MAYÈRE, *Pour une économie de l'information*, CNRS Editions, coll. Hors collection, 1990, p. 58.

³⁹⁹ M. BIGOT-DESTREGUIL, *Le bien-information*, th. précit., p. 52, n° 76.

⁴⁰⁰ V. *infra* n° 122.

⁴⁰¹ M. VIVANT, « La privatisation de l'information par la propriété intellectuelle », *RIDE* 2006/4, t. XX, 4 p. 364 ; CH. GEIGER, « La privatisation de l'information par la propriété intellectuelle », *RIDE* 2006/4, t. XX, 4 p. 395 ; P. CATALA, « Ébauche d'une théorie juridique de l'information », in *Le droit à l'épreuve du numérique. Jus ex Machina*, PUF, coll. Droit, Éthique, Société, 1998, p. 228, n° 5.

⁴⁰² M. BIGOT-DESTREGUIL, *Le bien-information*, th. précit., p. 32, n° 42. V. également : N. BINCTIN, « Le statut juridique des informations non appropriées », *Légipresse* 2013, p. 82 : « *le passage de la donnée à l'information s'effectue par la formalisation qui la rend communicable, passage du fait brut au message* ».

soit comme du fond. En réalité, la véritable limite réside dans l'alternative posée par la distinction. À en croire une partie de la doctrine, l'information est soit du fond, soit de la forme. Or, il apparaît que le fond et la forme sont tellement entrelacés, imbriqués, enchevêtrés que l'information ne peut être l'une ou l'autre, elle est à la fois l'une et l'autre.

B. L'unicité patente de l'information

106. La complémentarité de la forme et de la substance - Dire que l'information relève du fond ou qu'elle relève de la forme n'est pas intrinsèquement faux pour autant que l'on démontre qu'il est des hypothèses dans lesquelles le fond et la forme sont tellement imbriqués qu'ils ne forment qu'un. Le droit – en particulier le droit d'auteur – et la sémiotique en donnent des illustrations.

107. L'analogie avec le droit d'auteur : œuvre, forme et idée - Le principe de l'exclusion des idées, émis par Pouillet⁴⁰³ puis théorisé par Desbois⁴⁰⁴, est une prémisse non écrite de la propriété littéraire et artistique⁴⁰⁵. Le droit d'auteur ne protège en effet que les œuvres de l'esprit originales, nécessitant de réunir deux conditions : l'existence d'une œuvre, c'est-à-dire d'une création qui résulte d'une intervention humaine et qui passe par la réalisation d'une forme, et l'originalité de cette œuvre⁴⁰⁶. Le siège de l'exclusion des idées de la protection conférée par le droit d'auteur se situe potentiellement au sein de ces deux conditions.

S'agissant de la première, c'est l'absence de forme de l'idée qui l'exclut de l'objet du droit d'auteur. Si l'idée n'est pas protégeable, c'est parce qu'elle ne se concrétise pas dans une

⁴⁰³ E. POUILLET, *Traité théorique et pratique de la propriété littéraire et artistique et du droit de représentation*, LGDJ, 8^e éd., 1908, p. 45 : « la pensée elle-même échappe à toute appropriation, elle reste dans le domaine inviolable des idées, dont le privilège est d'être éternellement libre ».

⁴⁰⁴ H. DESBOIS, *Le droit d'auteur en France*, Dalloz, 3^{ème} éd., 1978, p. 22 : « même marquées au coin du génie, les idées sont par essence et par destination de libre parcours ».

⁴⁰⁵ Elle s'inférerait de deux articles : « L'auteur d'une œuvre de l'esprit jouit sur cette œuvre, du seul fait de sa création ... » (CPI, art. L. 111-1) et « Les dispositions du présent code protègent les droits des auteurs sur toutes les œuvres de l'esprit, quels qu'en soient [...] la forme d'expression ... » (CPI, art. L. 112-1).

⁴⁰⁶ La conception subjective et classique de l'originalité s'attache à « l'empreinte de la personnalité de l'auteur » tandis que sa conception objective fait référence à la nouveauté. Mais la doctrine dans son ensemble n'y voit en réalité aucune contradiction : N. BINCTIN, *Droit de la propriété intellectuelle*, LGDJ, 8^{ème} éd., 2024, p. 84, n° 59 ; M. VIVANT, J.-M. BRUGUIÈRE, *Droit d'auteur et droits voisins*, Dalloz, coll. Précis, 5^{ème} éd., 2024, p. 351, n° 283 ; P.-Y. GAUTIER, *Propriété littéraire et artistique*, PUF, coll. Droit fondamental, 11^{ème} éd., 2019, p. 51, n° 35 ; CH. CARON, *Droit d'auteur et droits voisins*, LexisNexis, 6^{ème} éd., 2020, p. 86 et s.

forme, elle reste confinée dans l'intellect de l'individu⁴⁰⁷. Ce n'est que lorsqu'elle se matérialise dans une forme qu'elle peut prétendre à la protection⁴⁰⁸.

S'agissant de la seconde condition, l'originalité, il est parfois argué que l'idée étant de libre parcours, elle ne pourrait donc être originale, et ce même si elle était formalisée⁴⁰⁹.

Au-delà des conditions d'éligibilité à la protection au titre du droit d'auteur, l'exclusion des idées se justifie par la sauvegarde d'un fonds commun, dans lequel les auteurs doivent pouvoir puiser leur inspiration⁴¹⁰, et la préservation de la liberté de création puisque la protection des idées créerait une « *réserve excessive, laquelle aurait nécessairement pour conséquence d'aboutir à un assèchement de la création* »⁴¹¹. En ce sens, l'exclusion des idées serait une conséquence de la liberté d'expression⁴¹² ou encore de la liberté du commerce et de l'industrie⁴¹³.

108. Les difficultés de mise en œuvre de la distinction forme/idée - En pratique néanmoins, l'exclusion des idées s'apparente davantage à un dogme⁴¹⁴ qu'à une réalité objective, car la distinction entre l'idée non protégeable et la création de forme originale, donc protégée, est extrêmement délicate⁴¹⁵. Mikhaïl Xifaras observe à juste titre que « *l'appropriation juridique suppose une extériorité qui ne commence qu'avec la publication de l'idée, l'association de la forme intelligible avec une forme sensible dans l'œuvre comprise comme expression d'une idée* »⁴¹⁶. En somme, l'exclusion des idées relève du souhaitable,

⁴⁰⁷ CH. CARON, *Droit d'auteur et droits voisins*, op. cit., p. 80, n° 73 ; A. BENSAMOUN, J. GROFFE, « Objet du droit d'auteur – Œuvres protégées – Notion d'œuvre (CPI, art. L. 111-1, L. 112-1 et L. 112-2) », *J.-Cl. Propriété littéraire et artistique*, fasc. 1134, 2025, §49 ; P.-Y. GAUTIER, *Propriété littéraire et artistique*, op. cit., p. 53, n° 38.

⁴⁰⁸ CH. CARON, *Droit d'auteur et droits voisins*, op. cit., p. 80, n° 73. Pour l'auteur, ce serait donc une erreur de parler dans cas « d'idée » car, formalisée, elle est sortie de la tête de son auteur.

⁴⁰⁹ Elle serait de toute façon « banale » : P.-Y. GAUTIER, *Propriété littéraire et artistique*, op. cit., p. 56, n° 40. Pour Philippe Gaudrat, « *l'idée peut être nouvelle – quand personne n'y a jamais pensé auparavant – mais elle ne peut jamais être originale* » : PH. GAUDRAT, « De l'enfer de l'addiction au paradis des toilettes : tribulations judiciaires au purgatoire du droit d'auteur », *RIDA* 2009, n° 220, p. 115.

⁴¹⁰ M. VIVANT, J.-M. BRUGUIÈRE, *Droit d'auteur et droits voisins*, op. cit., p. 214.

⁴¹¹ A. BENSAMOUN, J. GROFFE, « Objet du droit d'auteur – Œuvres protégées – Notion d'œuvre (CPI, art. L. 111-1, L. 112-1 et L. 112-2) », précit., §50.

⁴¹² A. LUCAS et al., *Traité de la propriété littéraire et artistique*, LexisNexis, 5^{ème} éd., 2017, p. 40.

⁴¹³ M. VIVANT, J.-M. BRUGUIÈRE, *Droit d'auteur et droits voisins*, op. cit., p. 214 ; CH. CARON, *Droit d'auteur et droits voisins*, op. cit., p. 75, n° 69.

⁴¹⁴ A. BENSAMOUN, « Création et données : différence de notions = différence de régime ? », *Dalloz IP/IT* 2018, p. 85.

⁴¹⁵ PH. LE TOURNEAU, « Folles idées sur les idées », *CCE*, 2001, n° 2, n° 7.

⁴¹⁶ M. XIFARAS, *La propriété. Étude de philosophie du droit*, PUF, coll. Fondements de la politique, PUF, 2004, p. 364.

moins du faisable puisque l'idée extériorisée, coulée dans une forme, fait corps avec cette dernière dans une sorte de *continuum*⁴¹⁷, voire l'efface comme en matière d'art contemporain⁴¹⁸.

109. L'affaire Christo ou la contradiction apparente de la jurisprudence sur la distinction forme/idée - L'affaire *Christo* a donné lieu à deux décisions contradictoires, du moins en apparence. La première fait suite à la commercialisation de cartes postales reproduisant le Pont-Neuf empaqueté. La Cour d'appel de Paris, saisie par l'éditeur des cartes postales, a considéré dans un arrêt du 13 mars 1986, que « *l'idée de mettre en relief la pureté des lignes du Pont-Neuf et de ses lampadaires au moyen d'une toile soyeuse tissée en polyamide, couleur de pierre de l'Île-de-France, ornée de cordage en propylène de façon que soit mise en évidence, spécialement vu de loin, de jour comme de nuit, le relief lié à la pureté des lignes de ce pont constitue une œuvre originale susceptible de bénéficier à ce titre de la protection légale* »⁴¹⁹.

Dans la seconde décision, était en cause une campagne publicitaire mettant en scène des arbres empaquetés à la manière du Pont-Neuf emballé par Christo. Le Tribunal de grande instance de Paris a estimé, dans son jugement du 26 mai 1987, que la qualification d'œuvre originale pouvait être reconnue à « *des créations d'objets déterminés, individualisés et parfaitement identifiables, et non pas un genre ou une famille de formes qui ne présentent entre elles des caractères communs que parce qu'elles correspondent toutes à un style ou à un procédé découlant d'une idée* »⁴²⁰.

L'idée, omniprésente dans les deux décisions, n'est donc pas envisagée au même stade. L'idée, concrétisée, matérialisée peut être protégeable par le droit d'auteur, car elle fait dans ce cas corps avec la forme, au contraire de l'idée non matérialisée qui appartient à tous ou à personne⁴²¹. La forme est donc ici, de manière assez classique, le pivot de la protection par le droit d'auteur.

⁴¹⁷ Sur le terrain de la forme, Pierre-Yves Gautier considère que c'est la précision de la forme qui distingue l'idée de l'œuvre : P.-Y. GAUTIER, *Propriété littéraire et artistique*, op. cit., p. 58, n° 42. Pour Christophe Caron, l'idée appartient au domaine de l'intellect. Ce n'est que lorsqu'elle est formalisée qu'elle peut prétendre à la protection mais, dans ce cas, il ne s'agit plus d'une idée à proprement parler : CH. CARON, *Droit d'auteur et droits voisins*, op. cit., p. 80.

⁴¹⁸ B. EDELMAN, « La création dans l'art contemporain », *D.* 2009, p. 38 ; J. LARRIEU, « Les frontières de la propriété : les idées », in *Qu'en est-il de la propriété ? L'appropriation en débat*, dir. D. Tomasin, Presses de l'Université Toulouse 1 Capitole, LGDJ-Lextenso Editions, 2006, §29.

⁴¹⁹ CA Paris, 14^{ème} ch. B, 13 mars 1986, *Sygma c/ Christo* : *D.* 1987, somm. p. 150, obs. C. Colombet ; *Gaz. Pal.* 1986, 1, doct. 277, note Ph. Bertin.

⁴²⁰ TGI Paris, 10^{ème} ch. corr., 26 mai 1987 : *D.* 1988, somm. p. 201, obs. C. Colombet.

⁴²¹ B. EDELMAN, « Un arrêt énigmatique », note sous Cass. civ. 1^{ère}, 13 nov. 2008, *D.* 2009, p. 263, n° 6.

110. L'affaire *Paradis* ou l'admission de l'idée inscrite dans la forme ? - La seconde affaire illustrant le rapport entre idée et forme est plus délicate. Était en cause la qualification d'œuvre originale de l'inscription du terme « *Paradis* » sur le fronton de la porte d'un ancien hôpital pour alcooliques, admise par les juges du fond⁴²². Dans un arrêt du 13 novembre 2008, la Cour de cassation approuve la Cour d'appel d'avoir considéré que « *l'œuvre litigieuse ne consiste pas en une simple reproduction du terme "Paradis", mais en l'apposition de ce mot en lettres dorées avec effet de patine et dans un graphisme particulier, sur une porte vétuste, à la serrure en forme de croix, encastrée dans un mur décrépi dont la peinture s'écaille, que cette combinaison implique des choix esthétiques traduisant la personnalité de l'auteur* » et estime que « *l'approche conceptuelle de l'artiste, qui consiste à apposer un mot dans un lieu particulier en le détournant de son sens commun, s'était formellement exprimée dans une réalisation matérielle originale* »⁴²³.

Les critiques à l'encontre de cette décision se concentrent sur deux aspects. D'une part, elle ouvrirait la voie à la protection de l'idée elle-même alors que « *l'œuvre* » litigieuse ne consiste qu'en un lieu préexistant auquel « *l'auteur* » a simplement ajouté une inscription⁴²⁴. Il peut néanmoins être objecté que la protection ne porte pas sur l'idée elle-même mais bien sur sa concrétisation, quand bien même certains de ses éléments formels préexisteraient⁴²⁵. D'autre part, l'originalité de « *l'œuvre* » ne consiste qu'en un décalage entre cette inscription et le lieu⁴²⁶ et à un choix portant sur des éléments qui n'ont pas tous été créés par celui qui réclame la protection⁴²⁷. Or, l'existence de choix arbitraires ne fait pas obstacle à la caractérisation de l'originalité, bien au contraire⁴²⁸.

Au-delà de l'art contemporain, il demeure que décomposer un objet dont il est demandé la protection par le droit d'auteur, pour isoler l'idée, c'est-à-dire le fond par rapport à la forme

⁴²² CA Paris, 4^{ème} ch., 28 juin 2006 : CCE 2006, comm. 120, note Ch. Caron ; D. 2006, p. 2610, note B. Edelman ; RLDI 2006/19, n° 558, comm. N. Walravens. V. également : J. LARRIEU, « Les frontières de la propriété : les idées », précit., §56.

⁴²³ Cass. civ. 1^{ère}, 13 nov. 2008, n° 06-19.021, Bull. civ. I n° 258 : GAPI, comm. 4, obs. M. Clément-Fontaine ; JCP 2008, II, 10204, note G. Loiseau ; D. 2009, p. 263, note B. Edelman ; *ibid.* p. 266 note E. Treppoz ; *Prop. intell.* 2009, n° 31, p. 157, obs. J.-M. Bruguière ; CCE 2009, comm. 1, note Ch. Caron ; RTD com. 2009, p. 121, obs. F. Pollaud-Dulian ; RIDA 2009, n° 220, p. 5, note N. Walravens-Mardarescu ; *ibid.* p. 80, note Ph. Gaudrat.

⁴²⁴ B. EDELMAN, « Un arrêt énigmatique », art. précit. ; PH. GAUDRAT, « De l'enfer de l'addiction au paradis des toilettes : tribulations judiciaires au purgatoire du droit d'auteur », art. précit., p. 91.

⁴²⁵ E. TREPPOZ, « «La nouvelle Ève» au «Paradis» du droit d'auteur, suite et fin ! », D. 2009, p. 266 ; N. WALRAVENS-MARDARESCU, « De l'art conceptuel comme création et sa protection par le droit d'auteur », RIDA 2009, n° 220, p. 15 et s.

⁴²⁶ PH. GAUDRAT, « De l'enfer de l'addiction au paradis des toilettes : tribulations judiciaires au purgatoire du droit d'auteur », art. précit., p. 109.

⁴²⁷ *Ibid.*, p. 141, n° 51.

⁴²⁸ N. WALRAVENS-MARDARESCU, « De l'art conceptuel comme création et sa protection par le droit d'auteur », art. précit., p. 35 et s. Sur la place du choix central du choix comme critère de l'originalité, v. : M. VIVANT, J.-M. BRUGUIÈRE, *Droit d'auteur et droits voisins, op. cit.*, p. 207, n° 135.

atteint ses limites. Non seulement l'idée est encapsulée dans la forme, mais une œuvre est également un tout⁴²⁹ qui n'est pas égal à la somme de ses parties⁴³⁰.

111. L'apport de la sémiotique : signe, signifiant et signifié - La distinction ténue entre forme et substance se retrouve également en sémiotique. Selon la théorie de Ferdinand de Saussure, la langue est un système composé de signes linguistiques qui unissent « *non pas un mot et une chose, mais un concept et une image acoustique* »⁴³¹. Deux éléments composent donc le signe : le signifiant et le signifié. Le premier est la représentation matérielle du signe dans la mesure où il est perceptible par les sens comme un panneau stop, une odeur de brûlé ou le son du tocsin. À l'inverse, le signifié est sa représentation mentale, c'est-à-dire sa signification : l'obligation faite aux usagers de la route de s'arrêter, l'hypothèse d'un départ de feu, l'existence d'un danger imminent.

Si le signifiant relève de la forme tandis que le signifié relève de la substance, le tout composant le signe, il faut néanmoins reconnaître que les isoler l'un de l'autre se fait au prix d'un certain effort. Ferdinand de Saussure écrivait à ce titre : « *la langue est encore comparable à une feuille de papier : la pensée est le recto, et le son le verso ; on ne peut découper le recto sans découper en même temps le verso ; de même dans la langue, on ne saurait isoler ni le son de la pensée, ni la pensée du son ; on y arriverait que par une abstraction dont le résultat serait de faire de la psychologie pure ou de la phonologie pure* »⁴³².

112. L'indissociabilité de l'information - Ce détour par l'analogie du droit d'auteur et l'apport de la sémiotique permet d'expliquer toute la difficulté à saisir l'information, tour à tour, forme ou substance. En réalité, l'information n'est pas l'une ou l'autre, elle est l'une et l'autre⁴³³. Elle est, à la manière de l'idée, la substance d'une forme et ce faisant la forme elle-même. Elle est surtout, comme ensemble de signes, à la fois ce qui est perçu et la signification de ce qui est perçu. Partant, il n'y a pas de contradiction entre l'information-forme et l'information-substance, mais au contraire une totale complémentarité à la manière du *recto* et du *verso* d'une feuille de papier. L'information est forme, ou signifiant, parce qu'elle constitue

⁴²⁹ N. WALRAVENS-MARDARESCU, « De l'art conceptuel comme création et sa protection par le droit d'auteur », art. précit., p. 35.

⁴³⁰ V.-L. BENABOU, « Pourquoi une œuvre de l'esprit est immatérielle », *RLDI* 2005/1, p. 53.

⁴³¹ F. DE SAUSSURE, *Cours de linguistique générale*, Payot, 1916, p. 98.

⁴³² *Ibid.*, p. 157. Pour une vue d'ensemble de la sémiotique, v. : J. COURTÈS, *La sémiotique du langage*, Armand Colin, coll. 128, 2007.

⁴³³ E. DARAGON, « Etude sur le statut juridique de l'information », *D.* 1998, p. 63, n° 9 ; M. BIGOT-DESTREGUIL, *Le bien-information*, th. Paris I, 2017, p. 97, n° 155 ; F. DUBUISSON, *Existe-t-il un principe général d'appropriation de l'information ?*, th. Université Libre de Bruxelles, 2005, p. 11, n° 25.

un message, c'est-à-dire un ensemble combiné de signes⁴³⁴, olfactifs, gustatifs, tactiles, auditifs ou visuels et elle est substance, ou signifié, parce que ce message est doté d'une signification. En ce sens, la recommandation ne se différencie pas de l'information dont elle partage la structure, ce que confirme la terminologie.

§2. La recommandation, objet informationnel

113. Le caractère générique du terme « *information* » - La définition donnée de l'information en fait un objet générique apte à désigner la recommandation. En ce sens, la recommandation peut être assimilée à l'information d'un point de vue structurel (A) et terminologique (B).

A. L'assimilation structurelle de la recommandation à l'information

114. La recommandation, une information - La recommandation dérive du verbe « *recommander* », du latin *commandare* qui signifie commander et peut signifier « *l'intervention écrite ou orale par laquelle on introduit une personne auprès d'une autre en attirant son attention, sa bienveillance sur cette dernière* »⁴³⁵, « *ce qui recommande, ce qui attire la bienveillance, la confiance* »⁴³⁶, « *estime, considération que l'on a pour quelque chose, pour une qualité, pour les mérites de quelqu'un* »⁴³⁷. Dans la religion catholique, elle est « *l'invitation faite par le curé, lors du prône, d'avoir à prier pour des fidèles, des défunts* »⁴³⁸. La recommandation peut également désigner au Moyen-Âge « *l'acte par lequel un homme libre se constitue l'homme d'un seigneur en s'engageant sous serment à le servir à vie en échange de la protection de celui-ci* »⁴³⁹. Au sens usuel, elle est synonyme de « *avis, conseil que l'on donne ; mise en garde* »⁴⁴⁰, « *invitation pressante à faire quelque chose ; exhortation* »⁴⁴¹.

⁴³⁴ Dans des termes approchant : v° Message, D, 1°, *Centre National de Ressources Textuelles et Lexicales*, accessible en ligne : <https://www.cnrtl.fr/definition/message>.

⁴³⁵ V° Recommandation, A, 1°, *Centre National de Ressources Textuelles et Lexicales*, accessible en ligne : <https://www.cnrtl.fr/definition/recommandation>.

⁴³⁶ *Ibid.*, A, 2°.

⁴³⁷ *Ibid.*, D.

⁴³⁸ *Ibid.*, A, 3°.

⁴³⁹ *Ibid.*, A, 4°.

⁴⁴⁰ *Ibid.*, B, 1°.

⁴⁴¹ *Ibid.*, B, 2°.

Dans tous les cas, il ressort que la recommandation est un message qui possède une signification, celle d'attirer l'attention du destinataire sur ce qui fait l'objet de cette recommandation. Dès lors, et au contraire de la distinction précédemment faite entre les recommandations substantielles – avis, conseils, critiques – et les recommandations formelles – hiérarchisation, sélection, disposition, distinction –⁴⁴², la recommandation n'est ni purement formelle ni totalement substantielle mais les deux à la fois de sorte qu'elle est assimilable à l'information. La distinction entre les recommandations elles-mêmes ne porte pas en réalité sur leur forme ou leur substance mais sur leur caractère explicite, c'est-à-dire reconnaissable par leur destinataire ou implicite lorsqu'elles s'effacent au profit de l'objet sur lequel elles portent.

115. La recommandation, un accès à l'information - L'information occupe une place centrale dans la définition des systèmes de recommandation donnée par le règlement DSA⁴⁴³. Selon l'article 3 (s), il constitue « *un système entièrement ou partiellement automatisé utilisé par une plateforme en ligne pour suggérer sur son interface des informations spécifiques aux destinataires du service ou pour hiérarchiser ces informations, notamment à la suite d'une recherche lancée par le destinataire du service ou en déterminant de toute autre manière l'ordre relatif ou d'importance des informations affichées* ».

De même, le règlement DMA définit, en son article 2 (22), les résultats de recherche comme « *toute information, sous quelque format que ce soit, y compris les données textuelles, graphiques, vocales ou autres, renvoyées en réponse à une recherche, et en rapport avec celle-ci, que l'information renvoyée soit un résultat payant ou non ...* ». Deux informations se superposent donc : la recommandation elle-même et l'information, c'est-à-dire ce sur quoi la recommandation porte.

B. L'assimilation terminologique de la recommandation à l'information

116. La distinction théorique entre information, renseignement, conseil et mise en garde - Assimilable structurellement à l'information, la recommandation l'est également d'un point de vue terminologique. En droit des obligations, l'information occupe une place centrale afin de préserver l'intégrité du consentement des contractants. L'article 1112-1 du code civil,

⁴⁴² V. *supra* n° 4 et s.

⁴⁴³ Règl. (UE) 2022/2065 du PE et du Conseil du 19 octobre 2022 relatif à un marché unique des services numériques et modifiant la directive 2000/31/CE (règlement sur les services numériques), JOUE L 277/1, 27 oct. 2022.

issu de l'ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016, dispose : « *celle des parties qui connaît une information dont l'importance est déterminante pour le consentement de l'autre doit l'en informer dès lors que, légitimement, cette dernière ignore cette information ou fait confiance à son cocontractant* ». Sans rentrer dans les détails de son émergence et de son développement, cette obligation générale d'information opère dans la période précontractuelle et coexiste avec obligations contractuelles d'information, parfois consacrées par le législateur, parfois dégagées par la jurisprudence, en considération du déséquilibre pouvant exister entre contractants, notamment en raison des compétences de l'un d'eux⁴⁴⁴.

« Renseignement », « conseil » et « mise en garde » sont les trois termes utilisés pour désigner cette obligation et se distingueraient, selon la doctrine, par leur teneur. L'obligation de renseignement ou d'information *stricto sensu*⁴⁴⁵, consiste à fournir un « *simple fait brut* »⁴⁴⁶ au contractant « *afin que son choix soit effectué en pleine connaissance de cause* »⁴⁴⁷. Le conseil correspond à « *la mise en relation d'un renseignement avec l'objectif poursuivi par le créancier de l'obligation d'information* »⁴⁴⁸ et constituerait dès lors une incitation en raison de son caractère subjectif⁴⁴⁹. Quant à la mise en garde, elle reviendrait à « *donner un conseil sur l'attitude à adopter en vue précisément d'éviter un danger, un inconvénient* »⁴⁵⁰.

117. La remise en cause de la distinction : l'inclusion de la recommandation dans le terme information - De l'aveu même de la doctrine, la différence de teneur entre ces trois notions est extrêmement ténue⁴⁵¹ et la jurisprudence est peu attachée à leur distinction d'un point de vue sémantique, employant ces termes parfois indifféremment⁴⁵², parfois pour ce qu'ils

⁴⁴⁴ Architecte, notaire, avocat, intermédiaire financier, assureur, etc.

⁴⁴⁵ Les deux termes sont en général employés comme synonymes : PH. LE TOURNEAU, *Droit de la responsabilité et des contrats 2026/2027*, Dalloz, coll. Dalloz Action, 14^{ème} éd., 2025, p. 1365, n° 3122.131. Pour Muriel Fabre-Magnan, les différences sont en effet ténues. Le renseignement serait fourni à la demande d'un cocontractant, tandis que l'information serait donnée spontanément. Le renseignement serait encore plus sommaire que l'information : M. FABRE-MAGNAN, *De l'obligation d'information dans les contrats. Essai d'une théorie*, préf. J. Ghestin, LGDJ, coll. Bibl. dr. privé, t. 221, 1992, p. 8, n° 10.

⁴⁴⁶ M. FABRE-MAGNAN, *De l'obligation d'information dans les contrats. Essai d'une théorie*, op. cit., p. 389, n° 476.

⁴⁴⁷ PH. LE TOURNEAU, *Droit de la responsabilité et des contrats 2026/2027*, op. cit., p. 1365, n° 3122.131.

⁴⁴⁸ M. FABRE-MAGNAN, *De l'obligation d'information dans les contrats. Essai d'une théorie*, op. cit., p. 389, n° 476.

⁴⁴⁹ N. REBOUL-MAUPIN, « Le contrat de conseil : l'unité dans la diversité », *AJ Contrat* 2018, p. 56.

⁴⁵⁰ M. FABRE-MAGNAN, *De l'obligation d'information dans les contrats. Essai d'une théorie*, op. cit., p. 390, n° 477.

⁴⁵¹ *Ibid.*, p. 9, n° 12.

⁴⁵² Par ex., se référant au devoir d'information sans opérer de distinction : Cass. com., 14 juin 2016, n° 14-16.769 : *RTD com.* 2016, p. 533, note B. Bouloc – Cass. civ. 1^{ère}, 28 sept. 2016, n° 15-17.033 : *JT* 2016, n° 191, p. 10, note X. Delpech ; *D.* 2017, p. 341, obs. Ch. Lachière ; *ibid.*, p. 24, obs. Ph. Brun. Un autre arrêt envisage le « devoir d'attirer l'attention » : Cass. civ. 1^{ère}, 29 oct. 2014, n° 13-19.729, *D.* 2015, p. 242, note A.-S. Epstein ; *ibid.*, p. 246, note D. Mainguy ; *ibid.*, p. 529, obs. S. Amrani-Mekki et M. Mekki ; *RTD civ.* 2015, p. 102, obs. J. Hauser ; *ibid.*, p. 121, obs. H. Barbier. Parfois, les juges utilisent les termes obligation d'information et de conseil

sont⁴⁵³. La doctrine relève néanmoins une différence graduelle entre ces trois obligations mais n'est pas unanime sur la gradation elle-même. Si l'obligation d'information ou de renseignement est vue comme l'obligation la plus légère⁴⁵⁴, certains s'opposent sur la place de l'obligation de conseil et de mise en garde. La mise en garde apparaît parfois comme d'une plus grande intensité que le conseil⁴⁵⁵, d'une intensité inférieure à lui⁴⁵⁶ ou contenue dans le conseil⁴⁵⁷.

En pratique également, la distinction perd de son intérêt. Lorsque le débiteur de l'obligation d'information est un professionnel connaissant ou ne pouvant ignorer l'objectif de son client, le renseignement se confond avec le conseil⁴⁵⁸ lequel peut se confondre à son tour en mise en garde⁴⁵⁹. En somme, l'information, dans son volet obligationnel, apparaît comme un terme générique pouvant englober la recommandation envisagée comme un conseil ou une mise en garde.

Section 2. L'approche dynamique : l'information et la recommandation comme processus

118. De la communicabilité à la communication - Objets formels et substantiels, l'information et la recommandation sont également des actions, des processus qui tendent à rendre communicable un message (§1), la distinction entre les deux portant en réalité sur sa communication (§2).

pour traiter en réalité de la mise en garde : Cass. civ. 1^{ère}, 13 mai 1986, n° 84-14.026 – Cass. civ. 1^{ère}, 20 juin 1995, n° 93-15.801 : *D.* 1996, p. 12, obs. G. Paisant ; *RTD civ.* 1996, p. 177, obs. P. Jourdain – Cass. civ. 3^{ème}, 19 janv. 2017, n° 15-25.283 : *RDI* 2017, p. 151, obs. Ph. Malinvaud.

⁴⁵³ Certains arrêts distinguent bien l'obligation de renseignement de l'obligation de conseil : Cass. civ. 1^{ère}, 2 juin 1982, n° 81-13.718 – Cass. com., 23 sept. 2014, n° 13-22.763 : *RTD civ.* 2015, p. 121, obs. H. Barbier ; *RTD com.* 2015, p. 571, obs. D. Legeais. Pour une distinction entre obligation de conseil et obligation de mise en garde : Cass. civ. 1^{ère}, 11 sept. 2013, n° 12-15.897 : *RTD com.* 2014, p. 169, obs. D. Legeais ; *Gaz. Pal.* 2013, p. 10, note J. Lasserre Capdeville.

⁴⁵⁴ M. FABRE-MAGNAN, *De l'obligation d'information dans les contrats. Essai d'une théorie*, op. cit., p. 391, n° 480. Pour Nadège Reboul-Maupin, il existe même une gradation entre l'obligation d'information et l'obligation de renseignement : N. REBOUL-MAUPIN, *Les contrats de conseil*, préf. Ph. Delebecque, PUAM, 1999, p. 45, n° 39.

⁴⁵⁵ F. TERRÉ et al., *Droit civil. Les obligations*, Dalloz, coll. Précis Dalloz, 13^{ème} éd., 2022, p. 369.

⁴⁵⁶ M. FABRE-MAGNAN, *De l'obligation d'information dans les contrats. Essai d'une théorie*, op. cit., p. 391, n° 480 ; N. REBOUL-MAUPIN, *Les contrats de conseil*, op. cit., p. 45, n° 38 ; PH. MALAURIE et al., *Droit des obligations*, LGDJ, 13^{ème} éd., 2024, p. 430, n° 466 ; J. GHESTIN et al., *Traité de droit civil. La formation du contrat*, t. 1, *Le contrat, Le consentement*, LGDJ, 4^{ème} éd., 2013, p. 1314, n° 1599.

⁴⁵⁷ PH. LE TOURNEAU, *Droit de la responsabilité et des contrats 2026/2027*, op. cit., p. 1369, n° 3122.151.

⁴⁵⁸ M. FABRE-MAGNAN, *De l'obligation d'information dans les contrats. Essai d'une théorie*, op. cit., p. 387, n° 474.

⁴⁵⁹ PH. MALAURIE et al. *Droit des obligations*, LGDJ, 8^{ème} éd., 2016, n° 778.

§1. L'information et la recommandation comme processus de communicabilité

119. La communicabilité de la forme et la communicabilité de la substance - La communicabilité désigne ce qui peut être communiqué⁴⁶⁰, c'est-à-dire ce qui est apte à l'être. Appliqué à l'information et à la recommandation, le terme s'applique aussi bien à leur composante formelle qu'à leur composante substantielle. La communicabilité de la forme est ainsi une condition commune à l'information et à la recommandation (A) mais la communicabilité de la substance permet de les distinguer (B).

A. La communicabilité de la forme, condition commune à l'information et la recommandation

120. La communicabilité de la forme : une extériorisation - L'information, et la recommandation en tant qu'espèce d'information, supposent une forme communicable. Cette condition d'existence de l'information se retrouve tant dans la doctrine⁴⁶¹ que dans les définitions de cet objet par le législateur⁴⁶². La forme de l'information est donc consubstantielle de son existence et permet de la distinguer d'objets purement intellectuels, à l'instar de l'idée ou de la connaissance elle-même.

L'idée est définie comme « *ce qui est représenté dans l'esprit* »⁴⁶³, « *ce qui n'existe que dans l'imagination* »⁴⁶⁴ et renvoie à « *l'essence intelligible des choses* »⁴⁶⁵, à « *une vue de l'esprit* »⁴⁶⁶. Dès lors, ce qui distingue l'idée de l'information, ce n'est pas l'inexistence de sa forme puisqu'elle est aussi une forme mentale⁴⁶⁷, un agencement⁴⁶⁸, mais l'absence d'extériorisation de cette forme. De même que ce n'est que lorsqu'elle se coule dans une forme

⁴⁶⁰ V^o Communicabilité, *Dictionnaire de l'Académie Française*, 9^{ème} éd., accessible en ligne : <https://www.dictionnaire-academie.fr/article/A9C3161>.

⁴⁶¹ P. CATALA, « Ébauche d'une théorie juridique de l'information », in *Le droit à l'épreuve du numérique. Jus ex Machina*, PUF, coll. Droit, Éthique, Société, 1998, p. 228, n° 5 ; M. BIGOT-DESTREGUIL, *Le bien-information*, th. Université Paris I, 2017, p. 82, n° 129.

⁴⁶² Arrêté du 22 déc. 1981 portant enrichissement du vocabulaire de l'informatique, *JORF* du 17 janv. 1982, N.C., p. 625 ; Arrêté du 3 oct. 1984 portant enrichissement du vocabulaire télécommunications, *JORF* du 10 nov. 1984, N. C., p. 10263.

⁴⁶³ V^o Idée, I, A, 1^o, *Centre National de Ressources Textuelles et Lexicales*, accessible en ligne : <https://www.cnrtl.fr/definition/id%C3%A9e>.

⁴⁶⁴ *Ibid.*, I, A, 2^o.

⁴⁶⁵ V.-L. BENABOU, « Pourquoi une œuvre de l'esprit est immatérielle », *RLDI* 2005/1, p. 53.

⁴⁶⁶ A. BENSAMOUN, J. GROFFE, « Objet du droit d'auteur – Œuvres protégées – Notion d'œuvre (CPI, art. L. 111-1, L. 112-1 et L. 112-2) », *J.-Cl. Propriété littéraire et artistique*, fasc. 1134, 2025, §49.

⁴⁶⁷ PH. GAUDRAT, « Réflexion sur la forme des œuvres de l'esprit », in *Propriétés intellectuelles. Mélanges en l'honneur d'André Françon*, Dalloz, 1995, p. 213.

⁴⁶⁸ M. XIFARAS, *La propriété. Étude de philosophie du droit*, PUF, coll. Fondements de la politique, PUF, 2004, p. 361.

que l'idée peut se transformer en œuvre⁴⁶⁹, c'est à partir du moment où elle est extériorisée qu'elle se meut en information⁴⁷⁰.

La connaissance, c'est-à-dire « *l'exercice de la faculté par laquelle on connaît et distingue les objets, ainsi que les actes ou états du sujet* »⁴⁷¹ n'est pas non plus dépourvue de forme puisqu'elle constitue également une représentation mais, comme l'idée, relève du for interne de l'individu. Ainsi, elle échappe à la qualification d'information tant qu'elle n'est pas extériorisée.

Dès lors, l'idée et la connaissance peuvent préexister à l'information, lui être incorporées quand elles s'extériorisent puis lui succéder lorsqu'elles sont internalisées par un individu à la suite d'une communication.

121. Le paradoxe de l'extériorisation : l'invisibilisation de la forme - La communicabilité de l'information s'entend donc de l'extériorisation d'une forme, c'est-à-dire du message lui-même, au service de sa signification. La forme est de ce point de vue fonctionnelle puisqu'elle ne sert qu'à délivrer du sens⁴⁷², tellement fonctionnelle qu'elle en devient invisible. Ce qu'un individu retient d'un message, ce n'est pas sa formalisation par un ensemble combiné de signes, c'est bien sa teneur. Or, il ne peut y accéder que s'il a été formalisé, c'est-à-dire extériorisé. La communicabilité formelle du message est donc une condition déterminante de l'information, tout en étant plus discrète que la communicabilité de la substance.

B. La communicabilité de la substance, condition distinctive de l'information et de la recommandation

122. La communicabilité de la substance : une signification subjective pour l'information - La communicabilité ne désigne pas uniquement l'extériorisation, c'est-à-dire l'aspect formel de l'information, sa formalisation, mais s'applique également à son aspect substantiel. Ce qui se communique dans l'information, ce n'est pas seulement le message, c'est

⁴⁶⁹ V. *supra* n° 110.

⁴⁷⁰ M. BIGOT-DESTREGUIL, *Le bien-information*, th. précit., p. 51, n° 75 ; P. CATALA, « Ébauche d'une théorie juridique de l'information », précit., p. 228, n° 5.

⁴⁷¹ V° Connaissance, I, *Dictionnaire de l'Académie Française*, 9^{ème} éd., accessible en ligne : <https://www.dictionnaire-academie.fr/article/A9C3633>.

⁴⁷² M. BIGOT-DESTREGUIL, *Le bien-information*, th. précit., p. 75, n° 113.

également la signification de celui-ci. Cette seconde condition d'existence de l'information peut être comprise sous deux angles⁴⁷³.

La première conception de la signification, dite objective, la rapproche de l'intelligibilité qui dépend des capacités de chacun. Un même message pourrait donc être une information pour un individu capable d'en comprendre le sens et ne pas être information pour un autre individu dépourvu du bagage intellectuel ou culturel nécessaire pour en saisir la signification. Cette conception est reçue par une partie de la doctrine juridique⁴⁷⁴.

La seconde conception de la signification, dite subjective, l'appréhende sous l'angle de la valeur perçue de son contenu par le récepteur⁴⁷⁵. En d'autres termes, un message n'aurait pas besoin qu'un individu en saisisse tous les tenants et les aboutissants pour constituer une information. Marine Bigot-Destreguil donne pour exemple un document reproduisant la recette du Coca-Cola. Peu importe qu'un individu qui en prendrait connaissance ne comprenne rien aux formules chimiques, il serait capable de comprendre l'importance de ce document, la valeur qu'il recèle, positive ou négative⁴⁷⁶.

Bien que l'auteure prenne garde à ne pas réduire toute valeur à une simple donnée économique⁴⁷⁷, le terme n'est pas neutre en droit en ce qu'il est fréquemment convoqué pour justifier le passage de la chose au bien lorsque celle-ci est rare et utile⁴⁷⁸. Cette référence à la valeur économique de l'information est d'ailleurs présente en doctrine pour qui « *l'information est quelque chose de primaire qui, souvent, a une valeur plus par l'exclusivité de sa source que par sa nature, et qui est protégée soit dans son environnement, son circuit de diffusion, soit comme élément de la personne, soit, rarement, comme élément de patrimoine* »⁴⁷⁹ ou « *un message porteur de signification dont la valeur patrimoniale est fonction de sa densité informative* »⁴⁸⁰. En somme, de la définition de l'information, on en vient à sa qualification

⁴⁷³ M. BIGOT-DESTREGUIL, *Le bien-information*, th. précit., p. 89, n° 141 et s.

⁴⁷⁴ J.-CH. GALLOUX, « Ébauche d'une définition juridique de l'information », *D.* 1994, p. 229, n° 12 ; G. DANJAUME, « La responsabilité du fait de l'information », *JCP G* 1996, I, 3895, n° 13. V. en économie : A. MAYÈRE, *Pour une économie de l'information*, CNRS Éditions, coll. Hors collection, 1990, p. 57.

⁴⁷⁵ M. BIGOT-DESTREGUIL, *Le bien-information*, th. précit., p. 90, n° 143.

⁴⁷⁶ *Ibid.*, p. 91 et s. Sur la notion de valeur négative, v. : D. CHILSTEIN, « Les biens à valeur négative », *RTD civ.* 2006, p. 663.

⁴⁷⁷ M. BIGOT-DESTREGUIL, *Le bien-information*, th. précit., p. 92, n° 145.

⁴⁷⁸ J.-M. MOUSSERON, « Valeurs, biens, droit », in *Mélanges en hommage à André Breton et Fernand Derrida*, Dalloz, 1991, p. 277 ; J.-M. MOUSSERON et al., « De la propriété comme modèle », in *Mélanges offerts à André Colomer*, Litec, 1993, p. 281 et s. ; F. ZENATI, « L'immatériel et les choses », in *Le droit et l'immatériel*, APD, t. 43, 1999, p. 90. E. MACKAAY, « Les biens informationnels ou le droit de suite dans les idées », in *L'appropriation de l'information*, dir. J.-P. CHAMOUX, Librairies techniques, 1986, p. 45. *Contra* : CH. GREGORCZYK, « Le concept de bien juridique », in *L'utile et le juste*, APD, t. 26, p. 267 ; J.-CH. GALLOUX, « Ébauche d'une définition juridique de l'information », *D.* 1994, p. 229, n° 12.

⁴⁷⁹ P. LECLERCQ, « Essai sur le statut juridique des informations », in *Les flux transfrontaliers de données : vers une économie internationale de l'information*, dir. A. Madec, La Documentation Française, 1982, p. 122.

⁴⁸⁰ E. DARAGON, « Etude sur le statut juridique de l'information », *D.* 1998, p. 63.

juridique, ce qui n'est pas exactement la même chose⁴⁸¹. L'exemple donné correspond en tout point à une information dotée d'une valeur économique dont le statut secret est bien connu.

Au-delà de cette critique, on pourrait objecter que l'individu en question doit encore comprendre la langue dans laquelle le document est exprimé, qu'il ait connaissance de l'existence du Coca-Cola et du secret entourant sa recette. La conception objective rejoint donc la conception subjective.

123. La communicabilité de la substance : une signification subjective et objective pour la recommandation - La signification de la recommandation elle-même n'est pas totalement subjective. Elle l'est en partie si on considère qu'elle est intelligibilité et qu'elle dépend donc des capacités d'un individu à en saisir intellectuellement le sens.

Mais la recommandation ne se résume pas à apporter de la connaissance, pas seulement du moins. Elle consiste d'abord à faire en sorte qu'un individu agisse dans une certaine direction en lui prodiguant des conseils, en l'exhortant à faire quelque chose. La recommandation demeure. Simplement, elle n'est pas nécessairement suivie par le récepteur. Elle n'est pas inexistante, elle est inefficace.

S'agissant de la valeur, celle-ci lui est consubstantielle puisque la recommandation est positive lorsqu'elle incite à faire quelque chose ou négative quand elle déconseille ou interdit de faire quelque chose. L'utilité de la recommandation est indifférente à son existence elle-même. Elle peut se trouver chez le récepteur et se loger dans ce cas dans son efficacité, une recommandation suivie étant une recommandation par hypothèse utile pour le récepteur. Elle peut aussi se trouver chez l'émetteur si l'on considère qu'une recommandation émise est celle qui est jugée utile à celui qui la formule mais ce serait adopter une conception réductrice de la recommandation qui n'est pas nécessairement utilitariste mais peut au contraire être absolument altruiste. Dès lors, la signification de la recommandation est à la fois subjective si on la conçoit comme une intelligibilité et objective si on la conçoit du point de vue de sa valeur.

⁴⁸¹ Définir l'information consiste à lui donner une signification, juridique ou non. La qualifier, c'est lui attribuer des critères d'identification aptes à lui conférer tel ou tel régime juridique. Il ne s'agit pas d'une opération neutre et la définition que la doctrine donne à l'information l'est encore moins. En lui attribuant le critère de la « valeur », ce sont tous les développements relatifs à la qualification des « biens » qui sont convoqués. Sur cette question, v. par ex. : X. BIOY, « Quelles lectures théoriques de la qualification ? », in *Les affres de la qualification juridique*, dir. M. Nicod, Presses de l'Université Toulouse Capitole, 2015, p. 11.

§2. L'information et la recommandation comme processus de communication

124. La communication, élément distinctif de l'information et de la recommandation -

La communication est le fait « *d'être en relation ou d'entrer en relation avec quelqu'un ou quelque chose* »⁴⁸², un « *processus par lequel une personne (ou un groupe de personnes) émet un message et le transmet à une autre personne (ou groupe de personnes) qui le reçoit, avec une marge d'erreur possible ...* »⁴⁸³. En sciences de la communication, elle est un « *rapport à l'extérieur, à la société, à l'altérité* »⁴⁸⁴. En cela, elle peut être « *partage* », « *expression* », « *valorisation* », « *manipulation* » ou « *négociation* »⁴⁸⁵. La communication est donc d'abord une relation entre deux acteurs, l'émetteur et le récepteur. C'est sur ce point notamment que la recommandation et l'information ne peuvent être tenues pour synonymes. La communication est nécessaire à l'existence de la recommandation (A) mais contingente en ce qui concerne l'information (B).

A. La communication, condition nécessaire à la recommandation

125. La communication, condition d'existence impérative de la recommandation - Il ne suffit pas que le message soit communicable, c'est-à-dire qu'il soit doté d'une forme et d'une signification, pour attester de l'existence d'une recommandation. Il faut encore que ce message soit effectivement communiqué, c'est-à-dire adressé à autrui. Peu importe que ce message soit effectivement suivi d'effet, c'est-à-dire que cet autrui suive la recommandation, ceci ne désignant que l'efficacité de cette dernière.

Cette conception bicéphale de la recommandation se retrouve dans les diverses acceptions du terme, et notamment du verbe « *recommander* ». Dans sa version transitive, le terme comporte un complément d'objet direct pouvant concerner une personne – « *désigner quelqu'un à l'attention, à la bienveillance, aux soins de quelqu'un* »⁴⁸⁶, « *exhorter à prier Dieu pour lui, à lui faire des charités* »⁴⁸⁷ – ou une chose lorsqu'il se définit comme « *conseiller*

⁴⁸² V^o Communication, 2^o, *Dictionnaire de l'Académie Française*, 9^{ème} éd., accessible en ligne : <https://www.dictionnaire-academie.fr/article/A9C3166>.

⁴⁸³ V^o Communication, II, 1^o, *Centre National de Ressources Textuelles et Lexicales*, accessible en ligne : <https://www.cnrtl.fr/definition/communication>.

⁴⁸⁴ D. WOLTON, « Information et communication : urgence théorique », *Hermès* 2018/3, n^o 82, p. 13, n^o 3.

⁴⁸⁵ *Ibid.*, p. 12. Sur la relation parfois conflictuelle entre information et communication, v. : D. WOLTON, *Informer n'est pas communiquer*, CNRS Éditions, coll. Débats, 2009.

⁴⁸⁶ V^o Recommander, A, 1^o, a, *Centre National de Ressources Textuelles et Lexicales*, accessible en ligne : <https://www.cnrtl.fr/definition/recommander>.

⁴⁸⁷ *Ibid.*, A, 1^o, b.

quelque chose à quelqu'un ; indiquer à quelqu'un que quelque présente de l'intérêt, possède des qualités »⁴⁸⁸, « *exhorter (quelqu'un) à quelque chose, prier (quelqu'un) d'apporter son attention à quelque chose* »⁴⁸⁹. Il en va de même dans la version pronominale réfléchie – une personne peut se recommander à autrui selon une ancienne formule de politesse⁴⁹⁰ ou se recommander d'autrui « *afin de se faire connaître ou soutenir favorablement* »⁴⁹¹ – et passive lorsqu'il s'agit « *d'attirer l'attention ; se distinguer, montrer sa valeur* »⁴⁹².

Quelle que soit la définition retenue de la recommandation, elle est toujours tournée vers une altérité et correspond à celle de la communication, c'est-à-dire une relation créée par un émetteur à destination d'autrui.

126. La recommandation, une communication ciblée - En tant que communication, la recommandation est une relation entre deux acteurs, par laquelle un émetteur formule un message intelligible à destination d'autrui, récepteur du message. L'émetteur est celui qui prend l'initiative de cette communication, celui qui désire créer cette relation qui l'unira à autrui. Il peut être une personne, physique ou morale, une autorité, mais encore un « *système* » comme dans le cas des systèmes de recommandation algorithmique⁴⁹³. La recommandation peut s'adresser à une personne précise, à l'instar du conseil ou de la mise en garde en droit des obligations. Elle peut encore cibler un groupe de personnes – les fidèles d'une paroisse, les praticiens dans un domaine donné – ou le public dans le sens d'un groupe indéterminé de personnes.

Dans la mesure où elle consiste à faire en sorte que quelqu'un fasse quelque chose, la recommandation s'adresse ou est destinée à une personne ou un groupe de personnes dont il est attendu un certain comportement. La recommandation est en cela une action ciblée, dont le périmètre est plus ou moins large et composé de destinataires, pas simplement de récepteurs⁴⁹⁴.

⁴⁸⁸ *Ibid.*, A, 2°, a.

⁴⁸⁹ *Ibid.*, A, 2°, b.

⁴⁹⁰ *Ibid.*, B, 1°, a.

⁴⁹¹ *Ibid.*, B, 1°, b.

⁴⁹² *Ibid.*, B, 2°.

⁴⁹³ V. *supra* n° 85.

⁴⁹⁴ Sur la distinction entre récepteur et destinataires, v. : M. BIGOT-DESTREGUIL, *Le bien-information*, th. Université Paris I, 2017, p. 81, n° 124.

B. La communication, condition contingente de l'information

127. La communication, condition éventuelle de l'existence de l'information - La communication n'est pas une condition absolue établissant l'existence de l'information. Elle peut être nécessaire comme dans le cas de la publicité (1) et absente à l'instar du secret (2).

1. La publicité, illustration d'une communication nécessaire à l'existence de l'information

128. La communication, condition nécessaire à l'existence de l'information - Une partie de la doctrine fait de la communication de l'information une condition nécessaire à son existence. Pour Pierre Catala, « *s'il est de l'essence de l'information d'être communicable, il est dans sa nature d'être communiquée* »⁴⁹⁵. Elle apparaît dès lors « *comme une relation juridique de transfert entre celui qui émet un message et celui qui le reçoit* »⁴⁹⁶, n'a de sens que « *dans un système formé d'un émetteur et d'un récepteur* »⁴⁹⁷. L'information ici entendue est donc « *l'action consistant à porter à la connaissance du public certains faits ou opinions à l'aide de procédés visuels ou auditifs comportant des messages intelligibles pour le public* »⁴⁹⁸ et « *le résultat de cette action sur les destinataires* »⁴⁹⁹.

Cette conception de l'information, qui fait de la communication une condition d'existence de son existence même, voire les assimile⁵⁰⁰, est dite bicéphale en ce qu'elle sous-tend l'existence de deux acteurs⁵⁰¹ : l'émetteur et le récepteur, c'est-à-dire « *le destinataire du message, individu isolé ou multitude, sujet passif ou interactif, mais en tout cas partenaire de la communication* »⁵⁰². Cela rejoint la définition de la communication dans le domaine des médias qui s'entend de l'ensemble des activités qui « *contribuent à rendre publics des faits, des données, des connaissances, des sentiments, des opinions* »⁵⁰³. En ce sens, la communication, au sens d'action et donc de dynamique, peut contenir l'information au sens statique.

⁴⁹⁵ P. CATALA, « Ébauche d'une théorie juridique de l'information », in *Le droit à l'épreuve du numérique. Jus ex Machina*, PUF, coll. Droit, Éthique, Société, 1998, p. 228, n° 5.

⁴⁹⁶ *Ibid.*

⁴⁹⁷ E. DARAGON, « Étude sur le statut juridique de l'information », art. précit., n° 16.

⁴⁹⁸ J.-M. AUBY, R. DUCOS-ADER, *Droit de l'information*, Dalloz, coll. Précis, 2^{ème} éd., 1982, p. 1.

⁴⁹⁹ *Ibid.*

⁵⁰⁰ M. BIGOT-DESTREGUIL, *Le bien-information*, th. précit., p. 83.

⁵⁰¹ *Ibid.*, p. 77, n° 119.

⁵⁰² P. CATALA, « Ébauche d'une théorie juridique de l'information », in *Le droit à l'épreuve du numérique. Jus ex Machina*, précit., p. 228, n° 5.

⁵⁰³ E. DERIEUX, *Droit de la communication*, LGDJ, 4^{ème} éd., 2003, p. 3.

129. De l'information impersonnelle à l'information personnalisée : la distinction relative entre publicité et notification - L'émetteur de l'information est tout individu, personne physique ou morale, institution, autorité, système qui formulent un message intelligible pourvu d'une signification. Le récepteur de l'information est quant à lui un groupe d'individus ou un individu à qui celle-ci est fournie ou mise à disposition, ou qui l'intercepte. L'information peut être donc être communiquée de façon impersonnelle ou personnelle.

La publicité, entendue comme « *l'action de rendre une chose publique, de la porter à la connaissance de tous* »⁵⁰⁴, et par extension « *ce qui est accessible à tous, de ce qui a lieu en public* »⁵⁰⁵ est un mécanisme très présent en droit. En droit administratif par exemple, la publicité désigne « *l'ensemble des opérations par lesquelles les actes administratifs de caractère général des collectivités locales sont portés, avec des effets juridiques, à la connaissance du public, par publication ou affichage* »⁵⁰⁶. La publicité se distingue de la notification qui concerne les actes de portée individuelle qui peuvent concerner plusieurs personnes « *en leur qualité d'individus concrètement déterminés* »⁵⁰⁷. Ces deux mécanismes ont en revanche en commun leur fonction d'information du public ou des intéressés et conditionne l'entrée en vigueur des actes qui en font l'objet⁵⁰⁸. Cet effet est d'ailleurs en principe ce qui distingue la publicité de la simple information.

Mais leur distinction est en réalité ténue. D'une part, il arrive que des mesures d'information des administrés prévoient expressément qu'elles ont la valeur de mesures de publicités. D'autre part, certaines mesures d'information ou de bonne administration – tenue des registres des délibérations, des arrêtés, affichage de comptes rendus de délibérations, insertions dans la presse – sont en pratique proches des mesures de publicité⁵⁰⁹.

130. L'assimilation de la publicité légale à l'information : le caractère impersonnel de la publicité et de l'information - En droit civil, la publicité légale est également présente en droit des personnes⁵¹⁰, en matière foncière⁵¹¹ et en droit commercial⁵¹². Si elle est fréquemment définie par son effet, l'opposabilité de l'acte aux tiers, cette définition, valable en matière

⁵⁰⁴ V° Publicité, 1°, *Dictionnaire de l'Académie Française*, 9^{ème} éd., accessible en ligne : <https://www.dictionnaire-academie.fr/article/A9P4991>.

⁵⁰⁵ *Ibid.*

⁵⁰⁶ F.-P. BÉNOIT, J. BÉNOIT, « Actes des collectivités territoriales », chap. 3 (folio n° 4525), *Encyclopédie des collectivités locales*, Dalloz, 2012, §24.

⁵⁰⁷ *Ibid.*, §21.

⁵⁰⁸ *Ibid.*, §100. Ce principe comporte néanmoins des exceptions : *ibid.*, §25.

⁵⁰⁹ *Ibid.*, §28 et s.

⁵¹⁰ V. par ex. en matière de mesures de curatelle et de tutelle : c. civ., art. 444.

⁵¹¹ V. par ex. en matière d'insaisissabilité d'un immeuble : c. com., art. L. 526-1.

⁵¹² V. par ex. en matière de cession de crédit-bail : c. mon. fin., art. R. 313-10.

foncière, ne peut être généralisée⁵¹³. D'une part, les mesures de publicité légale peuvent avoir une finalité informative, sans qu'aucun effet ne soit particulièrement attaché à cette information tandis que d'autres sont sanctionnées par l'inefficacité de l'acte⁵¹⁴. D'autre part, l'opposabilité peut sanctionner d'autres formalités⁵¹⁵. En réalité, le point commun entre les diverses publicités légales réside dans leur « *fonction d'information du public* »⁵¹⁶ dans le but de protéger le tiers à un acte⁵¹⁷, l'intéressé lui-même⁵¹⁸, voire les deux⁵¹⁹. En droit des sociétés plus particulièrement, la publicité légale est dénommée « *information légale* »⁵²⁰ et se définit comme « *l'ensemble des règles qui imposent à certaines personnes de communiquer au public une information selon une forme et un support déterminé* »⁵²¹. Elle se compose à ce titre de trois éléments : une personne assujettie, une information dont la diffusion est obligatoire et un destinataire indéterminé et anonyme à savoir le public⁵²². Cette information légale se distingue classiquement selon qu'elle est portable, c'est-à-dire qu'elle parvient à son destinataire sans qu'il en fasse la demande, ou quérable, lorsqu'elle lui est délivrée à sa demande mais le développement de la publicité légale numérique rend cette distinction désuète⁵²³.

En tant que mécanismes, la distinction entre l'information et la publicité légale est extrêmement fragile de sorte que les deux termes peuvent être tenus pour équivalents. Dans tous les cas, la publicité légale se concrétise par la délivrance obligatoire d'informations de façon impersonnelle c'est-à-dire que ces informations restent les mêmes quel que soit l'individu qui en prend effectivement connaissance, et ce même si personne n'en prend connaissance. Ce caractère impersonnel de l'information se retrouve dans l'obligation dont elle fait l'objet en droit civil dans le cas de l'information *stricto sensu* au contraire du conseil et de la mise en garde qui consistent à fournir des informations adaptées dans leur contenu à la personne du contractant et à sa situation⁵²⁴.

⁵¹³ S. CORNELOUP, *La publicité des situations juridiques. Une approche franco-allemande du droit interne et du droit international privé*, préf. P. Lagarde, LGDJ, coll. Bibl. dr. privé, t. 388, 2003, p. 33, n° 29.

⁵¹⁴ *Ibid.*, p. 42 et s.

⁵¹⁵ *Ibid.*, p. 50 et s.

⁵¹⁶ *Ibid.*, p. 109.

⁵¹⁷ *Ibid.*, p. 142 et s.

⁵¹⁸ *Ibid.*, p. 139 et s.

⁵¹⁹ *Ibid.*, p. 143.

⁵²⁰ P. GRANDJEAN, « L'information légale dans les affaires : quels enjeux ? Quelles évolutions ? », colloque du CREDA, *JCP E* 1994, I, 387.

⁵²¹ A. SAYAG, « L'information légale dans les affaires : quels enjeux ? Quelles évolutions ? », colloque du CREDA, *JCP E* 1994, I, 387.

⁵²² *Ibid.*

⁵²³ *Ibid.* V. également : J.-M. BAHANS, « Publicité des sociétés – Généralités – Publicité liée à la naissance des sociétés », *J.-Cl. Sociétés Traité*, fasc. 27-40, 2020, §7.

⁵²⁴ V. *supra* n° 116.

2. Le secret, illustration d'une communication non nécessaire à l'existence de l'information

131. La communication, condition non nécessaire à l'existence de l'information - La communication entretient un rapport ambigu avec l'existence de l'information. Pour certains, « *l'information est d'abord expression, formulation destinée à rendre un message communicable ; elle est ensuite communiquée, ou peut l'être, à l'aide du signe choisi pour porter le message à autrui* »⁵²⁵. D'un côté, il est de sa « *nature d'être communiquée* »⁵²⁶, de l'autre, elle peut ne pas l'être. D'autres auteurs sont plus radicaux en estimant que sans la communication, « *la chose intellectuelle n'a pas d'existence indépendante de la personne qui la possède et ne peut être saisie par quiconque* »⁵²⁷ ou en considérant qu'une « *information, qui ne serait que communicable, c'est-à-dire non communiquée ne peut être qu'une information à l'état de latence, c'est-à-dire une potentielle information qui n'a pas encore acquis à ce statut* »⁵²⁸.

132. Les théories de l'information monocéphale et bicéphale ou la question de l'émetteur de l'information - L'information ne nécessite pas nécessairement deux acteurs, un émetteur et un récepteur, c'est-à-dire qu'elle n'est pas forcément bicéphale. Pour Marine Bigot-Destreguil, elle peut être monocéphale, c'est-à-dire que seule l'existence d'un récepteur suffit à caractériser l'information⁵²⁹. Dès lors, il conviendrait de distinguer deux types d'informations : l'information active qui fait intervenir un émetteur qui « *rend communicable et communique une information* »⁵³⁰, et l'information passive, c'est-à-dire une information sans émetteur, seul le récepteur étant requis dans la mesure où il « *a cette faculté de saisir la signification de l'information sans avoir recours à un intermédiaire pour communiquer l'information* »⁵³¹. L'auteure illustre son propos en prenant l'exemple d'un météorologue qui, observant la couleur et la forme particulières des nuages dans le ciel, en déduit qu'un orage se prépare : « *aucun émetteur n'est intervenu et pourtant, le récepteur, en la personne du météorologue saisit l'information qui lui était délivrée par l'apparence du ciel* »⁵³².

⁵²⁵ P. CATALA, « Ébauche d'une théorie juridique de l'information », in *Le droit à l'épreuve du numérique. Jus ex Machina*, PUF, coll. Droit, Éthique, Société, 1998, p. 228, n° 5.

⁵²⁶ *Ibid.*

⁵²⁷ P. BERLIOZ, « Quelle protection pour les informations économiques secrètes de l'entreprise ? », *RTD com.* 2012, p. 263.

⁵²⁸ M. BIGOT-DESTREGUIL, *Le bien-information*, th. précit., p. 83.

⁵²⁹ *Ibid.*, p. 79.

⁵³⁰ *Ibid.*, p. 78, n° 121.

⁵³¹ *Ibid.*, p. 78, n° 120.

⁵³² *Ibid.*

Cette qualité d'émetteur, certes passif, attribuée aux nuages est cependant contestable. Les nuages existent, se déplacent, changent de couleur et de taille, en bref ils sont, mais ne transmettent eux-mêmes rien à l'observateur. Ils ne sont pas acteurs d'une communication, ils sont l'information elle-même, de sorte que les qualités d'émetteur et de récepteur reposent en réalité sur la tête de la même personne.

133. Le secret de l'information ou la question du récepteur de l'information - Les théories de l'information monocéphale et bicéphale sont centrées sur l'existence, ou non, d'un émetteur afin d'admettre ou de réfuter l'existence d'une information. Mais l'on peut renverser les données du problème et s'intéresser à la personne du récepteur en se demandant si ce dernier est nécessaire à l'existence d'une information. Sur ce point, la notion de secret fournit un éclairage intéressant.

Du latin *secretum* qui signifie « *lieu écarté, solitude, secret* » et dérivé de *secernere*, « *mettre à part* »⁵³³, le secret désigne « *ce qui doit être tenu caché, ce qu'il ne faut répéter à personne* »⁵³⁴. Bien connu du droit, le secret peut toucher les informations dont un professionnel a à connaître dans le cadre de son activité. C'est le cas par exemple du secret professionnel que l'on retrouve dans le code pénal à l'article 226-13 qui dispose que « *la révélation d'une information à caractère secret par une personne qui en est dépositaire soit par état ou par profession, soit en raison d'une fonction ou d'une mission temporaire, est punie d'un an d'emprisonnement et de 15 000 euros d'amende* ». Cette obligation de non-communication de certaines informations est parfois mise à la charge de professionnels en particulier, comme les professionnels de santé⁵³⁵ ou de la finance⁵³⁶, les avocats⁵³⁷, les directeurs ou salariés d'une entreprise⁵³⁸ ou les journalistes⁵³⁹. L'information couverte par le secret doit avoir un lien avec la profession ou la fonction du débiteur de l'obligation et la personne dont le professionnel a la charge. La divulgation de l'objet du secret cède dans deux hypothèses : l'intérêt supérieur

⁵³³ V° Secret, II, *Dictionnaire de l'Académie Française*, 9^{ème} éd., accessible en ligne : <https://www.dictionnaire-academie.fr/article/A9S0990>.

⁵³⁴ *Ibid.*, II, 1°.

⁵³⁵ CSP, art. L. 1110-4 et R. 4127-4. V. sur les récentes évolutions : B. Py, « Le secret professionnel est-il un droit du patient ? », *RDSS* 2022, p. 225.

⁵³⁶ C. mon. fin., art. L. 511-33.

⁵³⁷ Décret n°2005-790 du 12 juill. 2005 relatif aux règles de déontologie de la profession d'avocat, art. 4.

⁵³⁸ C. trav., art. L. 1227-1.

⁵³⁹ CPP, art. 109 al. 2. Le secret ne porte pas sur les informations dont ils disposent mais sur la source de ces informations. Pour Frédéric Gras, il ne s'agit pas d'un véritable secret professionnel car, par nature, le journaliste divulgue des informations : F. GRAS, « La divulgation de ses sources par un journaliste », *Légipresse* 2010, p. 178.

justifiant la divulgation et le partage autorisé du secret⁵⁴⁰. Le secret professionnel oscille donc entre une obligation de se taire et une obligation de parler⁵⁴¹.

Le secret de certaines informations peut également être lié, non pas à la qualité de professionnel de son détenteur, mais à la valeur économique de ces informations, à l'instar du secret des affaires dont les critères se trouvent à l'article L. 151-1 du code de commerce⁵⁴². L'information concernée doit être secrète, c'est-à-dire qu'elle ne doit pas être « *généralement connue ou aisément accessible par des personnes familières de ce type d'informations en raison de leur secteur d'activité* », avoir « *une valeur commerciale, effective ou potentielle, du fait son caractère secret* » et faire l'objet de mesures de protection raisonnables par son détenteur légitime. Si la violation de ce secret, par obtention, utilisation ou divulgation, est illicite⁵⁴³, le législateur a néanmoins prévu des exceptions dans le but de préserver les libertés fondamentales, telles que la liberté d'expression, l'intérêt général ou un intérêt légitime⁵⁴⁴.

134. Le secret de l'information ou la mise à distance d'autrui : l'information existante mais non communiquée - Au-delà du cas du secret professionnel ou du secret des affaires, il manque bien au secret cette dimension relationnelle consubstantielle de la communication qui unit un émetteur et un récepteur. Certes, il peut être objecté que le secret partagé entre plusieurs individus a reposé au préalable sur une communication dans la mesure où l'un d'eux a porté à leur connaissance l'information, voire que la communication de cette information se fait dans le cercle des initiés.

S'il est soutenable que l'information a pour vocation d'être communiquée, que le secret est marqué du sceau du soupçon⁵⁴⁵, force est de constater qu'en droit, comme en pratique, une information peut parfaitement rester entre les mains d'un seul, et ce, dès son origine. Un journal intime, un agenda, les travaux préparatoires d'une thèse par exemple, recèlent des informations qui n'ont pas vocation à être communiquées. Tout au plus est-il possible de considérer que leurs auteurs se communiquent à eux-mêmes des informations, mais l'usage de ce terme relève en

⁵⁴⁰ E. VERNY, « La notion de secret professionnel », *RDSS* 2015, p. 395. L'intérêt supérieur de la divulgation peut être justifié par les nécessités d'une affaire pénale. Quant au partage du secret, il peut être prévu par la loi et concerne les relations entre le professionnel et la personne concernée, son entourage mais également les relations entre le professionnel et d'autres professionnels. V. également : S. HENNION, « Le partage du secret professionnel à l'ère numérique », *RDSS* 2020, p. 129.

⁵⁴¹ M.-E. CARTIER, « Le secret religieux », *RSC* 2003, p. 485.

⁵⁴² Cet article est issu de la L. n° 2018-670 du 30 juillet 2018 transposant la directive (UE) 2016/943 sur la protection des savoir-faire et des informations commerciales. V. : J.-CH. GALLOUX, « La transposition de la directive sur les secrets d'affaires », *RTD com.* 2018, p. 643 ; O. de MAISON ROUGE, « Le secret des affaires : la reconnaissance juridique d'un droit de l'information protégée », *Dalloz IP/IT* 2018, p. 659.

⁵⁴³ C. com., art. 151-4.

⁵⁴⁴ C. com., art. 151-8.

⁵⁴⁵ C. HOURDEAUX, « Secret(s) et vie privée », in « La vie privée », *revue Justice & Cassation*, 2018, p. 50.

réalité de l'abus de langage. Ceux-ci mettent en forme un message doté de signification par eux-mêmes, ils « *enforment* »⁵⁴⁶ ce qu'ils ont en tête, ce dont ils veulent se souvenir, mais autrui n'entre pas en ligne de compte. Informer n'est d'ailleurs pas nécessairement un verbe transitif. Au sens pronominal, « *s'informer* » peut impliquer autrui dans le sens de « *s'enquérir* » de quelque chose auprès de quelqu'un mais il est aussi un verbe réciproque lorsqu'il désigne l'action qu'un sujet réalise sur lui-même⁵⁴⁷.

La communication de l'information n'est donc pas une condition de son existence et leur assimilation constitue un abus de langage. Certes, il peut être soutenu qu'une information devrait être communiquée, en raison de son importance, de la légitimité du public de la recevoir ou de sa raison d'être. Mais cela a à voir avec sa teneur et non son existence. Quand bien même ce serait le cas, toutes les informations secrètes n'ont pas à être communiquées. Il y a en réalité une confusion entre l'existence de l'information d'une part et la qualification et le régime juridiques de certaines informations d'autre part.

135. Conclusion de chapitre - L'information et la recommandation entretiennent des liens de voisinage extrêmement ténus. Si, dans une approche statique, l'information apparaît comme une notion générique englobant la recommandation en ce qu'elles sont toutes deux des messages dotés de signification, elles tendent néanmoins à se distinguer dans une approche dynamique.

En tant que processus de communicabilité, l'information et la recommandation constituent des extériorisations, ce qui les distingue toutes deux de l'idée ou de la connaissance. S'agissant de leur substance, si l'information et la recommandation dépendent de l'intelligibilité que lui confère le récepteur, leur valeur conduit à les distinguer. Relative dans le cas de l'information puisque sa valeur dépend de celle qu'on lui attribue, celle de la recommandation est objective puisqu'elle consiste à faire faire ou ne pas faire quelque chose à quelqu'un. Sa valeur, positive ou négative, lui est consubstantielle à la différence de celle de l'information.

En tant que processus de communication, la distinction entre information et recommandation ne fait plus de doute. La communication est en effet une relation créée entre

⁵⁴⁶ V^o Informer, *Dictionnaire de l'Académie Française*, 9^{ème} éd., accessible en ligne : <https://www.dictionnaire-academie.fr/article/A9I1225>. « Informer » provient du verbe « *enformer* » qui signifie « *donner forme à* », issu du latin *informare*, c'est-à-dire « *façonner, former ; représenter, décrire* ».

⁵⁴⁷ V^o Informer, *Dictionnaire de l'Académie Française*, 4^{ème} éd., accessible en ligne : <https://www.dictionnaire-academie.fr/article/A4I0625>.

un émetteur et un récepteur et s'avère sous-entendue dans la notion de recommandation. L'existence de deux acteurs lui est nécessaire puisqu'elle fait en effet intervenir un émetteur et un destinataire. A l'inverse, la communication n'est pas toujours une condition d'existence de l'information. Elle peut l'être, comme dans le cas de la publicité légale ou de l'obligation d'information, mais s'avère absente de la définition de l'information comme en matière de secret. Dès lors, si l'on veut continuer à recourir au terme information dans le sens de communication, il convient de circonscrire à ce strict usage. La notion d'information se scinde donc en deux strates : l'information hors communication c'est-à-dire le secret, et l'information dans le cadre de la communication qui peut englober la recommandation.

Chapitre 2. La parenté entre la publicité et la recommandation

136. La publicité, une notion polysémique - La publicité partage avec l'information sa polysémie. Dérivé de l'adjectif « *public* », du latin *publicus* signifiant « *qui concerne le peuple ; qui appartient à l'État* »⁵⁴⁸, le terme de publicité est assimilé à la notoriété dans le *Dictionnaire de l'Académie française* jusqu'en 1878⁵⁴⁹, date à laquelle elle prend également le sens de « *annonce par les journaux* », « *affiches* » et « *prospectus* »⁵⁵⁰. Aujourd'hui, elle désigne d'une part, « *l'action de rendre une chose publique, de la porter à la connaissance de tous* », « *le résultat de cette action* » et par extension « *caractère de ce qui est accessible à tous, de ce qui a lieu en public* »⁵⁵¹ et d'autre part, une « *forme de communication, écrite, orale ou prenant l'image pour support, qui promeut la fourniture, le commerce de biens et de services* », « *le fait d'exercer une action psychologique sur le public à des fins lucratives* »⁵⁵².

137. Publicité ou réclame ? - La publicité, selon la seconde acception, engendre la méfiance, surtout lorsqu'elle revêt trois caractères : la perversité lorsqu'elle stigmatise et caricature certains groupes sociaux ou promeut des conduites condamnables, le mensonge ou la tromperie quand elle invoque la science, fait des promesses qu'elle ne peut pas tenir et la clandestinité, c'est-à-dire la publicité dissimulée⁵⁵³. Cette dernière, désignée sous le vocable de « *réclame* », apparaît en même temps que l'annonce dans la presse du XIX^{ème} siècle laquelle permet de vendre des journaux à moindre coût⁵⁵⁴.

La réclame est pourtant mal vue. Elle est un « *court article, notice qu'on insérerait dans le corps d'un journal, d'un périodique, afin d'attirer l'attention sur un ouvrage, de manière*

⁵⁴⁸ V^o Public, I, *Dictionnaire de l'Académie Française*, 9^{ème} éd., accessible en ligne : <https://www.dictionnaire-academie.fr/article/A9P4985>.

⁵⁴⁹ V^o Publicité, *Dictionnaire de l'Académie Française*, 6^{ème} éd., 1835, accessible en ligne : <https://www.dictionnaire-academie.fr/article/A6P2726>.

⁵⁵⁰ V^o Publicité, *Dictionnaire de l'Académie Française*, 7^{ème} éd., 1878, accessible en ligne : <https://www.dictionnaire-academie.fr/article/A7P2987>.

⁵⁵¹ V^o Publicité, *Dictionnaire de l'Académie Française*, 9^{ème} éd., accessible en ligne : <https://www.dictionnaire-academie.fr/article/A9P4991>.

⁵⁵² S. GUINCHARD, *La publicité mensongère en droit français et en droit fédéral suisse : étude comparative de l'autonomie au civil et au pénal d'un délit économique*, préf. A. Chavanne, LGDJ, Bibl. sc. crim., t. 13, 1971, p. 10.

⁵⁵³ L. MARTIN, « La « mauvaise publicité ». Sens et contresens d'une censure », *Le Temps des médias*, 2004/1, n^o 2, p. 152 et s.

⁵⁵⁴ M. MARTIN, *Trois siècles de publicité en France*, Odile Jacob, 1992, p. 55.

apparemment désintéressée »⁵⁵⁵. Une version précédente du *Dictionnaire de l'Académie Française* était plus directe s'agissant de son caractère péjoratif⁵⁵⁶ puisqu'il s'agissait d'un « *petit article inséré dans le corps d'un journal, et qui a pour objet d'attirer l'attention sur un livre, une marchandise, un médicament, etc., plus sûrement que par une annonce ostensiblement payée* »⁵⁵⁷. La réclame est donc dissimulée bien que certains traits puissent la distinguer de l'annonce. Insérée dans plusieurs quotidiens à la fois, elle est brève, répétitive, anonyme et hyperbolique⁵⁵⁸. En quête de respectabilité, les professionnels recourront au terme de publicité dans le but de légitimer la pratique des annonces commerciales insérée dans la presse moyennant rémunération auprès des annonceurs qui estiment ne pas en avoir besoin et du public persuadé de son pouvoir de manipulation⁵⁵⁹.

138. Publicité ou propagande ? - Le recours au terme publicité apparaît également plus respectable que celui de propagande. Du latin *propagare*, qui signifie « *propager* »⁵⁶⁰, la propagande désigne « *l'ensemble des actions et des moyens mis en œuvre pour répandre et faire prévaloir une idée, une opinion, une doctrine* »⁵⁶¹. Dans le domaine religieux, il s'agissait du nom d'une congrégation romaine fondée par le pape Grégoire XV en 1622 qui avait pour mission de propager la foi catholique⁵⁶².

Il s'agit donc d'abord d'un « *faire-croire* » par opposition à la publicité censée constituer un « *faire-savoir* »⁵⁶³. La distinction entre ces deux termes apparaît en réalité assez tenue puisqu'elles supposent toutes les deux « *des besoins à satisfaire ou des manques à combler* »⁵⁶⁴. Si la distinction entre propagande et publicité peut résider dans la finalité poursuivie, non lucrative pour la première et lucrative pour la seconde⁵⁶⁵, le critère n'est pas aussi certain aujourd'hui. Lors des débats parlementaires relatifs à l'adoption de la loi Évin, le

⁵⁵⁵ V^o Réclame, *Dictionnaire de l'Académie Française*, 9^{ème} éd., accessible en ligne : <https://www.dictionnaire-academie.fr/article/A9P4991>.

⁵⁵⁶ S. GUINCHARD, *La publicité mensongère en droit français et en droit fédéral suisse : étude comparative de l'autonomie au civil et au pénal d'un délit économique*, op. cit., p. 14.

⁵⁵⁷ V^o Réclame, *Dictionnaire de l'Académie Française*, 7^{ème} éd., 1878, accessible en ligne : <https://www.dictionnaire-academie.fr/article/A9P4991>.

⁵⁵⁸ M.-È. THÉRENTY, « La réclame de librairie dans le journal quotidien au XIX^{ème} siècle : autopsie d'un objet textuel non identifié », *Romantisme*, 2012/1, n° 155, p. 92.

⁵⁵⁹ M.-E. CHESSEL, « Le monde des publicitaires », in *La publicité, naissance d'une profession (1900-1940)*, CNRS Éditions, coll. Hors collection, 1998, p. 29, n° 35 et s.

⁵⁶⁰ CH. BOIX, « Phraséologie « soft » et voix postmoderne », *Cahiers de Narratologie* 2001, n° 10.2, p. 7, §20.

⁵⁶¹ V^o Propagande, *Dictionnaire de l'Académie Française*, 9^{ème} éd., accessible en ligne : <https://www.dictionnaire-academie.fr/article/A9P4598>.

⁵⁶² CH. BOIX, « Phraséologie « soft » et voix postmoderne », art. précit., §20.

⁵⁶³ *Ibid.*, §21.

⁵⁶⁴ P. FRESNAULT-DERUELLE, « La réclame politique », *Communication & langages* 2014/2, n° 180, p. 121.

⁵⁶⁵ S. GUINCHARD, *La publicité mensongère en droit français et en droit fédéral suisse : étude comparative de l'autonomie au civil et au pénal d'un délit économique*, op. cit., p. 13.

ministre des affaires sociales et de la solidarité a considéré que la publicité recouvrait « *une activité ayant pour objet de faire connaître une marque* » et que la propagande concernait « *un produit dans sa globalité* »⁵⁶⁶. Si la publicité est fréquemment attachée au secteur commercial et la propagande au domaine politique, les deux se sont retrouvés extrêmement entrelacés dans l'Histoire⁵⁶⁷ et il n'y a pas de raison de considérer que ces deux termes ont un domaine réservé. Le politique peut tout aussi bien recourir au discours de type commercial et aux formes de communication de la publicité dans le cadre de scrutins mais également en dehors des périodes de votes⁵⁶⁸, tandis que la publicité peut jouer sur les « *valeurs* » ou le « *mode de vie* », parodier la propagande électorale⁵⁶⁹, voire influencer le législateur⁵⁷⁰.

139. Le rapprochement finaliste et fonctionnaliste de la publicité et de la recommandation - Qu'importe le terme utilisé, réclame ou propagande, la publicité dans sa seconde acception entretient une parenté de la notion de recommandation, tant dans une approche finaliste (Section 1) que dans une approche fonctionnaliste (Section 2).

Section 1. L'approche finaliste : la publicité et la recommandation comme mécanismes incitatifs

140. La convergence de la publicité et de la recommandation - La publicité et la recommandation sont des notions extrêmement proches. Sous un angle finaliste, elles sont des incitations (§1) dont l'information ne constitue qu'un moyen (§2).

⁵⁶⁶ JO Sénat, 12 oct. 1990, p. 2697.

⁵⁶⁷ I. DI JORIO, « Propagande commerciale ou publicité politique ? L'émergence d'une « culture publicitaire » en Italie de la Grande Guerre au Fascisme », *Sociétés & Représentations* 2022/2, n° 54, pp. 99-122. V. également : le dossier « Publicité et propagande », *Vingtième Siècle. Revue d'Histoire*, 2009/1, n° 101, pp. 3-190.

⁵⁶⁸ D. BARBET, « Les emprunts discursifs entre politique et publicité. Des échanges inégaux », *Mots. Les langages du politique* 2012/1 n° 98, p. 15.

⁵⁶⁹ M. BONHOMME, « Quand la publicité parodie la politique », *Mots. Les langages du politique* 2012/1, n° 98, p. 31.

⁵⁷⁰ V. la campagne de Leclerc à la suite de l'adoption de la loi Galland : B. DELALANDE, « Publicité sans frontières. De la pub au politique », *Mots. Les langages du politique* 2012/1, n° 98, p. 79.

§1. L'incitation, finalité de la publicité et de la recommandation

141. La notion d'incitation - L'incitation provient du latin *incitatio* signifiant « *mouvement rapide, action de mettre en mouvement* »⁵⁷¹. Inciter, du latin *incitare*, « *pousser vivement, exciter, simuler* », se définit comme « *pousser quelqu'un à faire telle chose, à adopter tel comportement, à éprouver tel sentiment* »⁵⁷². En théorie des actes du langage, l'incitation appartient aux actes directifs d'exhortation – conseil, suggestion, recommandation, invitation, sollicitation – qui « *ont pour caractéristique essentielle de prétendre être accomplis au profit de l'interlocuteur* »⁵⁷³ au contraire d'autres actes directifs comme l'ordre, la requête ou l'avertissement⁵⁷⁴. En sémiotique, elle est un « *faire-faire* » qui se distinguerait de l'influence (se laisser faire), de la détermination (vouloir faire), de la manipulation (devoir faire) et de la pression (vouloir ne pas faire, se laisser faire)⁵⁷⁵. L'incitation est à la fois la cause de la publicité et de la recommandation (A) et l'affectation du comportement d'autrui, sa conséquence (B).

A. L'incitation, cause de la publicité et de la recommandation

142. L'incitation, alpha et l'oméga de la publicité et de la recommandation - La publicité et la recommandation peuvent revêtir un caractère explicite ou implicite (1) traduisant la volonté de mise en avant par leur émetteur (2).

1. Le caractère explicite ou implicite de la publicité et de la recommandation

143. Le caractère explicite de l'incitation dans la publicité et la recommandation - L'incitation est un acte de communication, un message, par lequel un émetteur s'adresse à un destinataire afin de provoquer une action de sa part. Dans sa version explicite, l'incitation se manifeste avec évidence au destinataire. Par le vocabulaire subjectif utilisé par l'émetteur, le destinataire est à même de considérer qu'il ne fait pas face à une simple information au sens de

⁵⁷¹ V° Incitation, *Dictionnaire de l'Académie Française*, 9^{ème} éd., accessible en ligne : <https://www.dictionnaire-academie.fr/article/A9I0673>.

⁵⁷² V° Inciter, *Dictionnaire de l'Académie Française*, 9^{ème} éd., accessible en ligne : <https://www.dictionnaire-academie.fr/article/A9I0673>.

⁵⁷³ G. GAUTHIER, « L'indirection comme procédé de persuasion en publicité. L'exemple des magazines féminins québécois », *Communication* 2000, vol. 20/1, p. 155, §35.

⁵⁷⁴ *Ibid.*

⁵⁷⁵ M. COLAS-BLAISE, « Vers une politique du *nudge* : l'instrument au service de l'incitation », *Actes sémiotiques* 2021, n° 124, accessible en ligne : <https://www.unilim.fr/actes-semiotiques/6699>.

fait, de donnée, de renseignement neutre – mais est au contraire le destinataire d’une communication subjective de la part de l’émetteur. Cette subjectivité est d’ailleurs au cœur des définitions des termes « *opinion* »⁵⁷⁶, « *avis* »⁵⁷⁷ ou « *conseil* »⁵⁷⁸. La recommandation explicite ne passe pas nécessairement par les mots mais peut également se matérialiser par des sons ou des pictogrammes : le son d’une notification sur un service de messagerie, des étoiles ou des notes.

Comme la recommandation, la publicité peut également se traduire par un message empreint de subjectivité pour amener le destinataire à considérer positivement les biens et services commercialisés, en usant d’un vocabulaire emphatique, laudatif ou persuasif en mettant l’accent sur les avantages dudit bien ou service.

Le caractère explicite de l’incitation tient ici du jugement lui-même, de ce qui est communiqué au destinataire mais peut également se loger dans l’énonciation ou le contexte de délivrance de la recommandation et de la publicité.

144. Les manifestations explicites de l’incitation dans la recommandation numérique -

En ligne, un certain nombre de recommandations sont rassemblées dans des rubriques spécifiques sur les sites ou applications – « *La presse en parle* », « *Ce que nos clients pensent de nous* », « *Les avis de nos experts* » – ou qui accompagnent les contenus qui en font l’objet comme les « *tops des ventes* », « *coups de cœur* », « *articles les plus lus* », « *vidéos les plus commentées* », « *tops tweets* ». Dans ce cas, ces recommandations sont explicites en ce qu’elles énoncent leur propre statut, c’est-à-dire qu’elles invitent l’utilisateur à les traiter comme telles bien qu’elles puissent avoir pour objet de donner accès à des contenus qui ne sont pas en soi incitatifs. Les listes de résultats fournis par un moteur de recherche à la suite d’une requête par mots-clefs sont également identifiables comme une recommandation dans la mesure où ils sont produits à la suite d’une action positive de l’internaute de même que les *retweets* d’utilisateurs qui manifestent leur volonté de partager des publications de pairs et qui sont identifiables en tant que tels.

⁵⁷⁶ « *Sentiment, idée, point de vue ; jugement que l’on porte, sans que l’esprit le tienne pour assuré, sur une question donnée* », « *se dit, surtout au pluriel, des idées, des croyances, des convictions d’ordre moral, politique ou religieux propres à un individu ou à un groupe* », « *ce que le public pense sur tel ou tel sujet ; avis communément suivis, convictions qui prévalent au sein d’une société donnée* » : v° Opinion, 2° et 3°, *Dictionnaire de l’Académie Française*, 9^{ème} éd., accessible en ligne : <https://www.dictionnaire-academie.fr/article/A9O0556>.

⁵⁷⁷ « *Ce que l’on pense ou exprime sur une question débattue* », « *conseil donné* », « *appréciation, jugement* » : v° Avis, 1°, 2° et 3°, *Dictionnaire de l’Académie Française*, 9^{ème} éd., accessible en ligne : <https://www.dictionnaire-academie.fr/article/A9A3440>.

⁵⁷⁸ « *Avis, opinion que donne une personne* » : v° Conseil, I, *Dictionnaire de l’Académie Française*, 9^{ème} éd., accessible en ligne : <https://www.dictionnaire-academie.fr/article/A9C3674>.

145. Les manifestations explicites de l'incitation dans la publicité en ligne - S'agissant de la publicité, et qu'elle que soit son objet, celle-ci doit être loyale, donc transparente, et répondre à ce titre à une obligation d'identification qui porte tant sur le message lui-même que sur son émetteur⁵⁷⁹. Dans la presse écrite par exemple, une mention particulière – « *publicité* », « *communiqué* » ou autres – doit accompagner la publicité⁵⁸⁰. Cette hypothèse de publiereportage fait d'ailleurs partie des pratiques commerciales réputées déloyales en toutes circonstances⁵⁸¹.

Cette obligation d'identification de la publicité et de son bénéficiaire vaut également en ligne. S'agissant de l'identification de la publicité elle-même, l'ARPP (Autorité de régulation professionnelle de la publicité) distingue deux hypothèses. Dans la première, le caractère publicitaire du message est manifeste soit dans son contenu, soit parce qu'il se présente sous un format usuellement utilisé par la profession et des éléments supplémentaires d'identification ne sont pas nécessaires. Dans la seconde hypothèse, le caractère publicitaire du message n'est pas manifeste et l'ARPP recommande de recourir à une indication explicite du type « *contenu partenaire* », « *contenu créé par ...* », « *publicité* », « *sponsorisé par ...* »⁵⁸².

146. L'incitation implicite, interdite en matière de publicité - Le caractère incitatif peut être implicite. Le message communiqué n'est alors pas lui-même incitatif, n'est pas accompagné de sa propre énonciation ou ne s'insère pas dans un contexte dont ce caractère incitatif peut s'inférer. L'incitation est diffuse, parfois totalement invisible. La publicité elle-même peut être implicite et dans ce cas être qualifiée de « *clandestine* » ou « *subliminale* » en matière audiovisuelle. Mais il s'agit dans ce cas d'une dérive de la publicité proprement dite⁵⁸³, laquelle doit toujours être explicite. Une précision quant au caractère explicite de la publicité doit être ici apportée. L'article 20 de la loi pour la confiance dans l'économie numérique (LCEN)⁵⁸⁴ dispose en effet que « *toute publicité, sous quelque forme que ce soit, accessible par un service de communication au public en ligne, doit pouvoir être clairement identifiée comme*

⁵⁷⁹ ARPP, Recommandation « Identification de la publicité des communications commerciales », 21 mai 2025 (mise à jour). V. par ex., dans les services de communication audiovisuelle : L. n° 86-1067 du 30 sept. 1986 relative à la liberté de communication, art. 43 ; Décret n° 92-280 du 27 mars 1992 pris pour l'application des articles 27 et 33 de la loi n° 86-1067 du 30 septembre 1986 et fixant les principes généraux définissant les obligations des éditeurs de services en matière de publicité, de parrainage et de télé-achat, art. 14. Pour les services de communication au public en ligne, v. : L. n° 2004-575 du 21 juin 2004 pour la confiance dans l'économie numérique, art. 20.

⁵⁸⁰ ARPP, Recommandation « Identification de la publicité des communications commerciales », précit.

⁵⁸¹ C. consom., art. L. 121-4, 11°.

⁵⁸² ARPP, Recommandation « Communication publicitaire numérique V5 », 1^{er} janv. 2022.

⁵⁸³ La publicité clandestine et les techniques subliminales sont expressément interdites dans le domaine de l'audiovisuel : Décret n° 92-280 du 27 mars 1992, précit., art. 9 et 10. V. également : Dir. SMA, art. 1 (h).

⁵⁸⁴ L. n° 2004-575 du 21 juin 2004 pour la confiance dans l'économie numérique.

telle. Elle doit rendre clairement identifiable la personne physique ou morale pour le compte de laquelle elle est réalisée ». Certains textes imposent d'ailleurs une mention spécifique indiquant qu'un message constitue bel et bien une publicité. Ainsi, « *utiliser un contenu rédactionnel dans les médias pour faire la promotion d'un produit ou d'un service alors que le professionnel a financé celle-ci lui-même, sans l'indiquer clairement dans le contenu ou à l'aide d'images ou de sons clairement identifiables par le consommateur* » constitue une pratique commerciale réputée trompeuse⁵⁸⁵. De même, les annonces publicitaires à caractère politique publiées en ligne doivent faire l'objet d'un marquage au sens du règlement (UE) 2024/900⁵⁸⁶. Mais le caractère publicitaire également peut s'inférer du contexte. Il est en quelque sorte tellement évident qu'il n'est nul besoin de mentions spécifiques indiquant que le message en question est de nature publicitaire⁵⁸⁷.

147. L'incitation implicite, facultative en matière de recommandation - Le caractère explicite de la recommandation est en revanche facultatif. La hiérarchisation des contenus en ligne sur les réseaux sociaux est un cas typique de recommandation implicite. Lorsqu'il se connecte à un réseau social ou ouvre l'application de ce réseau, l'utilisateur atterrit immédiatement sur sa page d'accueil, son « *fil* » qui fait apparaître de haut en bas les publications émanant d'autres utilisateurs, auxquels il est abonné ou non, en fonction de son profil, et pas nécessairement par ordre chronologique. Le principe même de la hiérarchisation n'est pas conscientisé l'utilisateur, encore moins les critères de cette hiérarchisation mais elle produit le même effet que la recommandation⁵⁸⁸. Cette dernière s'efface en quelque sorte derrière les contenus qui en sont l'objet, lesquels peuvent eux-mêmes être incitatifs – contenus sponsorisés, avis exprimés sur un film vu au cinéma – ou non incitatifs en eux-mêmes – expression d'un ressenti, récit d'une anecdote amusante, article de presse, *fake news*. L'impact sur le libre arbitre de l'utilisateur est alors source d'interrogation dans la mesure où celui-ci n'est pas dans une démarche active de sollicitation de recommandation et n'est pas en mesure de reconnaître qu'il fait face à une recommandation.

⁵⁸⁵ Dir. 2005/29/CE, annexe I, 11°. Cette disposition est transposée à l'article L. 121-4 du code de la consommation.

⁵⁸⁶ Règl. (UE) 2024/900 du PE et du Conseil du 13 mars 2024 relatif à la transparence et au ciblage de la publicité à caractère politique, *JOUE* L, 2024/900, 20 mars 2024, art. 11 §3.

⁵⁸⁷ V. par ex. : L. n° 2023-451 du 9 juin 2023 visant à encadrer l'influence commerciale et à lutter contre les dérives des influenceurs sur les réseaux sociaux (telle que modifié par l'ord. n° 2024-978 du 6 novembre 2024, *JORF* n° 0264, 7 nov. 2024), art. 5-2 ; ARPP, Recommandation « Communication publicitaire numérique V5 », précit.

⁵⁸⁸ J. GOODY, *La raison graphique*, Les Éditions de Minuit, coll. Le sens commun, 1979, p. 17 : « *disposer des noms en liste, c'est signifier graphiquement une stricte hiérarchie verticale qui peut ne pas exister ou être beaucoup plus vague* ». V. également : E. BERTIN, J.-M. GRANIER, « La société de l'évaluation : nouveaux enjeux de l'âge numérique », *Communication & langages* 2015/2, n° 184, p. 126 et s.

2. La volonté de mise en avant par l'émetteur de la publicité et de la recommandation

148. L'incitation, raison d'être de la publicité et de la recommandation - L'incitation, le fait de persuader, aider ou amener subrepticement autrui à faire quelque chose, est le fondement même de la recommandation et de la publicité, leur cause au sens philosophique du terme. Elles demeurent des mécanismes qui sont l'expression d'une volonté propre de leur émetteur qui consistent à promouvoir au sens propre du terme, c'est-à-dire de « *mettre en avant* »⁵⁸⁹.

149. La volonté promotionnelle de l'émetteur de la publicité - S'agissant de la publicité, l'incitation est de nature promotionnelle à court, moyen ou long terme pour faire connaître un produit et en favoriser la vente, le différencier vis-à-vis de ceux de concurrents et gagner des parts de marché ou simplement valoriser l'image de l'entreprise⁵⁹⁰.

150. Des volontés diverses de la part de l'émetteur de la recommandation - Il est nécessaire de distinguer, spécialement en ligne, les recommandations émanant des utilisateurs et celles provenant des exploitants d'espaces en ligne. Les avis de consommateurs peuvent être donnés à la suite d'une expérience de consommation de façon spontanée, d'une invitation expresse de la plateforme sur laquelle la conclusion du contrat a été réalisée ou d'une demande particulière de la part du prestataire auquel il a eu recours. Plus généralement, les utilisateurs sont libres de s'exprimer et de partager leurs opinions sur les espaces qui sont mis à leur disposition ou qu'ils gèrent eux-mêmes, de *tagguer* leurs amis sous des publications, de partager des contenus d'autres utilisateurs.

En revanche, toute activité de leur part n'est pas en soi une recommandation. Il s'agit, pour les plateformes en particulier, de faire en sorte que leurs utilisateurs soient actifs, c'est-à-dire qu'ils y passent du temps, qu'ils *likent*, qu'ils *scrollent*, qu'ils mettent à jour leurs statuts, qu'ils commentent⁵⁹¹, afin d'alimenter leurs systèmes de recommandation, rouages essentiels

⁵⁸⁹ Le verbe « *promouvoir* » provient du latin *promovere*, « *pousser en avant, faire avancer* » : v° Promouvoir, *Dictionnaire de l'Académie Française*, 9^{ème} éd., accessible en ligne : <https://www.dictionnaire-academie.fr/article/A9P4573>. Le terme « *promotion* » signifie, dans une première acception, « *action d'élever simultanément plusieurs personnes à un même grade, à une même dignité* » et dans une seconde, « *ensemble des techniques et des opérations de publicité permettant de faire connaître un nouveau produit, un nouveau service afin d'en augmenter les ventes* » : v° Promotion, *Dictionnaire de l'Académie Française*, 9^{ème} éd., accessible en ligne : <https://www.dictionnaire-academie.fr/article/A9P4571>. En revanche, l'adjectif promotionnel renvoie en principe au second sens de « *promotion* » : v° Promotionnel, *Dictionnaire de l'Académie Française*, 9^{ème} éd., accessible en ligne : <https://www.dictionnaire-academie.fr/article/A9P4572>.

⁵⁹⁰ D. CAUMONT, *La publicité*, Dunod, coll. Les Topos, 3^{ème} éd., 2012, p. 20 et s.

⁵⁹¹ Des activités ordinaires en somme, fortement encouragées par les réseaux sociaux notamment : TH. STENGER, « La prescription ordinaire : dynamique de l'action collective sur les réseaux socionumériques », *Hermès* 2011, n° 59, pp. 125-132.

de leurs modèles d'affaires. Les avis d'utilisateurs permettent de rassurer les futurs contractants sur la prestation ou l'achat qu'ils projettent. Les fils d'actualité des réseaux sociaux, le démarrage automatique de vidéos sur YouTube permettent de maximiser le temps que l'utilisateur passe en ligne en affichant toujours plus de contenus censés lui plaire afin de générer des données qui pourront à leur tour permettre aux annonceurs de le cibler sur ce même espace. Dans le modèle du *streaming*, les recommandations, personnalisées ou non, sont certes censées satisfaire l'abonné, mais également le faire consommer toujours plus de titres afin de gonfler les revenus des artistes sous contrat avec la plateforme, permettant de convaincre ceux qui ne font pas partie du catalogue de le rejoindre. Sur Netflix, les recommandations, qu'elles soient suivies ou non, permettent également de retenir l'utilisateur, de le fidéliser mais peuvent aussi mener à la production de contenus par la plateforme elle-même grâce aux données générées par la navigation de l'abonné⁵⁹².

B. L'affectation du comportement d'autrui, conséquence recherchée de l'incitation

151. La notion d'affectation - Le terme « *affectation* » est préféré à celui de « *modification* » du comportement. Si au sens strict, et intuitivement, il est possible de considérer que l'incitation tend vers la modification d'un comportement, il n'est pas exclu qu'elle puisse avoir pour objet de conforter le destinataire dans son comportement. L'incitation est destinée à « *affecter* » celui-ci, c'est-à-dire à « *produire un effet sur quelqu'un ou quelque chose de manière à y déterminer une action ou une modification* »⁵⁹³.

152. Les deux faces de l'incitation - L'affectation du comportement est l'effet recherché de l'incitation. Si cette dernière, classiquement, vise à atteindre l'attitude de l'individu, c'est bien son comportement *in fine* que l'on souhaite impacter. Mais l'incitation peut prendre des formes plus insidieuses. Elle peut donc viser l'attitude comme le comportement d'autrui (A), cherchant à provoquer une décision de sa part ou à le manipuler (B).

⁵⁹² V. *supra* n° 89.

⁵⁹³ V° Affecter, I, A, Centre National de Ressources Textuelles et Lexicales, accessible en ligne : <https://www.cnrtl.fr/definition/affecter>.

1. De l'attitude au comportement d'autrui

153. L'affectation de l'attitude puis du comportement - L'attitude est en psychologie « une préparation, organisée par l'expérience, exerçant une action directive ou dynamique sur la réponse de l'individu à tous les objets ou situations auxquels il est confronté »⁵⁹⁴, « une tendance ou une prédisposition de l'individu à évaluer d'une certaine manière un objet ou le symbole de cet objet »⁵⁹⁵ et peut revêtir trois dimensions complémentaires : cognitive, qui correspond à ce qu'un individu pense savoir à propos d'un objet par son expérience ou les informations reçues relativement à cet objet ; affective, qui concerne les émotions qu'un objet évoque pour l'individu ; conative, liée à ce qu'un individu projette de faire vis-à-vis de cet objet⁵⁹⁶. L'attitude est une notion centrale dans la publicité puisqu'elle constitue son objectif⁵⁹⁷. Pour ce faire, les professionnels de ce secteur se doivent d'abord d'analyser l'attitude de leur cible à l'égard de l'objet de cette offre qui passe par l'organisation de sondages, de panels, d'enquêtes, de tests mais également leur comportement par des observations directes⁵⁹⁸.

Attitude et comportement se distinguent à deux titres. D'une part, ils ne sont pas de même nature, puisque l'attitude s'attache à ce que l'individu exprime tandis que le comportement correspond à ce qu'il fait concrètement. D'autre part, ces deux notions entretiennent un rapport chronologique : de l'attitude découle le comportement. C'est la raison pour laquelle l'objet de la publicité est l'affectation de l'attitude du consommateur, le moyen d'affecter *in fine* son comportement. Le message publicitaire est d'ailleurs tourné vers l'attitude de sa cible puisqu'il s'attache à affecter les trois composantes en appuyant plus ou moins sensiblement selon l'objet de la publicité et l'objectif de l'annonceur.

Une publicité centrée sur l'offre elle-même, ses caractéristiques, s'adresse à la dimension cognitive de l'attitude de la cible pour « faire connaître »⁵⁹⁹. Un message centré sur

⁵⁹⁴ G. W. ALLPORT, "Attitudes", in *Handbook of Social Psychology*, C. Murchison (Ed.), Clark University Press, p. 810.

⁵⁹⁵ D. KATZ, E. STOTLAND, "A preliminary statement to a theory of attitude structure and change", in *Psychology : A study of a science*, vol. 3, *Formulations of the person and the social context*, S. Koch (Ed.), McGraw-Hill, 1959, p. 423 ; C. WERK, « La notion d'attitude », *Revue Française du Marketing* 1968, n° 26, pp. 31-44.

⁵⁹⁶ M. SMITH, "The Personal Setting of Public Opinions : A Study of Attitudes Toward Russia", *Public Opinion Quarterly* 1947, vol. 11, n° 4, p. 507 ; D. KATZ, E. STOTLAND, "A preliminary statement to a theory of attitude structure and change", précit., p. 423 ; M. J. ROSENBERG, C. I. HOVLAND, "Cognitive, affective and behavioral components of attitudes", in *Attitude organization and change*, M. J. Rosenberg et al. (Eds.), Yale University Press, 1960, pp. 1-14.

⁵⁹⁷ D. CAUMONT, *La publicité*, op. cit., p. 20 ; J.-M. FERRANDI, M.-CH. LICHTLÉ, *Marketing*, Dunod, coll. Openbook, 2^{ème} éd., 2021, p. 270.

⁵⁹⁸ F. JALLAT, D. LINDON, *Le marketing*, Dunod, coll. Management Sup, 7^{ème} éd., 2016, p. 59 et s. ; J.-M. FERRANDI, M.-CH. LICHTLÉ, *Marketing*, op. cit., p. 52. En cela, il s'agit d'une « coproduction collaborative de produit » : M.-A. DUJARIER, *Le travail du consommateur. De McDo à eBay, comment nous coproduisons ce que nous achetons*, La Découverte/Poche, 2014, p. 95 et s.

⁵⁹⁹ J.-M. FERRANDI, M.-CH. LICHTLÉ, *Marketing*, op. cit., p. 248.

une marque, une organisation, sur les valeurs ou les symboles qu'elle incarne correspond à la dimension affective de l'attitude de la cible pour « *faire aimer* »⁶⁰⁰ tandis qu'un message centré davantage sur la dimension conative s'attachera à déclencher l'achat en convainquant la cible d'agir, voire de jouer le rôle de prescripteur vis-à-vis de ses proches, pour le « *faire agir* »⁶⁰¹.

Cette approche attitudinale de la publicité peut être transposée à la recommandation. Le conseil, l'avis, la suggestion s'attachent d'abord à impacter l'attitude du destinataire, à renforcer ou modifier l'idée qu'il se fait d'un objet, pour affecter son comportement, c'est-à-dire suivre ou ne pas suivre la recommandation. Mais le caractère central de l'attitude, affirmé dans la publicité et adapté à la recommandation, doit néanmoins être nuancé.

154. Le comportement, à égalité avec l'attitude - De cette analyse, l'attitude précède le comportement, puisqu'elle le déclenche. En cela, l'affectation de l'attitude est l'objectif de l'incitation, un moyen, tandis que l'affectation du comportement est sa finalité. Le comportement de la cible de l'incitation n'est pour autant pas secondaire, que ce soit en matière de publicité ou de recommandation.

S'agissant de la publicité, son impact sur le comportement du consommateur est une préoccupation en droit de la consommation. La directive 2005/29/CE relative aux pratiques commerciales déloyales des entreprises vis-à-vis des consommateurs interdit ce genre de pratiques qui altèrent le comportement économique de ces derniers⁶⁰². De même, la directive 2006/114/CE en matière de publicité trompeuse et de publicité comparative définit la publicité trompeuse comme « *toute publicité qui [...] est susceptible d'affecter leur comportement* »⁶⁰³. En *marketing*, le comportement fait l'objet d'importantes études en amont pour calibrer une offre afin de contrebalancer le caractère déclaratif de l'attitude⁶⁰⁴. En aval, la publicité peut être davantage axée sur la dimension conative de l'attitude lorsqu'il s'agit de pousser le consommateur à l'achat, et donc à impacter plus frontalement son comportement. S'agissant de sa fourniture de la publicité, le comportement occupe une place prépondérante dans l'univers numérique. La publicité personnalisée permet par exemple de cibler l'internaute en fonction de

⁶⁰⁰ *Ibid.*

⁶⁰¹ *Ibid.*

⁶⁰² Dir. 2005/29/CE du PE et du Conseil du 11 mai 2005 relative aux pratiques commerciales déloyales des entreprises vis-à-vis des consommateurs dans le marché intérieur et modifiant la directive 84/450/CEE du Conseil et les directives 97/7/CE, 98/27/CE et 2002/65/CE du PE et du Conseil et le règlement (CE) n° 2006/2004 du PE et du Conseil (« directive sur les pratiques commerciales déloyales »), *JOUE* L 149/22, 11 juin 2005, consid. 11.

⁶⁰³ Dir. 2006/114/CE du Parlement européen et du Conseil du 12 décembre 2006 en matière de publicité trompeuse et de publicité comparative, *JOUE* L 376/21, 27 déc. 2006, art. 2 (b).

⁶⁰⁴ J.-M. FERRANDI, M.-CH. LICHTLÉ, *Marketing, op. cit.*, p. 70.

ce qu'il a lui-même déclaré sur les sites : âge, localisation, centres d'intérêt, ...⁶⁰⁵ La publicité comportementale et contextuelle consiste quant à elles en des messages délivrés en fonction du comportement passé de l'internaute, le plus souvent à partir de son historique de navigation⁶⁰⁶.

Quant aux recommandations, leur dimension comportementale est extrêmement prégnante lorsqu'elles sont issues d'un système algorithmique qui mêle jugements – avis, étoiles – et comportements – contenus précédemment consultés par l'internaute ou par des utilisateurs avec lesquels ils partagent un même profil⁶⁰⁷.

155. L'effacement de l'attitude au profit du comportement : l'exemple du *nudge* -

L'attitude peut également être reléguée derrière le comportement, comme dans le cas du *nudge*. Défini comme un « *coup de pouce* », le *nudge* est une suggestion faite à un individu d'adopter un certain comportement dans son intérêt ou celui de la société dans son ensemble. L'incitation est dite douce en ce qu'elle ne repose pas sur la contrainte, l'obligation, la menace, ni même sur la persuasion et que le comportement de l'individu peut être affecté sans qu'il ne s'en rende compte⁶⁰⁸. Le *nudge* peut par exemple prendre de messages encourageants inscrits sur les escaliers d'un métro pour inciter les usagers à les emprunter et mieux répartir les flux de voyageurs⁶⁰⁹, d'une réduction de la taille de l'assiette dans la restauration collective pour lutter contre l'obésité⁶¹⁰, d'une fausse mouche apposée au fond des urinoirs pour inciter à viser correctement la cuvette et diminuer les dépenses liées au nettoyage⁶¹¹. Ce genre d'incitation, qui prend la forme d'une suggestion, d'une proposition, est en cela une recommandation de type implicite puisqu'elle ne s'énonce pas nécessairement comme telle, donc plus efficace en ce qu'elle n'est pas tournée vers l'attitude mais vers le comportement du destinataire ce qui pose la question de son libre arbitre.

⁶⁰⁵ CNIL, *La publicité en ligne*, rapp. M. PEYRAT, 5 févr. 2009, p. 5.

⁶⁰⁶ M. MERCANTI-GUÉRIN, M. VINCENT, *Publicité digitale*, Dunod, coll. Management Sup, 2016, p. 172. La distinction entre la publicité comportementale et contextuelle est d'ordre temporel, la première reposant sur une démarche immédiate, la seconde s'inscrivant dans la durée. V. également : M.-A. DUJARIER, *Le travail du consommateur. De McDo à eBay, comment nous coproduisons ce que nous achetons*, op. cit., p. 149 ; CNIL, *La publicité en ligne*, précit., p. 5. La distinction entre ces trois types de publicités tend néanmoins à s'estomper : *ibid.*

⁶⁰⁷ V. *supra* n° 76.

⁶⁰⁸ V. *supra* n° 8.

⁶⁰⁹ C. LAGRANGE, « A Lyon, des messages pour motiver à l'effort », *Le Parisien*, 4 août 2019, accessible en ligne : <https://www.leparisien.fr/societe/sante/a-lyon-des-messages-pour-motiver-a-l-effort-04-08-2019-8128533.php>.

⁶¹⁰ « Le nudge : outil efficace ou effet de mode ? », *Inserm*, 9 nov. 2011, n° 51, p. 5, accessible en ligne : <https://www.inserm.fr/actualite/le-nudge-outil-efficace-ou-effet-de-mode/>.

⁶¹¹ P. CAPPELLI, « Les « nudges », force de persuasion », *Libération*, 19 janv. 2014, accessible en ligne : https://www.liberation.fr/futurs/2014/01/19/les-nudges-force-de-persuasion_973983/.

2. De la décision à la manipulation d'autrui

156. La remise en cause de l'individu rationnel - Le mythe de l'individu rationnel en situation de choix a fait long feu tant en économie⁶¹² qu'en psychologie⁶¹³ : il ne possède pas des capacités cognitives illimitées, l'information qui lui est fournie n'est pas toujours complète, il peut être en proie à des pressions sociales voire à des biais cognitifs. S'agissant de la prise de décision, il est d'usage de distinguer deux systèmes de pensée : le système 1, rapide car intuitif et automatique, et le système 2, plus lent car réflexif et rationnel⁶¹⁴. Alors que la recommandation et la publicité explicites permettent un processus délibératif de l'individu en agissant sur son attitude, même dans leur version conative, en lui permettant de prendre une décision, de mettre en œuvre un comportement de sa part, le *nudge* peut s'adresser directement à ses réflexes, à son état mental, qui occurrent le comportement. Si l'idée du *nudge* n'est pas nouvelle⁶¹⁵, sa remise au goût du jour et sa pénétration dans tous les domaines conduisent à interroger son fonctionnement et son rapport au libre arbitre. L'idée du *nudge*, au sens de Richard Thaler et Cass Sunstein, procède d'un paternalisme libertarien en ce qu'il permet à l'individu de prendre de bonnes décisions pour lui-même ou la société dans son ensemble⁶¹⁶ grâce à la création d'un environnement comportemental incitateur qui passe par l'architecture et le *design*⁶¹⁷. Pour certains, il s'agit d'un dispositif de gouvernementalité dont « *la particularité – comparé à la coercition (le droit), à l'incitation (l'économie) et à la persuasion (la propagande) – est qu'il préserve la liberté des sujets et l'intervention de l'État* »⁶¹⁸. Il ne s'agit pas seulement d'un « *faire-faire* » mais d'un « *faire-faire autrement* »⁶¹⁹.

157. Le *nudge*, une aliénation du libre arbitre ? - Un *nudge* ne s'annonce pas nécessairement comme tel, notamment lorsque l'individu est incapable de « *reconstruire*

⁶¹² V. la théorie de la rationalité limitée : H. A. SIMON, *Administrative Behavior : A Study of Decision-Making Processes in Administrative Organization*. Macmillan, 1947 ; H. A. SIMON, "A Behavioral Model of Rational Choice", *The Quarterly Journal of Economics* 1955, vol. 69, n° 1, pp. 99-118.

⁶¹³ D. KAHNEMAN, *Thinking, Fast and Slow*, Farrar, Strauss and Giroux, 2011, p. 20.

⁶¹⁴ *Ibid.*

⁶¹⁵ A. FLÜCKIGER, « Gouverner par des « coups de pouce » (nudges) : instrumentaliser nos biais cognitifs au lieu de légiférer ? », *Les Cahiers de droit* 2018, vol. 59, n° 1, pp. 199-227 ; J.-P. MARKUS, « Le *nudge* administratif », *RFDA* 2022, p. 85.

⁶¹⁶ R. H. THALER, C. R. SUNSTEIN, *Nudge. Comment inspirer la bonne décision*, Pocket, 2012, p. 23.

⁶¹⁷ A. FLÜCKIGER, « Gouverner par des « coups de pouce » (nudges) : instrumentaliser nos biais cognitifs au lieu de légiférer ? », art. précit., p. 214.

⁶¹⁸ CH. BENAVENT, *Plateformes. Sites collaboratifs, marketplaces, réseaux sociaux ... Comment ils influencent nos choix*, FYP éditions, 2016, p. 121-122.

⁶¹⁹ J. FONTANILLE, « Introduction », *Actes sémiotiques*, 2021, n° 124 : <https://www.unilim.fr/actes-semiotiques/6684>.

l'intention ou le sens derrière le changement de comportement attendu »⁶²⁰. Un *nudge* est d'ailleurs d'autant plus efficace qu'il n'est pas identifiable, son caractère ostentatoire pouvant provoquer une résistance de l'individu⁶²¹.

Une distinction peut donc être opérée selon la transparence mais également le système de pensée que les *nudges* mobilisent⁶²². Dès lors, même s'ils ne sont pas tous manipulateurs, car identifiables, le recours au système de pensée automatique conduit à « *court-circuiter le libre arbitre* »⁶²³ et dérive vers la contrainte⁶²⁴.

Une autre série de difficultés provient de la finalité poursuivie par leur architecte. Mis en œuvre par les pouvoirs publics, le *nudge* peut être utilisé dans un objectif de santé publique, de sécurité, de protection de l'environnement⁶²⁵. Bienveillant en ce qu'il va dans l'intérêt de l'individu et de celui de la société⁶²⁶, le *nudge* n'est pourtant jamais neutre⁶²⁷ et il n'est pas exclu qu'il poursuive parfois une finalité propre à son émetteur qui ne va pas nécessairement de pair avec l'intérêt du destinataire ou celui de la société voire qu'il décourage l'individu d'adopter un certain comportement qui va pourtant dans son intérêt. Le *nudge* peut alors se muer en *sludge*⁶²⁸, prenant la forme de *dark pattern*, ou « *design déceptif* », en ligne⁶²⁹. Parmi les techniques utilisées, cacher ou compliquer l'accès à des informations pour supprimer un compte sur un site de *e-commerce*, cocher des autorisations par défaut pour l'envoi de *newsletters*, activer des fonctionnalités par défaut comme le partage de données avec Facebook

⁶²⁰ P. G. HANSEN, A. M. JESPERSEN, "Nudge and the Manipulation of Choice : A Framework for the Responsible Use of the Nudge Approach to Behaviour Change in Public Policy", *European Journal of Risk Regulation* 2013, vol. 4, n° 1, p. 18.

⁶²¹ S. BATAOUI, J. GERARD, « L'adoption de comportements responsables grâce aux nudges. Le rôle médiateur de l'inférence de manipulation », *Revue Française de Gestion* 2020/3, n° 288, p. 139.

⁶²² P. G. HANSEN, A. M. JESPERSEN, "Nudge and the Manipulation of Choice : A Framework for the Responsible Use of the Nudge Approach to Behaviour Change in Public Policy", art. précit., p. 20 et s. Dans le cadre du système de pensée automatique, le *nudge* peut être transparent (le son d'une ceinture de sécurité non bouclée) ou non (de fausses files d'attente devant un magasin pour faire croire que ce qui y est vendu est de bonne qualité). De même, un *nudge* faisant appel au système de pensée réflexive peut être transparent (musique relaxante pour calmer les passagers d'un avion) ou opaque (réduction de la taille des assiettes).

⁶²³ A. FLÜCKIGER, « Gouverner par des « coups de pouce » (nudges) : instrumentaliser nos biais cognitifs au lieu de légiférer ? », art. précit., p. 217.

⁶²⁴ *Ibid.*, p. 220. V. également : J.-P. MARKUS, « Le *nudge* administratif », art. précit. Pour un auteur, peu importe la visée bienveillante ou non du *nudge* puisque « *la manipulation, même dans une visée préventive pleine d'éthique et de bons sentiments, demeure une manipulation* » : J. DAMON, « Prévenir, c'est guérir ou punir ? », *RDSS* 2023, p. 492.

⁶²⁵ S. BATAOUI, J. GERARD, « L'adoption de comportements responsables grâce aux nudges. Le rôle médiateur de l'inférence de manipulation », *Revue Française de Gestion* 2020/3, n° 288, p. 139.

⁶²⁶ R. H. THALER, CASS R. SUNSTEIN, *Nudge. Comment inspirer la bonne décision*, op. cit., p. 23 et s.

⁶²⁷ J.-P. MARKUS, « Le *nudge* administratif », art. précit.

⁶²⁸ R. H. THALER, "Nudge, not sludge", *Science* 2018, vol. 361, n° 6401, p. 431. Pour une auteure, le "*sludge*" correspond à une politique publique déloyale (lorsqu'il est mis en œuvre par les autorités publiques) ou à une pratique commerciale déloyale (lorsque le secteur commercial y a recours) : G. DONADIEU, *Les pratiques commerciales cognitives*, th. Université Montpellier, 2021, p. 540, n° 755.

⁶²⁹ V. *infra* n° 315.

sur WhatsApp, cacher certains coûts liés à l'achat d'un produit qui n'apparaîtront qu'à la dernière étape du processus, imposer le renseignement des coordonnées bancaires lors de la période d'essai gratuite d'un abonnement⁶³⁰. En somme, l'objectif est de décourager l'utilisateur de revenir sur sa « *décision* » pour le retenir dans une relation commerciale, le pousser à l'achat, augmenter son panier d'achats, collecter ses données personnelles et ceux avec qui il interagit, etc.⁶³¹.

§2. L'information, moyen de la publicité et de la recommandation

158. Le malentendu relatif aux liens entre l'information et les mécanismes incitatifs -

L'information n'est pas indifférente à la recommandation et la publicité. S'agissant de la première, ses liens ténus avec l'information ont été soulignés. Elle peut y être assimilée structurellement et sémantiquement mais ne saurait cependant pas y être réduite. Dans une perspective dynamique, la recommandation, en tant que communication, peut contenir l'information mais va au-delà de cette dernière. Recommandation et publicité entretiennent des liens ténus dans leur rapport à l'information qui n'en constitue qu'un moyen. Non seulement leur caractère informationnel est limité (A), mais elles ne comportent pas de caractère purement informatif (B).

A. Le caractère informationnel limité de la publicité et de la recommandation

159. L'informationnel : de la structure à la fonction de l'information - Analyser les liens entre publicité, recommandation et information impose d'abord de s'intéresser à l'informationnel, c'est-à-dire à ce qui concerne l'information dans ses éléments théoriques. De ce point de vue, la publicité et la recommandation revêtent bien un caractère informationnel (1) qui s'avère cependant limité (2).

⁶³⁰ H. BRIGNULL, "Dark Patterns : Inside the Interfaces Designed to Trick You", *The Verge*, 29 août 2013, accessible en ligne : <https://www.theverge.com/2013/8/29/4640308/dark-patterns-inside-the-interfaces-designed-to-trick-you>.

⁶³¹ Le secteur commercial n'a d'ailleurs pas le monopole des *sludges*. Certains ont pu voir dans la renonciation volontaire au bénéfice du crédit d'impôt recherche un « *effet sludge* » en raison de la complexité administrative pour en bénéficier : C. MAIGNAN-IDRISSI, M. OLIVIÉRO, « Opposabilité d'une doctrine administrative en matière de CIR », comm. sous CAA Paris, 5^{ème} ch., 2 avr. 2024, *Droit fiscal* 2024, comm. 315., n° 8. V. également, J.-P. MARKUS, « Le *nudge* administratif », art. précit.

1. L'affirmation du caractère informationnel de la publicité et de la recommandation

160. La structure informationnelle de la publicité et de la recommandation - Au sens statique, la recommandation et la publicité sont des objets informationnels en ce qu'elles constituent des messages dotés d'une signification. Si l'assimilation structurelle de la recommandation à l'information a déjà été abordée⁶³², celle qui concerne la publicité doit être envisagée.

D'un point de vue pratique, la publicité peut prendre diverses formes : spots, affiches, bannières, encarts, liens commerciaux. En ligne, elle peut être fournie et son message adapté, au moyen des données des internautes comme dans le cas de la publicité personnalisée, comportementale et contextuelle.

D'un point de vue juridique, elle constitue, en matière de médicaments à usage humain, « toute forme d'information, y compris le démarchage, de prospection ou d'incitation ... »⁶³³. En matière audiovisuelle, elle est « toute forme de message télévisé ... »⁶³⁴. Sous l'empire de la publicité mensongère, puis fausse ou de nature à induire en erreur, des publicités avaient été qualifiées comme telles lorsqu'elles se matérialisaient sous la forme d'affiches⁶³⁵, de dépliants⁶³⁶, catalogues⁶³⁷, bons de commande⁶³⁸, étiquettes apposées sur l'objet⁶³⁹ ou notices d'utilisation⁶⁴⁰. De même, dans le domaine électoral, ont été considérés comme des procédés de publicité commerciale, l'annonce dans la presse d'une réunion publique⁶⁴¹, la mise à disposition de temps d'antenne à un candidat par une radio⁶⁴², le recours au référencement commercial sur un moteur de recherche⁶⁴³.

⁶³² V. *supra* n° 114.

⁶³³ CSP, art. L. 5122-1, al. 1.

⁶³⁴ Décret n° 92-280 du 27 mars 1992 pris pour l'application des articles 27 et 33 de la loi n° 86-1067 du 30 septembre 1986 et fixant les principes généraux définissant les obligations des éditeurs de services en matière de publicité, de parrainage et de télé-achat, art. 2.

⁶³⁵ Cass. crim., 2 oct. 1985, n° 82-92.125, Bull. crim. 1985 n° 290 : *RSC* 1986, p. 631, obs. J. Pradel ; *RTD com.* 1986, p. 541, obs. J. Hémar et B. Boulloc.

⁶³⁶ Cass. crim., 8 mars 1990, n° 87-81.049, Bull. crim. 1990 n° 111 : *JCP G* 1990, II, 21542, note J.-H. Robert.

⁶³⁷ Cass. crim., 7 mai 1985, n° 84-92.138, Bull. crim. 1985 n° 175 – Cass. crim., 8 déc. 1987, n° 85-92.404, Bull. crim. 1987 n° 451 : *RSC* 1988, p. 808, obs. J.-L. Fourgoux.

⁶³⁸ Cass. crim., 13 nov. 1980, n° 80-91.793, Bull. crim. 1980 n° 300 – Cass. crim., 23 mars 1994, n° 92-86.351, Bull. crim. 1994, n° 114 : *RTD com.* 1994, p. 589, obs. P. Bouzat.

⁶³⁹ Cass. crim., 25 juin 1984, n° 83-92.808, Bull. crim. 1984 n° 241 : *D.* 1985, p. 80, note J.-C. Fourgoux – Cass. crim., 14 oct. 1998, n° 98-80.527, Bull. crim. 1998 n° 262 : *JCP G* 1999, II, 10066, note Ph. Conte ; *CCC* 1999, comm. 32, note G. Raymond – Cass. crim., 19 oct. 2004, n° 04-82.642.

⁶⁴⁰ Cass. crim., 15 mai 2012, n° 11-83.301 : *CCE* 2012, comm. 247, obs. G. Raymond ; *JCP E* 2012, 1697, note J.-H. Robert ; *RDC* 2013, p. 209, obs. R. Ollard.

⁶⁴¹ CE, 1^{ère} et 4^{ème} ss-sect. réunies, 28 déc. 1992, n° 135973, *Perna* : Lebon T., p. 995.

⁶⁴² CE, 7 mai 1993, n° 135815, 135926, 135927, 135928, 135951 et 140178, *Élect. rég. La Réunion* : Lebon, p. 146 ; *AJDA* 1994, p. 195, chron. C. Maugüe et L. Touvet ; *D.* 1994, jurispr. p. 111, note X. Philippe et P. Crégut.

⁶⁴³ CE, 3^{ème} et 8^{ème} ss-sect. réunies, 13 févr. 2009, n° 317637, *Élect. mun. de Fuveau* : Lebon T., p. 766 ; *AJDA* 2009, p. 287, note C. Biget ; *ibid.*, p. 835, note B. Delzangles ; *ibid.*, p. 1305, chron. S.-J. Liéber et D. Botteghi ; *LPA* 17

En somme, la publicité apparaît comme une information au sens générique du terme qui se matérialise par un message doté d'une signification. C'est d'ailleurs la conception retenue par le règlement DSA qui énonce que la publicité est un ensemble d'informations⁶⁴⁴.

161. La fonction de l'information : la réduction de l'incertitude - L'information a fait l'objet de nombreuses théorisations hors du champ juridique. En mathématique et en cybernétique, l'information est indifférente à son contenu sémantique. Elle est une mesure, une quantité, une probabilité de réduction de l'incertitude⁶⁴⁵, ce qui ajoute quelque chose au modèle mental⁶⁴⁶. En cybernétique, « *l'information est le nom du contenu de notre échange avec le monde extérieur pendant que nous nous ajustons à celui-ci que nous lui faisons subir le processus de cette adaptation* »⁶⁴⁷. En biologie, l'information est également un processus et le résultat d'une interaction entre un système et son environnement⁶⁴⁸ tandis que sa signification est « *l'effet de la réception du message significatif sur son destinataire* »⁶⁴⁹. En psychologie, l'information « *ne peut être reçue que lorsqu'il y a un doute ; et le doute implique l'existence de plusieurs options – là où doit s'effectuer un choix, une sélection, une discrimination* »⁶⁵⁰.

Dans ces domaines, l'information est davantage définie par l'effet qu'elle produit, ou qu'elle en censée produire : une modification de la représentation de son destinataire. Certains économistes reprennent à leur compte la fonction de réduction de l'incertitude de l'information. Remettant en cause le mythe du marché parfait, notamment sa régulation par le prix⁶⁵¹, ils relèvent que l'incertitude peut toucher le prix des biens, amenant les acheteurs à supporter des coûts importants de recherche de l'information⁶⁵², mais peut également porter sur la qualité de ces biens⁶⁵³ et le comportement des individus qui, une fois engagés dans l'échange, ne se

sept. 2009, p. 11, note J.-P. Camby.

⁶⁴⁴ Règl. (UE) 2022/2065 du PE et du Conseil du 19 octobre 2022 relatif à un marché unique des services numériques et modifiant la directive 2000/31/CE (règlement sur les services numériques), JOUE L 277/1, 27 oct. 2022, art. 3 (r).

⁶⁴⁵ C. E. SHANNON, "A Mathematical Theory of Communication", *Bell System Technical Journal* 1948, vol. 27, n° 3, pp. 379-423 ; C. E. SHANNON, W. WEAVER, *The Mathematical Theory of Communication*, The University of Illinois Press, 1949.

⁶⁴⁶ D. M. MACKAY, *Information, Mechanism and Meaning*, The MIT Press, 1969.

⁶⁴⁷ N. WIENER, *Cybernétique et Société*, Edition des Deux Rives, 1952, p. 161.

⁶⁴⁸ A. MAYÈRE, *Pour une économie de l'information*, CNRS Editions, coll. Hors collection, 1990, p. 56.

⁶⁴⁹ H. ATLAN, *Entre le cristal et la fumée. Essai sur l'organisation du vivant*, Seuil, 1979.

⁶⁵⁰ C. CHERRY, *On Human Computing*, The MIT Press, 2^{ème} éd., 1966, p. 170.

⁶⁵¹ V. *supra* n° 55.

⁶⁵² G. J. STIGLER, "The Economics of Information", *The Journal of Political Economy* 1961, vol. 69, n° 3, pp. 213-225.

⁶⁵³ C'est le cas de l'asymétrie informationnelle *ex ante* qui génère un problème de sélection adverse comme l'a démontré G. A. AKERLOF : G. A. AKERLOF, "The Market for "Lemons" : Quality Uncertainty and the Market Mechanism", *The Quarterly Journal of Economics* 1970, vol. 84, n° 3, pp. 488-500.

comportent pas de façon prudente et conforme à ce qu'on attendait d'eux⁶⁵⁴. Dès lors, une absence ou une dissymétrie de l'information contribue à détruire le marché dont le sauvetage passe par l'introduction de dispositifs informationnels qui ont un coût comme les signaux de qualité et les mécanismes incitatifs⁶⁵⁵. À l'échelle de l'individu, l'information joue également un rôle crucial en ce qu'elle éloigne le doute et la perspective de mauvaises décisions⁶⁵⁶. Cette fois, c'est le mythe de l'individu rationnel, maximisateur qui est écorné au profit d'un individu à la rationalité limitée⁶⁵⁷.

162. La fonction *a priori* informationnelle de la publicité et de la recommandation -

L'information a donc à voir, comme dans les sciences dures, avec son effet potentiel et sa fonction de réduction de l'incertitude en apportant des connaissances à l'individu, une fonction que la recommandation et la publicité sont aptes à remplir. En situation de choix, ces mécanismes peuvent être des aides à la décision précieuses permettant de combler un manque ou un vide informationnel et d'appareiller l'offre et la demande⁶⁵⁸.

2. Les limites tenant à la fonction informationnelle de la publicité et de la recommandation

163. Les limites relatives à la fonction de réduction de l'incertitude de l'information -

L'information permettrait de réduire l'incertitude de l'individu en situation de choix en lui apportant les connaissances nécessaires à sa prise de décision. De ce point de vue, l'information remplit une fonction cognitive que l'on retrouve dans la définition qui lui est donnée en droit où elle est un « *élément de connaissance* »⁶⁵⁹, dans un sens usuel qui la désigne comme un « *renseignement ou événement qu'on porte à la connaissance d'une personne, d'un public* »⁶⁶⁰,

⁶⁵⁴ Il s'agit d'une asymétrie informationnelle *ex post* qui consiste en un « *aléa moral* » : K. J. ARROW, « Uncertainty and the Welfare Economics of Medical Care », *The American Economic Review* 1963, vol. 53, n° 5, pp. 941-973.

⁶⁵⁵ N. MOUREAU, D. RIVAUD-DANSET, *L'incertitude dans les théories économiques*, La Découverte, coll. Repères, 2004, p. 29 et s.

⁶⁵⁶ F. H. KNIGHT, *Risk, Uncertainty and Profit*, Houghton Mifflin, 1921, p. 261 ; E. MACKAAY, « Les biens informationnels ou le droit de suite dans les idées », in *L'appropriation de l'information*, dir. J.-P. Chamoux, Librairies techniques, 1986, p. 59 et s.

⁶⁵⁷ H. A. SIMON, « A Behavioral Model of Rational Choice », *The Quarterly Journal of Economics* 1955, vol. 69, n° 1, pp. 99-118.

⁶⁵⁸ V. *supra* n° 52 et s.

⁶⁵⁹ Arrêté du 22 déc. 1981 portant enrichissement du vocabulaire de l'informatique, *JORF* du 17 janv. 1982, N.C., p. 625 ; Arrêté du 3 oct. 1984 portant enrichissement du vocabulaire télécommunications, *JORF* du 10 nov. 1984, N. C., p. 10263

⁶⁶⁰ *V°* Information, II, 3°, *Le Robert*, accessible en ligne : <https://dictionnaire.lerobert.com/definition/information>.

une « indication, renseignement, précision que l'on donne ou que l'on obtient sur quelqu'un ou quelque chose »⁶⁶¹, conception reçue dans une partie de la doctrine⁶⁶².

Cette fonction cognitive de l'information n'est pas exempte de critiques. Il existe certes une relation chronologique entre information et connaissance, la première donnant naissance à la seconde mais toute connaissance ne provient pas d'une information puisqu'elle peut procéder d'une expérience⁶⁶³. L'information peut également confirmer une connaissance préexistante, et donc ne pas constituer un « apport ».

Le lien entre information et réduction de l'incertitude est également sujet à deux remarques. D'une part, il est tout à fait concevable qu'une information, non seulement ne réduise pas une incertitude, mais contribue à l'augmenter⁶⁶⁴. D'autre part, l'information n'a pas toujours pour fonction de réduire une incertitude. À titre d'exemple, l'information journalistique a pour objet de porter à la connaissance du public les faits ou événements qui se sont produits récemment. Elle n'a pas pour objet de dissiper un doute qui empêcherait le public d'agir, il s'agit seulement de lui donner l'état du monde en décrivant ce qui s'y est passé.

L'information ne peut donc être réduite à une fonction de réduction de l'incertitude, pas plus qu'à un effet potentiel d'apport de connaissances.

164. Les limites relatives à la fonction de réduction de l'incertitude de la publicité et de la recommandation - À supposer que la fonction de réduction de l'incertitude de l'information soit retenue, elle ne peut être parfaitement transposée à la publicité et à la recommandation. Ces dernières peuvent avoir une fonction cognitive lorsqu'elles consistent à mettre en lumière de nouveaux biens, de nouvelles œuvres et constituer en cela des apports de connaissances. La publicité peut réduire une incertitude chez le consommateur qui hésite entre plusieurs produits, de même que la recommandation peut fournir des réponses à des requêtes de l'internaute ou l'aider à faire son choix entre plusieurs restaurants, films, objets du quotidien par le biais d'avis en ligne mais ces mécanismes incitatifs peuvent également intervenir sans sollicitation de l'individu.

Ils peuvent s'imposer à lui à l'exemple des spots audiovisuels et des contenus sponsorisés en ligne, ou des fils d'actualité, des publications des internautes sur les réseaux

⁶⁶¹ *V°* Information, 2°, *Larousse*, accessible en ligne : <https://www.larousse.fr/dictionnaires/francais/information/42993>.

⁶⁶² G. DANJAUME, « La responsabilité du fait de l'information », *JCP G* 1996, I, 3895, n° 12 ; E. MACKAAY, « Les biens informationnels ou le droit de suite dans les idées », in *L'appropriation de l'information*, dir. J.-P. CHAMOUX, Librairies techniques, 1986, p. 59 et s.

⁶⁶³ D. DE ROUGEMONT, « Information n'est pas savoir », *Diogène* 1981, n° 116, p. 9.

⁶⁶⁴ M. BIGOT-DESTREGUIL, *Le bien-information*, th. Université Paris I, 2017, p. 58, n° 86.

sociaux, des suggestions de films ou de titres de musiques sur des plateformes de distribution. Pour la publicité, il s'agit davantage de créer de la demande pour un produit, d'attirer l'attention du consommateur, de le convaincre plus ou moins subtilement de passer à l'achat que de réduire un doute qu'il aurait à l'esprit, d'autant que le message communiqué sera en faveur dudit produit. Les recommandations algorithmiques – fils d'actualités, pages d'accueil des plateformes de distribution en ligne ou de *marketplaces* – permettent à l'internaute de ne pas errer et en même temps de le retenir en faisant apparaître des contenus censés être pertinents pour lui ou de lui suggérer des achats en considération de son profil.

Dans certains cas, la publicité et la recommandation n'ont pas tant pour objet de réduire une incertitude en apportant des connaissances aptes à faire disparaître le doute que de produire une certitude qui ne fera pas émerger le doute. Cet objet peut d'ailleurs être totalement absent comme lorsqu'un utilisateur *taggue* un ami sous une publication. Par cet acte, il lui signale l'existence d'un contenu, il l'incite à en prendre connaissance mais cela n'a pas pour but de réduire une incertitude.

B. L'absence de caractère purement informatif de la publicité et de la recommandation

165. L'affirmation du caractère purement informatif de certaines publicités et recommandations - L'adjectif informatif a trait à ce qui vise à apporter de l'information. Le terme d'information est dès lors pertinent pour qualifier certaines publicités et recommandations. Le seul moyen de justifier cette assimilation terminologique, c'est de noter que leur communication est rendue obligatoire par le législateur ou la jurisprudence pour satisfaire une finalité informative. Ainsi, lorsque le législateur impose à des personnes la communication d'informations dans certains domaines, et que cette obligation porte de surcroît sur leur forme et leur support, il s'agit d'information comme en matière de publicité légale⁶⁶⁵. En droit des sociétés, celle-ci porte sur des informations « *brutes* » par opposition à des informations « *retraitées* », car croisées avec d'autres sources d'information, ou « *enrichies* » par des commentaires ou des appréciations⁶⁶⁶. De même, le recours au terme « *information* »

⁶⁶⁵ F. GRAS, « Publicité alcool : un jardin clos sans pouvoir d'évocation au nom de l'information objective », note sous CA Versailles, 1^{ère} ch., 1^{ère} sect., 15 juin 2021, n° 20/02757, *ANPAA c/ S^{te} Kronenbourg*, *Légipresse* 2021, p. 492.

⁶⁶⁶ P. GRANDJEAN, « L'information légale dans les affaires : quels enjeux ? Quelles évolutions ? », colloque du CREDA, *JCP E* 1994, I, 387. La distinction n'est pourtant pas si nette : J.-E. SCHOETTL, « L'exploitation des gisements de données administratives », *Gaz. Pal.*, 12-13 janv. 1994, p. 8.

pour parler du conseil ou de la mise en garde en droit civil peut *a priori* être contesté en raison de leur caractère incitatif.

166. Le repositionnement de l'information vis-à-vis de la publicité et de la recommandation - La publicité non légale et la recommandation proprement dite sont celles qui sont délivrées volontairement et facultativement et dont le contenu n'est pas déterminé par la loi. À partir du moment où leur communication et leur contenu s'imposent à son émetteur, il peut être pertinent de parler d'information. Mais en dehors de ces hypothèses où l'information est obligatoire et englobe par conséquent la publicité et la recommandation, il est des cas où les rapports entre ces trois notions semblent plus ténus. Pour autant, il apparaît nécessaire de faire la distinction entre la matérialisation et la finalité de la publicité (1) de même que la distinction entre la matérialisation et la finalité de la recommandation (2).

1. La distinction entre la matérialisation et la finalité de la publicité

167. L'ambiguïté relative au caractère informatif de la publicité - Est informatif ce qui « *vise à informer* », ce qui a pour finalité l'information. Certes, la publicité peut contribuer à une meilleure information du consommateur comme en témoigne la directive 2006/114/CE en matière de publicité trompeuse et de publicité comparative⁶⁶⁷ mais l'information n'est pas sa finalité qui est l'incitation laquelle est présente dans les définitions données à la publicité.

La directive 2005/29/CE inclut la publicité dans la notion de pratique commerciale qui est « *toute action, omission, conduite, démarche ou communication commerciale [...] de la part d'un professionnel, en relation directe avec la promotion, la vente ou la fourniture d'un produit aux consommateurs* »⁶⁶⁸. En droit pénal, sous l'empire de la loi ancienne, la publicité était définie par la Cour de cassation comme un « *moyen d'information destiné à permettre au client potentiel de se faire une opinion sur les caractéristiques des biens ou services qui lui sont proposés* »⁶⁶⁹.

Cette relation entre information et publicité est d'ailleurs débattue par les économistes, les uns estimant que la publicité est de nature persuasive et qu'elle crée des différenciations

⁶⁶⁷ Dir. 2006/114/CE, consid. 8.

⁶⁶⁸ Dir. 2005/29/CE, art. 2 (d).

⁶⁶⁹ Cass. crim., 23 mars 1994, n° 92-86.351, Bull. crim. 1994 n° 114 : *RTD com.* 1994, p. 589, obs. P. Bouzat – Cass. crim., 14 oct. 1998, n° 98-80.527, Bull. crim. n° 262 : *JCP G* 1999, II, 10066, note Ph. Conte ; *CCC* 1999, comm. 32, note G. Raymond – Cass. com., 6 mai 2008, n° 04-19.713 – Cass. crim., 15 mai 2012, n° 11-83.301 : *CCE* 2012, comm. 247, obs. G. Raymond ; *JCP E* 2012, 1697, note J.-H. Robert ; *RDC* 2013, p. 209, obs. R. Ollard.

artificielles entre les produits voire crée de toutes pièces une demande, les autres considérant que la publicité joue un rôle informatif et contribue à réduire les coûts de recherche du consommateur, à faciliter ses choix et à favoriser les entreprises pratiquant des prix bas⁶⁷⁰. La formule de la Cour de cassation est malheureuse en ce qu'elle sous-entend que la publicité est un moyen au service de l'information alors qu'il s'agit en réalité du contraire. Pour certains auteurs, il ne fait pas de doute que la publicité est de nature incitative⁶⁷¹. Sur le terrain de la publicité fausse ou de nature à induire en erreur, les juges ont été amenés à rejeter cette qualification au motif que le message avait été communiqué après la conclusion du contrat litigieux⁶⁷². De même, il a été jugé qu'un article de presse se bornant à communiquer des informations ne pouvait être qualifié de publicité mensongère⁶⁷³.

168. La confusion entre le contenu et la finalité de la publicité : l'exemple de la publicité

pour l'alcool - Dans certains domaines, la nature de la publicité peut en apparence poser question. Par exemple, la publicité pour l'alcool est strictement encadrée par le législateur qui liste les supports autorisés⁶⁷⁴, impose qu'elle contienne un message sanitaire⁶⁷⁵ et énumère les mentions admises dans la publicité – degré d'alcool, origine, dénomination, composition du produit, nom et adresse du fabricant, agents et dépositaires, mode d'élaboration, modalités de vente et de consommation⁶⁷⁶, références relatives aux terroirs de production, aux distinctions obtenues, aux indications géographiques⁶⁷⁷ – en précisant que des références à la couleur, au goût ou à l'odeur du produit sont admises à condition d'être objectives⁶⁷⁸. La distinction entre des mentions licites, parce qu'objectives, et des mentions illicites, parce que subjectives, s'avère néanmoins extrêmement ténue⁶⁷⁹.

Dans une affaire relative à des affiches en faveur d'une marque de whisky représentant Black et Mortimer, la Cour de cassation a censuré une cour d'appel au motif qu'il résultait de ses propres constatations « *que le décor des affiches publicitaires constituait une mise en scène*

⁶⁷⁰ Sur cette opposition entre l'École d'Harvard et l'École de Chicago, v. : H. LANOTTE, D. ROSSI, « Information versus persuasion : la controverse autour de l'impact de la publicité sur les préférences des consommateurs », *L'Actualité économique* 2014, vol. 90, n° 1, pp. 47-75.

⁶⁷¹ S. FOURNIER, « Pratiques commerciales trompeuses », *J.-Cl. Lois pénales spéciales*, fasc. 20, 2025, §16.

⁶⁷² Cass. crim., 31 janv. 1989, n° 88-83-384, Bull. crim. 1989 n° 40 : *D.* 1990, p. 359, note G. Roujou de Boubée ; *RTD com.* 1990, p. 154, note P. Bouzat.

⁶⁷³ CA Aix-en-Provence, 13 févr. 1980 : *D.* 1980, p. 618, note G. Endréo.

⁶⁷⁴ CSP, art. L. 3323-2.

⁶⁷⁵ CSP, art. L. 3323-4, al. 4.

⁶⁷⁶ CSP, art. L. 3323-4, al. 1.

⁶⁷⁷ CSP, art. L. 3323-4, al. 2.

⁶⁷⁸ CSP, art. L. 3323-4, al. 2, *in fine*.

⁶⁷⁹ V. MALABAT, « Droit pénal et publicité en faveur des vins. Quelles contraintes et opportunités ? », *in* dossier « Droit pénal et droit du vin, quelles opportunités et contraintes pour la filière ? », *Dr. et patr.* 2020, n° 304, p. 18.

destinée à valoriser le whiskey de marque Jameson, en associant des éléments de nature à lui donner une image séduisante liée à l'Irlande et ses traditions, associée au thème du voyage et à l'ancienneté de ses méthodes de fabrication, éléments étrangers à la stricte indication de l'origine du produit, de sa composition et de son mode d'élaboration »⁶⁸⁰. La Cour de cassation tempère sa position dans son arrêt du 26 janvier 2010 rendu après renvoi en se contentant de rappeler aux juges qu'ils devaient rechercher « si la publicité incriminée ne dépassait pas les limites des indications prévues par l'article L. 3323-4 du code de la santé publique en dépit de la modification de ce texte par la loi du 23 février 2005 »⁶⁸¹. Dans l'arrêt du 15 mai 2012, la chambre criminelle valide l'appréciation des juges d'appel qui avaient considéré que « le fait que l'illustrateur de la bande dessinée Blake et Mortimer en soit l'auteur ne permet pas de créer un lien automatique entre elles et l'attraction de ses bandes dessinées sur un certain public, ni qu'il s'agisse d'une bande dessinée destinée à séduire de jeunes adultes ; que les affiches ne contiennent ni évocation d'ambiance incitant à la consommation ni exaltation de qualités ou de vertus ; qu'elles ne font pas appel au sentiment de bonheur ni ne jouent sur le registre de la convivialité ; qu'elles évoquent seulement le monde artisanal dans lequel est né le produit et les soins qui ont été apportés à sa fabrication, dès sa création, tous éléments se rapportant à l'origine et au mode d'élaboration du produit visés par la loi ; que la première affiche ne comporte pas d'élément accréditant l'idée de voyage ou d'aventures lointaines, mais des références à l'origine ou au terroir de production du produit ; que la deuxième affiche constitue une référence licite à l'origine et au terroir de production, mais aussi au mode d'élaboration du produit et à sa couleur ; que la troisième présente la phase de contrôle de la maturation du produit dans sa réalité objective »⁶⁸².

La Cour de cassation raffermi pourtant sa jurisprudence dans un arrêt du 20 mai 2020 en considérant que l'objectivité s'étend à toutes les mentions de l'article L. 3323-4, alinéa 2 du code de la santé publique⁶⁸³. Il est en effet dans l'esprit de la loi que la publicité en faveur de boissons alcoolisées doit être informative et neutre⁶⁸⁴ ce que la Cour de cassation a rappelé dans

⁶⁸⁰ Cass. crim., 19 déc. 2006, n° 05-87.268 : *Dr. pén.* 2007, comm. 40, note J.-H. Robert.

⁶⁸¹ Cass. crim., 26 janv. 2010, n° 08-88.134 : *Dr. pén.* 2010, comm. 49, note J.-H. Robert ; *Légipresse* 2010, p. 33, note F. Gras. Il est vrai que la L. n° 2005-157 du 23 février 2005 modifie l'alinéa 2 de l'article L. 3323-4 du code de la santé publique et ouvre la possibilité de faire référence aux terroirs de production, distinctions obtenues, indications géographiques et de mentionner des références objectives relatives à la couleur et aux caractéristiques olfactives et gustatives. C'est donc davantage une invitation faite à la cour d'appel de vérifier si l'affiche litigieuse pouvait rentrer dans ces prévisions.

⁶⁸² Cass. crim., 15 mai 2012, n° 11-83.686 : *Dr. pén.* 2012, comm. 103, note J.-H. Robert.

⁶⁸³ Cass. civ. 1^{ère}, 20 mai 2020, n° 19-12.278 : *Dr. pén.* 2020, comm. 158, note J.-H. Robert.

⁶⁸⁴ E. DEFLERS, E. ANDRIEU, « Réglementation de la publicité en faveur de l'alcool », *Légipresse* 1991, n° 81, III, p. 59 ; G. BERGER (prés.), *La loi relative à la lutte contre le tabagisme et l'alcool*, rapp. d'évaluation, oct. 1999, p. 57.

un arrêt du 1^{er} juillet 2015 en rappelant que les prescriptions de l'article L. 3323-4 du code de la santé publique portent sur une publicité au caractère « *objectif et informatif* »⁶⁸⁵.

169. L'indifférence du caractère informatif de la publicité - Pour certains auteurs, l'incitation n'est pas un critère de la publicité puisqu'elle peut parfaitement être informative⁶⁸⁶ tandis que pour d'autres, la publicité en faveur d'un produit vise de toute façon à inciter à l'achat et « *l'hyperbole, par son pouvoir d'évocation, est le propre de la publicité afin de retenir l'attention d'un consommateur sur-sollicité* »⁶⁸⁷, d'où il ressort qu'une publicité non incitative rendrait le contrat de publicité non causé⁶⁸⁸. La Cour d'appel de Paris, dans un arrêt du 13 décembre 2018, avait d'ailleurs pu considérer que le contenu d'un message publicitaire, « *par nature, ne saurait être purement informatif* »⁶⁸⁹.

Il semble en réalité qu'il faille distinguer deux choses : la finalité de la publicité et son contenu. Il n'existe pas de contradiction insurmontable entre la poursuite d'une finalité incitative et la matérialisation d'un message dans un contenu informatif. La raison d'être de la publicité, le simple fait qu'elle soit diffusée ou publiée volontairement, fait l'incitation, qu'importe que son contenu soit en lui-même informatif ou que le message reprenne des mentions obligatoires imposées par le législateur.

2. La distinction entre la matérialisation et la finalité de la recommandation

170. Le caractère en partie informatif de la recommandation - Comme la publicité, la recommandation peut se matérialiser par des informations, c'est-à-dire par des messages dotés de signification, et éclairer le choix des individus, à l'instar des avis, des critiques ou de résultats de tests menés par des experts. La recommandation peut également donner accès à de l'information au sens générique du terme comme les classements de résultats des moteurs de recherche ou les fils d'actualités sur les réseaux sociaux.

⁶⁸⁵ Cass. civ. 1^{ère}, 1^{er} juill. 2015, n° 14-17.368, Bull. civ. I n° 166 : *Légipresse* 2015, p. 495, note E. Andrieu ; CCC 2015, comm. 246, note G. Raymond.

⁶⁸⁶ L. ARCELIN, « Publicité – Règles générales », *J.-Cl. Concurrence-Consommation*, fasc. 792, 2020, §4.

⁶⁸⁷ F. GRAS, « Publicité alcool : un jardin clos sans pouvoir d'évocation au nom de l'information objective », note sous CA Versailles, 1^{ère} ch., 1^{ère} sect., 15 juin 2021, n° 20/02757, *ANPAA c/ S^{te} Kronenbourg*, *Légipresse* 2021, p. 492.

⁶⁸⁸ C. HARDOUIN-LE GOFF, « Publicité pour l'alcool », *J.-Cl. Communication*, fasc. 184, 2025, §18.

⁶⁸⁹ CA Paris, pôle 2, ch. 2, 13 déc. 2018, n° 17/03352 : *Légipresse* 2020, p. 42, note E. Andrieu.

171. Le caractère fondamentalement incitatif de la recommandation - La recommandation n'a pas toujours de finalité informative, surtout en ligne. Il ne s'agit pas tant de renseigner l'internaute ou de lui fournir un état des lieux sur ce qui se dit ou ce qu'il se passe dans la réalité et en ligne que de lui permettre de circuler, de faire en sorte qu'il clique, qu'il se mette en lien avec autrui, qu'il passe un contrat avec autrui, qu'il « *consomme* » du contenu.

Peu importe donc la teneur de la recommandation. Elle peut être subjective comme dans le cas des conversations informelles entre utilisateurs, des critiques de la presse, des expérimentations réalisées par des sachants sur de nouveaux produits, des avis en ligne que le législateur définit d'ailleurs comme des « *opinions* »⁶⁹⁰, mais elles peuvent également être d'apparence objective lorsqu'elles consistent à fournir un état de l'activité des utilisateurs d'un site à l'image des recommandations purement agrégées comme les « *vidéos les plus vues* », « *articles les plus commentés* », « *sons les plus streamés* ». Elles peuvent aussi fusionner en quelque sorte avec les contenus qui en font l'objet comme dans le cas des résultats de recherche ou des fils d'actualités. Ces dernières ont beau « *s'effacer* », être invisibilisées au profit des contenus qu'elles présentent à l'utilisateur, elles demeurent éminemment subjectives dans leur fonctionnement qui, de fait, entremêle traçage, profilage et ciblage des utilisateurs grâce à leurs données.

Section 2. L'approche fonctionnaliste : l'existence d'une contrepartie comme ligne de partage imparfaite entre la publicité et la recommandation

172. Une divergence en apparence sensible de la publicité et de la recommandation - La publicité et la recommandation partagent des points communs, comme l'incitation et leur rapport à l'information, mais se distinguent néanmoins par leur fonctionnement. Si l'existence ou non d'une contrepartie à la communication de l'incitation apparaît comme un critère de distinction pertinent pour la publicité et la recommandation (§1), il se révèle cependant imparfait (§2).

⁶⁹⁰ C. consom., art. D. 111-9 : « un avis en ligne s'entend de l'expression de l'opinion d'un consommateur sur son expérience de consommation grâce à tout élément d'appréciation, qu'il soit quantitatif ou qualitatif ».

§1. La contrepartie à la communication de l'incitation, critère de distinction pertinent entre la publicité et la recommandation

173. Être ou ne pas être rémunéré, telle est la question - Le critère lié à l'existence d'une contrepartie, le plus souvent monétaire, en échange de la mise à disposition d'un espace de communication pour inciter autrui, permet *a priori* de distinguer la publicité (A) de la recommandation (B).

A. L'existence d'une contrepartie à la communication de l'incitation, critère de qualification de la publicité

174. L'omniprésence du critère de la contrepartie pour qualifier l'existence d'une publicité - L'existence d'une contrepartie à la communication de l'incitation constitue le critère de qualification de la publicité tant en *marketing* (1) qu'en droit (2).

1. L'existence d'une contrepartie, critère de qualification de la publicité en *marketing*

175. La publicité, composante du marketing et de la communication commerciale - Le *marketing* est « la stratégie d'adaptation des organisations à des marchés concurrentiels, pour influencer en leur faveur le comportement des publics dont elles dépendent, par une offre dont la valeur perçue est durablement supérieure à celle des concurrents »⁶⁹¹. Bien qu'il pénètre le secteur associatif⁶⁹² ou politique⁶⁹³, le *marketing* trouve son domaine d'élection dans le secteur marchand où il consiste à « créer de la valeur économique pour l'entreprise en créant de la valeur perçue par les clients »⁶⁹⁴.

Une fois passée la phase exploratoire qui consiste à cerner un marché donné par l'étude de la concurrence et des consommateurs, vient la phase opérationnelle autrement appelée

⁶⁹¹ A. DE BAYNAST *et al.*, *Mercator. Tout le marketing à l'ère de la data et du digital*, Dunod, coll. Livres en Or, 13^{ème} éd., 2021, p. 5.

⁶⁹² K. GALLOPEL-MORVAN *et al.*, *Marketing & communication des associations*, Dunod, coll. Marketing/Communication, 3^{ème} éd., 2021.

⁶⁹³ F. DOSQUET (dir.), *Marketing et communication politique*, EMS Editions, coll. Questions de société, 2022.

⁶⁹⁴ A. DE BAYNAST *et al.*, *Mercator. Tout le marketing à l'ère de la data et du digital*, *op. cit.*, p. 5.

« *marketing mix* » ou « *4P* » pour « *Product* »⁶⁹⁵, « *Price* »⁶⁹⁶, « *Placement* »⁶⁹⁷ et « *Promotion* ». Cette dernière consiste à mettre en application la politique de communication autour du produit ou de la marque, c'est-à-dire les « *informations, messages et autres signaux que l'entreprise décide d'émettre volontairement en direction de publics choisis ou publics cibles* »⁶⁹⁸, dont la publicité.

176. La contrepartie, critère de qualification de la publicité en tant que communication commerciale médiatique : l'approche classique du *marketing* - Rassemblant des techniques diverses aux fins de modifier leur comportement en faveur du produit ou de la marque, la communication commerciale peut se distinguer selon qu'elle opère en dehors du champ médiatique ou *via* les médias⁶⁹⁹.

La communication hors médias revêt diverses formes. Elle peut s'adresser au public à des fins directement promotionnelles comme le *marketing* direct⁷⁰⁰, la promotion des ventes⁷⁰¹, la publicité sur le lieu de vente⁷⁰² ou à des fins indirectement promotionnelles comme le mécénat et le parrainage⁷⁰³. Enfin, elle peut cibler des intermédiaires également à des fins directement promotionnelles à l'image des salons et foires professionnels⁷⁰⁴ ou indirectement promotionnelles à l'instar des relations publiques⁷⁰⁵.

En revanche, la publicité est une communication médiatique qui s'entend de « *tout message à but promotionnel inséré à titre onéreux dans l'un des six grands médias qui lui délivrent en contrepartie leur audience, et dont la présentation se démarque clairement du*

⁶⁹⁵ Le produit désigne au sens large ce qui est commercialisé par l'entreprise : bien, service, matériel ou immatériel. La composante « *Product* » consiste à déterminer les dimensions du produit (concept, formule, performances, identité sensorielle, design, packaging, services, avantages-produit), la gamme à laquelle il appartient et son cycle de vie etc. : *ibid.*, p. 183 et s.

⁶⁹⁶ Le « *Price* » consiste à déterminer le prix du produit et sa structure en tenant compte des coûts pour l'entreprise, de son élasticité à l'égard du consommateur, de son positionnement vis-à-vis de la gamme et des prix pratiqués par la concurrence : *ibid.*, p. 238 et s.

⁶⁹⁷ Le « *Placement* » renvoie à la distribution du produit, directe ou indirecte, intégré dans un circuit long ou court, relevant d'une stratégie massive, sélective ou exclusive. Sont également concernés le point de vente lui-même, l'ambiance, l'assortiment et la présentation du produit : *ibid.*, p. 301 et s.

⁶⁹⁸ *Ibid.*, p. 430.

⁶⁹⁹ *Ibid.*, p. 448. Les auteurs distinguent la communication sur médias de masse et les autres. D'autres auteurs préfèrent le terme média/hors média : M. FERRANDI, M.-CH. LICHTLÉ, *Marketing*, Dunod, coll. Openbook, 2021, p. 270.

⁷⁰⁰ M. FERRANDI, M.-CH. LICHTLÉ, *Marketing*, *op. cit.*, p. 272.

⁷⁰¹ La promotion des ventes se distingue du marketing direct en ce qu'elle porte sur des offres temporaires (primes, réductions, jeux et concours, essais gratuits) : *ibid.*, p. 270.

⁷⁰² A. DE BAYNAST *et al.*, *Mercator. Tout le marketing à l'ère de la data et du digital*, *op. cit.*, p. 458 ; M. FERRANDI, M.-CH. LICHTLÉ, *Marketing*, *op. cit.*, p. 274.

⁷⁰³ M. FERRANDI, M.-CH. LICHTLÉ, *Marketing*, *op. cit.*, p. 272.

⁷⁰⁴ *Ibid.*, p. 274.

⁷⁰⁵ *Ibid.*, p. 274. L'objectif des relations publiques est d'abord de créer et développer des relations de confiance.

contenu rédactionnel du média »⁷⁰⁶. La publicité est donc une composante de la communication commerciale d'une entreprise, laquelle fait partie du *marketing*, et qui nécessite une contrepartie en échange de la diffusion du message publicitaire.

177. Les limites de la distinction entre communication commerciale médias et hors médias - La distinction entre communications commerciales médias et hors médias s'avère pourtant poreuse. D'une part, certaines techniques hors média se chevauchent. À titre d'exemple, l'annonce de lancement d'un nouveau produit à prix imbattable peut relever du *marketing* direct lorsqu'il est transmis au consommateur par publipostage mais également de la promotion des ventes dans la mesure où cette opération temporaire fait l'objet d'affichage sur le point de vente. D'autre part, les communications commerciales hors média et *via* les médias sont parfaitement complémentaires : une action promotionnelle peut faire l'objet d'une communication sur le point de vente et dans la presse. La confusion entre communications commerciales est encore plus flagrante avec le développement du numérique dans la mesure où il constitue à la fois un lieu de vente, un moyen de communication commerciale qui peut se faire *mail*, *newsletter*, notification sur *smartphone*, et un média de masse en soi pour lequel la publicité est une source de financement majeure, permettant dans le même temps au consommateur de bénéficier de contenus gratuits.

178. La contrepartie, critère de qualification de la publicité en tant que *paid media* : l'approche renouvelée du *marketing* - En raison du chevauchement entre communications commerciales médias et hors médias, certains professionnels du marketing recourent à une autre distinction entre les communications commerciales selon l'audience et le degré de contrôle du support qui s'avère particulièrement pertinente dans l'univers numérique.

Le *owned media* désigne l'audience des supports contrôlés par l'entreprise⁷⁰⁷ comme son site Internet, ses pages sur les réseaux sociaux, ses *newsletters*, ses applications.

Le *earned media* correspond à « l'audience d'une entreprise, d'une marque ou d'un produit obtenue sans l'acheter »⁷⁰⁸. Il s'agit donc des retombées qu'une entreprise peut espérer,

⁷⁰⁶ A. DE BAYNAST *et al.*, *Mercator. Tout le marketing à l'ère de la data et du digital*, op. cit., p. 458. Ces six grands médias rassemblent Internet, la télévision, la presse, l'affichage, la radio et le cinéma.

⁷⁰⁷ A. DE BAYNAST *et al.*, *Mercator. Tout le marketing à l'ère de la data et du digital*, Dunod, coll. Livres en Or, 13^{ème} éd., 2021, p. 451.

⁷⁰⁸ *Ibid.*, p. 450.

sans garantie qu'elles se produisent car elle ne contrôle pas ces messages : articles de presse ou de *blogs*, commentaires et partages sur les réseaux sociaux, bouche-à-oreille⁷⁰⁹.

Le *paid media* correspond en revanche à l'audience « *achetée dans les médias* »⁷¹⁰ et recoupe notamment la publicité dans les médias traditionnels mais également les bannières, les liens hypertextes, les affiliations de site.

179. L'existence d'une contrepartie à la communication de la publicité et ses corollaires

- Toute communication commerciale n'est donc pas de la publicité, en l'absence de contrepartie. La publicité est mise en œuvre par un annonceur – avec ou non des agences de publicité ou des agences médias – parfois par l'intermédiaire de régies, qui achètent de l'espace publicitaire à un support sur lequel sera communiqué le message en direction de l'audience du média, c'est-à-dire le public⁷¹¹. Bien que communiqué sur un espace appartenant à un tiers, le message est sous le contrôle éditorial de l'annonceur⁷¹² et lui est donc favorable⁷¹³. La publicité répond à une logique biface attentionnelle dans la mesure où il s'agit pour les annonceurs de toucher une audience qui correspond à leurs cibles et pour les supports d'un mode de financement leur permettant de proposer des contenus gratuits ou à moindre coût à leur public.

En ligne, la publicité peut être de type *display*⁷¹⁴ qui prend la forme de bannières ou de vidéos insérées sur des sites et qui est une déclinaison de sa forme traditionnelle (encarts, spots, affiches), de type *search*⁷¹⁵ qui consiste à faire apparaître des liens promotionnels à l'occasion d'une recherche d'un internaute sur un moteur de recherche, une place de marché ou un comparateur et de type *social*⁷¹⁶ qui prend la forme de contenus sponsorisés sur les réseaux sociaux.

Comme dans sa forme classique, le montant de la transaction peut dépendre de son exposition, c'est-à-dire du nombre de fois où le message sera exposé à la cible⁷¹⁷ mais peut également dépendre de la performance⁷¹⁸ ou se faire au forfait⁷¹⁹.

⁷⁰⁹ Ce qui n'empêche pas cet « *earned media* » d'être coûteux : *ibid.*, p. 451. L'audience n'est en effet pas gratuite puisque l'entreprise doit l'obtenir et entretenir. On peut songer au *community management* ou à l'envoi d'objets aux journalistes, aux influenceurs dans l'espoir d'articles ou de posts favorables.

⁷¹⁰ *Ibid.*, p. 451.

⁷¹¹ *Ibid.*, p. 486 et s.

⁷¹² *Ibid.*, p. 459.

⁷¹³ *Ibid.*, p. 458.

⁷¹⁴ *Ibid.*, p. 475.

⁷¹⁵ *Ibid.*, p. 468.

⁷¹⁶ A. DE BAYNAST et al., *Mercator. Tout le marketing à l'ère de la data et du digital*, Dunod, coll. Livres en Or, 13^{ème} éd., 2021, p. 471.

⁷¹⁷ Tarification appelée « coût par mille » : *ibid.*, p. 467.

⁷¹⁸ La tarification dépend ici de la performance de la publicité, c'est-à-dire lorsqu'elle a été suivie d'effet (clic de l'internaute sur un lien, abonnement à une newsletter, ventes générées à la suite du clic, ... : *ibid.*, p. 467.

⁷¹⁹ *Ibid.*, p. 467.

La réalisation de ces transactions peut se faire directement entre l'annonceur et le support mais également par des intermédiaires comme les agences média et les régies ou encore de façon automatisée, en temps réel et ciblée par le biais de plateformes de publicité programmatique qui permettent un ciblage beaucoup plus fin que la publicité sur les médias classiques en choisissant quel message sera inséré, dans quel site ou application, à quel internaute et à quel moment⁷²⁰. Ces contrats publicitaires, dans leur forme classique, font d'ailleurs l'objet d'un texte spécifique relatif à la transparence entre cocontractants⁷²¹, complété par un décret relatif à la publicité digitale⁷²².

Enfin, si la publicité est d'ordinaire de type *push*, c'est-à-dire qu'elle s'impose à la cible sans que cette dernière ne l'ait sollicitée⁷²³, la publicité en ligne peut également être de type *pull* comme dans le cas des liens commerciaux qui s'affichent à la suite d'une requête de l'internaute sur un moteur de recherche⁷²⁴.

2. L'existence d'une contrepartie, critère de qualification de la publicité en droit

180. La contrepartie, critère de qualification de la publicité : une fausse évidence - Si l'existence d'une contrepartie à la communication d'une incitation paraît de prime abord assez logique pour qualifier une telle incitation de publicité, le passage en revue de certains secteurs et le traitement de la publicité qui en est fait, laisse apparaître des divergences. Bien que très présent, le critère de la contrepartie apparaît instable pour qualifier la publicité (a) mais s'avère en réalité opportun en matière numérique (b).

⁷²⁰ *Ibid.*, p. 493 et s. V. également : D. CARDON, *Culture numérique*, Presses de Sciences Po, coll. Les Petites Humanités, 2019, pp. 315-316 ; L. ARCELIN, « Quelles réglementations s'appliquent à la publicité ciblant les consommateurs ? », in *Vers un droit neuroéthique ? Réflexion à partir des pratiques numériques d'influence et de manipulation des consommateurs*, dir. Sabine Bernheim-Desvaux et J. Sénéchal, IRJS Éditions, coll. Bibliothèque de l'IRJS-André Tunc, t. 136, 2025, p. 203.

⁷²¹ L. n° 93-122 du 29 janv. 1993 relative à la prévention de la corruption et à la transparence de la vie économique et des procédures publiques, art. 20 à 29.

⁷²² Décret n° 2017-159 du 9 févr. 2017 relatif aux prestations de publicité digitale, *JORF* n° 0036, 11 févr. 2017.

⁷²³ A. DE BAYNAST *et al.*, *Mercator. Tout le marketing à l'ère de la data et du digital*, *op. cit.*, p. 460.

⁷²⁴ *Ibid.*, p. 468.

- a. L'existence d'une contrepartie, critère instable de qualification de la publicité en droit

181. Exemples sectoriels - La recension du critère de la contrepartie en droit fait apparaître une grande variété, source d'instabilité de la qualification de la publicité. S'il apparaît certain en matière de publireportages (i) puis variable en matière de référencement (ii), le critère se révèle ensuite ambigu en matière de publicité audiovisuelle (iii) et enfin extrêmement flou s'agissant du *marketing* d'influence (iv).

- i. La contrepartie, critère certain pour qualifier la publicité en matière de publireportages

182. L'existence d'une contrepartie imposée pour qualifier les publireportages - Il peut être difficile pour une cible de distinguer ce qui relève de la publicité et ce qui relève de l'information lorsque le caractère publicitaire du message et son bénéficiaire ne sont pas mentionnés dans le média qu'il consulte. C'est pour cette raison que la directive 2005/29/CE sur les pratiques commerciales déloyales fait de la pratique du « *publi-reportage* », une pratique commerciale réputée déloyale en toutes circonstances puisqu'elle consiste à « *utiliser un contenu rédactionnel dans les médias pour faire la promotion d'un produit, alors que le professionnel a financé celle-ci lui-même, sans l'indiquer clairement dans le contenu ou à l'aide d'images ou de sons clairement identifiables par le consommateur* »⁷²⁵.

183. Les précisions sur l'origine et la nature de la contrepartie au publireportage par la jurisprudence - La Cour de justice de l'Union européenne (CJUE) a eu l'occasion de se prononcer sur le champ d'application de ce texte dans un arrêt en date du 17 octobre 2013⁷²⁶. Pour les juges européens, la pratique commerciale doit émaner du professionnel et être en relation directe avec la promotion des produits de ce professionnel⁷²⁷. Or, l'éditeur du journal en cause n'ayant pas promu pas ses propres produits, l'article ne lui est pas applicable⁷²⁸, la Cour

⁷²⁵ Dir. 2005/29/CE, annexe I, 11°. Pour une application en droit interne de cette pratique, v. : Cass. com., 7 mai 2019, n° 17-19.968.

⁷²⁶ CJUE, 17 oct. 2013, aff. C-391/12, *RLvS : Europe* 2013, comm. 539, note M. Meister ; *RTD eur.* 2014, p. 730, obs. C. Aubert de Vincelles.

⁷²⁷ *RLvS*, §37.

⁷²⁸ *RLvS*, §39.

précisant qu'il en aurait été différemment s'il avait agi au nom et pour le compte du professionnel⁷²⁹.

Sur la notion de financement du contenu rédactionnel, la CJUE considère dans un autre arrêt que la pratique incriminée est constituée si « *le professionnel fournit une contrepartie ayant une valeur patrimoniale pour la publication, que cela soit sous la forme du versement d'une somme d'argent ou sous toute autre forme, dès lorsqu'il existe un lien certain entre le financement accordé par ledit professionnel et ladite publication* ». Tel est le cas en l'espèce « *de la mise à disposition gratuite par le même professionnel d'images protégées par des droits d'utilisation* »⁷³⁰.

ii. La contrepartie, critère variable de la publicité en matière de référencement

184. L'absence du critère de la contrepartie dans la définition de la publicité au sein de la loi pour la confiance dans l'économie numérique - La publicité apparaît dans la LCEN sans pour autant être définie. Selon son article 20, « *toute publicité, sous quelque forme que ce soit, accessible par un service de communication en ligne, doit pouvoir être clairement identifiée comme telle* » et « *doit rendre clairement identifiable la personne physique ou morale pour le compte de laquelle elle est réalisée* ». De cette disposition, il apparaît donc que la publicité est communiquée pour un bénéficiaire mais le texte est muet sur l'existence ou non d'une contrepartie à cette communication.

185. L'apparition en filigrane de la contrepartie dans la qualification de la publicité au sein de la jurisprudence : l'exemple du référencement par les comparateurs de prix - Plusieurs décisions font pourtant de la contrepartie, de façon sous-jacente, une condition de qualification de la publicité. Dans l'affaire *Le Guide*, était reproché à un comparateur de prix le fait de faire bénéficier à certains *e-marchands* d'un référencement prioritaire moyennant rémunération sans en informer les consommateurs. Les arguments du défendeur consistaient à réfuter notamment la qualification de publicité puisqu'il ne sollicitait pas activement les internautes – une référence à la distinction *push/pull* – et qu'il se bornait à retranscrire « *le*

⁷²⁹ RLvS, §38 et 40. V. sur cette question : L. ARCELIN, « Les méandres de la publicité cachée sur Internet », *RLDA* 2014, n° 90, pp. 31-36.

⁷³⁰ CJUE, 2 sept. 2021, aff. C-371/20, *Peek & Cloppenburg* : *Europe* 2021, comm. 405, note V. Bissani-Winckler.

contenu totalement objectif des offres émises par les e-marchands » sans les mettre en valeur. La Cour de cassation considère, comme la Cour d'appel, que le comparateur exerçait une activité de prestataire de service commercial et publicitaire en relevant notamment qu'il était rémunéré pour classer prioritairement certaines offres⁷³¹.

186. L'existence d'une contrepartie, condition de qualification de la publicité faite par les comparateurs inscrite dans la loi SREN - L'ancien article L. 111-7, I du code de la consommation évoquait le critère de la rémunération dans l'obligation d'information qu'elle mettait à la charge des plateformes de classement ou de référencement et les plateformes de mise en relation et qui portait sur *« l'existence d'une relation contractuelle, d'un lien capitalistique ou d'une rémunération à son profit »*⁷³² ou *« la qualité d'annonceurs »* des parties⁷³³, de même qu'était imposé aux opérateurs fournissant des informations permettant la comparaison des prix et des caractéristiques de biens et services proposés par des professionnels de faire apparaître sur la page des résultats de comparaisons ou de classements des offres *« le caractère payant ou non du référencement »*⁷³⁴. L'article D. 111-14 du code de la consommation quant à lui était plus clair s'agissant des comparateurs : *« en application de l'article 20 de la loi n° 2004-575 du 21 juin 2004 pour la confiance dans l'économie numérique et dans l'exercice de l'activité définie au neuvième alinéa de l'article L. 111-7, seules les offres de biens ou de services référencées à titre payant, et dont le rang de classement dépend de cette rémunération, font apparaître leur caractère publicitaire par la mention du mot "Annonces" sur la page d'affichage de résultats du site comparateur »*.

La loi n° 2024-449 du 21 mai 2024 visant à sécuriser et réguler l'espace numérique dite « loi SREN » est venue modifier le code de la consommation afin de mettre le droit interne en conformité avec le règlement DSA. Auparavant, le code de la consommation considérait qu'une plateforme exerçait deux activités : soit le classement et le référencement, soit la mise en relation de parties en vue de la conclusion d'un contrat⁷³⁵. Le règlement DSA quant à lui distingue deux acteurs : les plateformes et les moteurs de recherche⁷³⁶. La loi SREN est donc venue clarifier les choses : les plateformes incluent seulement les places de marché et les

⁷³¹ Cass. com., 4 déc. 2012, n° 11-27.729, *Le Guide*, Bull. civ. IV n° 221 : CCC 2013, comm. 68, obs. G. Raymond ; *ibid.*, comm. 14, obs. G. Loiseau. V. également : Cass. com., 29 nov. 2011, n° 10-27.402, *Kelkoo* : CCC 2012, comm. 56, obs. G. Raymond ; *Propriété ind.* 2012, comm. 28, note J. Larrieu.

⁷³² C. consom., art. L. 111-7, II, 2° (ancien).

⁷³³ C. consom., art. L. 111-7, II, 3° (ancien).

⁷³⁴ C. consom., art. D. 111-12, 3° (ancien).

⁷³⁵ C. consom., art. L. 111-7, I, 1° et 2° (ancien).

⁷³⁶ Règl. DSA, art. 3 (i) et 3 (j).

comparateurs. Le comparateur de prix est aujourd'hui défini comme « *tout service de communication au public en ligne consistant en la fourniture d'informations permettant la comparaison des prix et des caractéristiques de biens et de services proposés par des professionnels* »⁷³⁷. L'actuel D. 111-7 du code de la consommation rassemble les obligations auxquelles il doit se soumettre. Il doit par exemple mettre en place une rubrique spécifique expliquant le fonctionnement du service de comparaison, dont « *l'existence ou non d'une relation contractuelle ou de liens capitalistiques entre le site de comparaison et les professionnels référencés* » et « *l'existence ou non d'une rémunération du site par les professionnels référencés et, le cas échéant, l'impact de celle-ci sur le classement des offres* »⁷³⁸. De même, le caractère payant ou non du référencement doit également être indiqué sur chaque page des résultats de comparaison⁷³⁹. La référence claire à la publicité apparaît désormais à l'article D. 111-7, IV du code de la consommation : « *En application de l'article 20 de la loi n° 2004-575 du 21 juin 2004 pour la confiance dans l'économie numérique et dans l'exercice de l'activité de comparateur en ligne, seules les offres de biens ou de services référencées à titre payant, et dont le rang de classement dépend de cette rémunération, font apparaître leur caractère publicitaire par la mention du mot "Annonces" sur la page d'affichage de résultats du site comparateur* ».

187. L'incertitude relative à la distinction entre contenus payants et contenus publicitaires dans le référencement au sein du droit de la consommation : l'exemple d'une pratique commerciale déloyale *per se* - La directive 2005/29/CE sur les pratiques commerciales déloyales semble distinguer les contenus publicitaires et les contenus payants. L'annexe I, point 11 *bis* considère comme pratique commerciale déloyale en toutes circonstances le fait de « *fournir des résultats de recherche en réponse à une requête de recherche en ligne d'un consommateur sans l'informer clairement de toute publicité payante ou tout paiement effectué spécifiquement pour obtenir un meilleur classement des produits dans les résultats de recherche* ». La raison de cette distinction réside peut-être dans la qualité du bénéficiaire de la contrepartie. S'il est un professionnel, il s'agit de publicité ; s'il s'agit d'un particulier qui recourt à une fonctionnalité payante, il s'agit simplement d'un contenu payant.

⁷³⁷ C. consom., art. liminaire, 18°.

⁷³⁸ C. consom., art. D. 111-7, I, 2° et 3°.

⁷³⁹ C. consom., art. D. 111-7, II, 3°.

188. L'existence d'une contrepartie, condition de qualification de la publicité au sein de la jurisprudence relative aux hébergeurs - Le lien entre l'existence d'une rémunération et le caractère publicitaire de certains contenus apparaît en creux dans la jurisprudence abondante relative à la responsabilité de certains acteurs. Sans rentrer dans le détail des nombreuses décisions oscillant entre la qualification d'hébergeur attribuée à ces acteurs et leur exclusion de cette qualification, il convient de relever que l'exercice d'une activité publicitaire par ces derniers découle d'une rémunération pour afficher des liens ou des contenus à la demande d'annonceurs. Cette correspondance entre rémunération et publicité se retrouve dans les décisions relatives aux sociétés de presse⁷⁴⁰, moteurs de recherche⁷⁴¹, aux plateformes de partage de vidéos en ligne⁷⁴² et aux places de marché⁷⁴³.

iii. La contrepartie, critère ambigu pour qualifier la publicité en matière audiovisuelle

189. La contrepartie, critère de qualification de la publicité télévisée en droit européen et français - Tant le droit européen que le droit français excluent les messages d'intérêt général diffusés par des organismes de radiodiffusion sans que l'inexistence d'une contrepartie à leur diffusion ne soit explicitée. Le considérant 43 de la directive (UE) 2018/1808 relative aux

⁷⁴⁰ CJUE, 11 sept. 2014, aff. C-291/13, *Sotiris P. c/ O Fileleftheros Dimosia Etaireia Ltd et a.* : CCE 2014, comm. 95, note G. Loiseau ; *Europe* 2014, comm. 482, note D. Simon ; *RTD eur.* 2015, p. 355, obs. L. Coutron.

⁷⁴¹ Il s'agit notamment du service Adwords de Google qui consiste à proposer à des annonceurs de choisir des mots-clefs qui, tapés par l'internaute dans le cadre de recherches sur le moteur, déclencheront l'apparition de liens redirigeant vers le site de ces annonceurs, Google étant rémunéré à chaque clic. La plupart des litiges opposent le moteur de recherche et des marques qui se plaignent de liens redirigeant vers des sites contrefaisant leurs produits. Cette activité « publicitaire » n'est pas incompatible avec la qualification d'hébergeur dès lors que le moteur de recherche « n'a pas joué un rôle actif de nature à lui confier une connaissance ou un contrôle des données stockées » ce qui n'est pas le cas si son activité d'hébergement n'a qu'un « caractère purement technique, automatique et passif » : CJUE, 23 mars 2010, aff. C-236/08 à C-238/08, *S^{te} Google c/ S^{te} Louis Vuitton Malletier* : *JCP G* 2010, note 642, L. Marino ; *JCP G* 2011, 1175, doct. F. Terré ; CCE 2010, comm. 88, note Ph. Stoffel-Munck ; *ibid.*, comm. 70, note Ch. Caron ; *ibid.*, étude 12, G. Bonet ; *D.* 2010, p. 885, obs. C. Manara ; *RTD eur.* 2010, p. 939, obs. E. Treppoz ; CCC 2010, comm. 132, note M. Malaurie-Vignal ; *RLDI* 2010/60, n° 1980, note L. Grynbaum ; *RLDI* 2010/61, n° 1999, note C. Castets-Renard ; *Légipresse* 2010, p. 158, note C. Maréchal ; *Prop. industr.* 2010, comm. 31, note P. Tréfigny-Goy. V. également : Cass. com., 13 juill. 2010, n° 08-13.944, 06-15.136, 06-20.230 et 05-14.331 : CCE 2010, comm. 93, note Ch. Caron ; *Gaz. Pal.* 28 oct. 2010, n° 301, p. 21, note L. Marino ; *RLDI* 2010/63, n° 2063, note C. Castets-Renard.

⁷⁴² Cass. civ. 1^{ère}, 17 févr. 2011, n° 09-67.896, *Nord-Ouest production et a. c/ Dailymotion* : CCE 2011, comm. 32, note Ch. Caron ; *JCP G* 2011, 520, note A. Debet ; *Gaz. Pal.* 23 juin. 2011, p. 20, note L. Marino ; *Prop. intell.* 2011, n° 39, p. 197, note A. Lucas ; *D.* 2011, p. 1113, note L. Grynbaum ; *RLDI* 2011/69, n° 2258, note C. Castets-Renard ; *Légipresse* 2011, n° 283, p. 297, note V. Varet.

⁷⁴³ CJUE, 12 juill. 2011, aff. C-324/09, *L'Oréal et a. c/ eBay International et a.* : CCE 2011, comm. 99, note Ch. Caron ; *Prop. industr.* 2011, comm. 71, note A. Folliard-Monguiral ; *Gaz. Pal.* 26 oct. 2011, n° 299, p. 19, note L. Marino ; *D.* 2011, p. 1965, obs. C. Manara ; *RLDI* 2011/74, n° 67, note C. Castets-Renard ; *ibid.*, n° 2459, p. 61, note L. Grynbaum.

services de médias audiovisuels dite « SMA » exclut les « *messages de service public* » et les « *appels en faveur d'œuvres de bienfaisance diffusés gratuitement* » de la durée maximale du temps de diffusion consacré à la publicité sur les médias linéaires⁷⁴⁴. Le texte semble entrelacer plusieurs critères pour exclure ces messages du temps maximal consacré à la publicité à la télévision : leur émetteur et l'absence de contrepartie à sa diffusion dans les écrans publicitaires, absence explicite pour les messages émanant d'associations et implicite s'agissant des messages de service public.

En France, s'agissant de la télévision et des services de médias audiovisuels à la demande (SMAD), la publicité est définie dans le décret n° 92-180 du 27 mars 1992 comme « *toute forme de message télévisé diffusé contre rémunération ou autre contrepartie en vue soit de promouvoir la fourniture de biens ou services, y compris ceux qui sont présentés sous leur appellation générique, dans le cadre d'une activité commerciale, industrielle, artisanale ou de profession libérale, soit d'assurer la promotion commerciale d'une entreprise publique ou privée* »⁷⁴⁵. L'article 14 alinéa premier du texte impose la séparation des messages publicitaires des programmes, avant et après leur diffusion par des « *écrans reconnaissables* ». En somme, seuls les messages qualifiés de publicités au sens du décret peuvent prendre place au sein des écrans publicitaires.

190. La possibilité de diffusion de messages d'intérêt général à « caractère non publicitaire » et des campagnes d'information provenant des administrations dans des séquences publicitaires - Le droit français diffère quelque peu du droit européen sur la question de la gratuité des messages émanant d'associations à but non lucratif. L'article 14 alinéa 3 du décret du 27 mars 1992 ajoute, s'agissant de la télévision, que « *les messages d'intérêt général à caractère non publicitaire tels que ceux diffusés dans le cadre des*

⁷⁴⁴ Dir. (UE) 2018/1808 du PE et du Conseil du 14 novembre 2018 modifiant la directive 2010/13/UE visant à la coordination de certaines dispositions législatives, réglementaires et administratives des États membres relatives à la fourniture de services de médias audiovisuels (directive « Services de médias audiovisuels »), compte tenu de l'évolution des réalités du marché, *JOUE* L 303/69, 28 nov. 2018. V. précédemment : Dir. 97/36/CE du PE et du Conseil du 30 juin 1997 modifiant la directive 89/552/CEE du Conseil visant à la coordination de certaines dispositions législatives, réglementaires et administratives des États membres relatives à l'exercice d'activités de radiodiffusion télévisuelle, consid. 34 et art. 18-3 ; Dir. 2007/65/CE du PE et du Conseil du 11 décembre 2007 modifiant la directive 89/552/CEE du Conseil visant à la coordination de certaines dispositions législatives, réglementaires et administratives des États membres relatives à l'exercice d'activités de radiodiffusion télévisuelle, consid. 26 ; Dir. 2010/13/UE du PE et du Conseil visant à la coordination de certaines dispositions législatives, réglementaires et administratives des États membres relatives à la fourniture de services de médias audiovisuels, consid. 97.

⁷⁴⁵ Décret n° 92-280 du 27 mars 1992 pris pour l'application des articles 27 et 33 de la loi n° 86-1067 du 30 septembre 1986 et fixant les principes généraux définissant les obligations des éditeurs de services en matière de publicité, de parrainage et de télé-achat, art. 2 ; Décret n° 2021-793 du 22 juin 2021 relatif aux services de médias audiovisuels à la demande, *JORF* n° 0144, 23 juin 2021, art. 30.

campagnes des organisations caritatives et des campagnes d'information des administrations peuvent être insérés, le cas échéant, dans les séquences publicitaires ». Il est donc fait une distinction entre campagnes « d'information » provenant des administrations et des messages « d'intérêt général à caractère non publicitaire » émanant d'organisations caritatives. Le législateur français est plus franc que la directive européenne s'agissant de ces derniers : c'est parce qu'ils ne constituent pas de la publicité qu'ils ne sont pas comptabilisés dans le temps maximal qui lui est alloué. Même si le droit français ne fait pas mention de leur diffusion gratuite, cela semble néanmoins lié à leur statut d'exception au temps alloué aux messages diffusés moyennant rémunération.

191. Les messages d'intérêt général à caractère non publicitaire : des messages diffusés éventuellement moyennant contrepartie ? - Si la gratuité se conçoit facilement pour la diffusion de messages de service public⁷⁴⁶, elle ne s'impose pas avec évidence pour les messages d'intérêt général, ce dont témoigne la circulaire du 20 septembre 2010 relative aux concours des sociétés du secteur public de la communication audiovisuelle aux campagnes d'intérêt général faisant appel à la générosité publique⁷⁴⁷. Ce texte, qui a pour objectif de limiter le nombre de campagnes « *afin de ne pas lasser le public* » tout en le sensibilisant aux objectifs des œuvres considérées, distingue trois types de messages : les campagnes de la « *grande cause nationale* » qui « *ouvrent droit à la diffusion gratuite de messages pour les sociétés publiques de radio et de télévision* », les campagnes « d'intérêt général » agréées par le Premier ministre qui peuvent être diffusées par ces mêmes sociétés publiques « *en leur appliquant un tarif spécial fixé par les régies publicitaires concernées* »⁷⁴⁸ et « *les autres appels à la générosité publique* » qui « *peuvent faire l'objet d'informations à l'initiative des sociétés nationales de programme* » et dont le ministre de l'Intérieur publie chaque année une liste. Ce texte a donc un champ d'application limité : il ne concerne que les campagnes d'intérêt général faisant appel à la générosité publique (appels aux dons) et leur diffusion sur les antennes de télévision publique⁷⁴⁹.

⁷⁴⁶ Le cahier des charges de France Télévisions prévoit, dans son article 32 al. 3, que « les tarifs pour la diffusion des campagnes d'information des administrations, agréées par le Premier ministre, résultent d'abattements pratiqués sur les tarifs de la publicité de marques ».

⁷⁴⁷ JORF n° 0220, 22 sept. 2010.

⁷⁴⁸ V. cahier des charges de France Télévisions, art 32 al. 2.

⁷⁴⁹ En ce qui concerne les opérateurs privés, ces derniers sont libres de diffuser les campagnes d'intérêt général faisant appel aux dons ou non mais le CSA les encourage à le faire en ne les comptabilisant pas comme publicités : CH. HAQUET, « Publicité audiovisuelle », *J.-Cl. Communication*, fasc. 4130, 2021, §14.

La distinction entre publicités et messages d'intérêt général semble davantage fondée sur leur contenu et leur émetteur que sur leur caractère non rémunéré en dehors du cas des grandes causes nationales, sauf si l'on considère que l'abattement pratiqué sur la base des tarifs de la publicité de marque est tellement important que la contrepartie apparaît dérisoire et donc qu'elle n'existe pas.

iv. La contrepartie, critère flou pour qualifier la publicité en matière de marketing d'influence

192. La contrepartie, condition de qualification de la publicité en matière d'autorégulation - Le code de la Chambre de commerce international relatif à la publicité et au *marketing*, texte d'autorégulation, traite plus généralement des « *communications commerciales* » incluant la publicité mais également le *marketing* direct, la promotion des ventes ou encore le parrainage⁷⁵⁰ et dont certains principes « *peuvent être également utiles pour des formes non commerciales de publicité et de communication* »⁷⁵¹. La publicité y est définie comme « *toute forme de communication commerciale diffusée par les médias, habituellement en échange d'un paiement ou d'une autre contrepartie de valeur* »⁷⁵². En France, l'autorégulation, voire la co-régulation, de ce secteur d'activité est opérée par l'ARPP⁷⁵³, dont l'activité normative la conduit à adopter des recommandations qu'elle destine à l'ensemble des professionnels du secteur, adhérents ou non⁷⁵⁴. L'une de ces recommandations concerne plus particulièrement les communications publicitaires numériques⁷⁵⁵.

193. Les contenus provenus d'influenceurs : la distinction originelle entre contenus éditoriaux, contenus commerciaux et contenus publicitaires - S'agissant des communications pouvant émaner d'un influenceur, défini comme « *une personne créant du contenu, exprimant un point de vue ou donnant des conseils, dans un domaine spécifique et selon un style ou un traitement qui lui sont propres et que son audience identifie* »⁷⁵⁶, l'ARPP distinguait à l'origine deux catégories de contenus : les contenus éditoriaux et les contenus

⁷⁵⁰ ICC Code, 2018, p. 8.

⁷⁵¹ *Ibid.*, p. 3.

⁷⁵² *Ibid.*, p. 8.

⁷⁵³ L. ARCELIN-LÉCUYER, « Du BVP à l'ARPP : nouvelle dénomination, nouvelle régulation ? », *RDLC* 2010, n° 22, pp. 98-102.

⁷⁵⁴ L. ARCELIN, « Publicité et régulation », *J.-Cl. Communication*, fasc. 304, 2020, §38.

⁷⁵⁵ ARPP, Recommandation « Communication publicitaire numérique V5 », fiche pratique 3, mise à jour le 1^{er} janv. 2022.

établis en collaboration avec une marque qui se subdivisaient eux-mêmes en deux sous-catégories : les contenus commerciaux et les contenus publicitaires⁷⁵⁷.

Il existait donc en réalité trois catégories de contenus dont la distinction se déduisait de la définition du contenu publicitaire. Selon l'ARPP, ce dernier répondait à trois critères cumulatifs : l'existence d'engagements réciproques entre l'annonceur et l'influenceur (prise de parole moyennant paiement ou remise d'objets), l'existence d'un contrôle éditorial de l'annonceur sur le contenu avant sa publication et l'objet promotionnel de la prise de parole de l'influenceur. Dès lors, la caractérisation du contenu éditorial et du contenu commercial s'inférait de celle du contenu publicitaire. Le contenu éditorial était produit par l'influenceur sans engagement réciproque vis-à-vis de l'annonceur. Il pouvait être invité à des événements ou recevoir des objets mais rien ne l'obligeait à publier un contenu en faveur de l'annonceur. Cela correspondait tout à fait au *earned media* décrit précédemment⁷⁵⁸.

194. Les critiques relatives à la distinction entre contenus commerciaux et contenus publicitaires - La distinction entre le contenu commercial et le contenu publicitaire est plus que ténue. Pour un auteur néanmoins, le contenu commercial se caractérise par l'existence d'engagements réciproques entre l'influenceur et l'annonceur, c'est-à-dire l'obligation pour l'influenceur de publier un contenu en faveur d'un annonceur et l'existence d'une contrepartie fournie par l'annonceur à l'influenceur⁷⁵⁹. Le contenu publicitaire obéirait en sus à deux autres critères : l'existence d'un contrôle éditorial de l'annonceur sur le contenu et le caractère promotionnel du contenu⁷⁶⁰.

En pratique, la distinction semble malaisée à manipuler et il s'agit davantage d'une différence de degré que de nature. À partir du moment où il existe des obligations réciproques – obligation de publier un contenu à propos d'un objet produit ou commercialisé par l'annonceur et obligation de verser une contrepartie en argent ou en nature – il est difficilement concevable que l'annonceur n'exerce pas un droit de regard, de fait ou de droit, sur la publication. De même, à partir du moment où l'influenceur a obligation de publier un contenu moyennant contrepartie, on voit mal comment ce contenu pourrait ne pas être promotionnel. Le texte de l'ARPP évoque d'ailleurs le fait que le contenu de la prise de parole de l'influenceur « *vise* » à la promotion du produit ou du service mais les exemples qu'elle donne entre parenthèses

⁷⁵⁶ ARPP, Recommandation « Communication publicitaire numérique V5 », fiche pratique 3, mise à jour le 1^{er} janv. 2022.

⁷⁵⁷ ARPP, Recommandation « Communication publicitaire numérique V5 », fiche pratique 4, oct. 2015.

⁷⁵⁸ V. *supra* n° 178.

⁷⁵⁹ L. CARRIÉ, « L'influenceur », *J.-Cl. Communication*, 2025, §24.

⁷⁶⁰ *Ibid.*, §29 et 30.

concernent en réalité des contenus ouvertement promotionnels : discours promotionnel, présentation verbale ou visuelle à visée promotionnelle. Sauf à considérer que l'ARPP ait voulu exclure le placement de produit discret de la catégorie des contenus publicitaires, ce critère apparaît peu pertinent. Dès lors, à partir du moment où il y a versement d'une contrepartie à la publication d'un contenu à finalité promotionnelle, il devrait s'agir de contenu publicitaire⁷⁶¹.

195. L'abandon de la distinction entre contenus commerciaux et contenus publicitaires

- L'ARPP a mis à jour sa recommandation en 2022 et ne fait plus la distinction entre contenus éditoriaux, commerciaux et publicitaires. Curieusement, le jury de déontologie publicitaire (JDP) continue de se référer au triptyque d'origine précisant que si l'un des trois critères du contenu publicitaire manque, alors le contenu litigieux est simplement commercial⁷⁶².

La mise à jour de la recommandation « *Communication publicitaire numérique* » ne distingue aujourd'hui que les contenus éditoriaux des contenus commerciaux, ce qui n'épuise pas le débat quant à une éventuelle distinction entre nature commerciale ou publicitaire des contenus publiés par un influenceur. Pourtant, cette distinction s'avère cruciale lorsque l'on s'intéresse à leur régime juridique. D'après la recommandation de l'ARPP, le caractère publicitaire d'un contenu – provenant ou non d'un influenceur – peut être manifeste ou non. Dans le premier cas, « *il n'est pas nécessaire de prévoir d'éléments supplémentaires d'identification* ». Dans le second cas, l'adjonction de mention explicite est recommandée. Dans sa fiche consacrée aux influenceurs, l'ARPP précise que « *le caractère commercial du contenu doit dans tous les cas être porté par l'influenceur à la connaissance de son audience* ». Précisons que cette différence de régime est d'ailleurs en contradiction avec la loi du 9 juin 2023 visant à encadrer l'influence commerciale⁷⁶³ dont l'article 5-2 offre un choix : soit l'intention commerciale est manifeste et aucune mention spécifique n'est imposée, soit elle ne l'est pas et doit être explicitée par le recours à une mention telle que « *publicité* » ou « *collaboration commerciale* ». Dans l'esprit du législateur, nature commerciale et nature publicitaire sont donc équivalentes. Par conséquent, le régime de ces contenus est aligné sur

⁷⁶¹ Et ce, même si l'objet de la promotion de l'influenceur en question est de nature politique. Le règlement sur la publicité politique traite précisément de la finalité politique de certaines publicités en citant à titre d'exemples le recours à des influenceurs (Règl. (UE) 2024/900, consid. 1).

⁷⁶² JDP, avis du 4 juin 2025, n° 059/25, *Anyone-Genantsmère*, accessible en ligne : <https://www.jdp-pub.org/avis/anyone-genantsamere-internet/>.

⁷⁶³ L. n° 2023-451 du 9 juin 2023 visant à encadrer l'influence commerciale et à lutter contre les dérives des influenceurs sur les réseaux sociaux, *JORF* n° 0133, 10 juin 2023. Le texte actuel a été modifié par l'ord. n° 2024-978 du 6 novembre 2024, *JORF* n° 0264, 7 nov. 2024. Sur les raisons de cette modification, motivées par la contrariété au droit européen, v. : TH. DOUVILLE, « La réécriture imparfaite de la loi influenceur », *RTD com.* 2015, p. 98.

celui de la publicité. Enfin, s'agissant des mentions spécifiques devant être adjointes aux contenus commerciaux provenant d'influenceurs, l'ARPP conseille des termes tels que « *en partenariat avec* », « *collaboration rémunérée* », « *partenariat rémunéré* », « *sponsorisé par* », « *collaboration commerciale* » ou « *toute forme équivalente* » sans évoquer le terme de « *publicité* ». Plus loin, elle déconseille le terme « *ad* » parce que ce terme est en langue étrangère, mais pas pour sa signification.

b. L'existence d'une contrepartie, critère opportun pour qualifier la publicité en matière numérique

196. La contrepartie, entre restriction et élargissement de la qualification de la publicité - Les textes européens en matière numérique ont l'avantage de la clarté en consacrant l'existence d'une contrepartie comme condition de qualification de la publicité (i), critère qui semble approprié au secteur (ii) même si cela impacte le périmètre de sa qualification.

i. L'existence d'une contrepartie, critère consacré pour qualifier la publicité en droit du numérique

197. La consécration textuelle de la contrepartie comme condition de qualification de la publicité au sein du règlement DSA - La contrepartie est une condition de qualification certaine de la publicité dans le règlement DSA. Le texte renvoie à la définition des communications commerciales de la directive 2000/31/CE selon laquelle il s'agit de « *toute forme de communication destinée à promouvoir, directement ou indirectement, des biens, des services, ou l'image d'une entreprise, d'une organisation ou d'une personne ayant une activité commerciale, industrielle, artisanale ou exerçant une profession réglementée* » à l'exclusion des « *informations permettant l'accès direct à l'activité de l'entreprise de l'organisation ou de la personne, notamment un nom de domaine ou une adresse de courrier électronique* » et « *les communications relatives aux biens, aux services ou à l'image de l'entreprise, de l'organisation ou de la personne élaborées de façon indépendante, en particulier lorsqu'elles*

sont fournies sans contrepartie financière »⁷⁶⁴. Pour autant, le règlement DSA pose une définition de la publicité proprement dite.

Son article 3 (r) définit la publicité comme « *les informations destinées à promouvoir le message d'une personne physique ou morale, qu'elles aient des visées commerciales ou non commerciales, et présentées par une plateforme en ligne sur son interface en ligne, moyennant rémunération, dans le but spécifique de promouvoir ces informations* ». La contrepartie apparaissait déjà en contrepoint dans la définition des communications non commerciales de la directive 2000/31/CE qui faisait référence aux communications faites « *sans contrepartie financière* » mais est ici consacrée comme condition de qualification de la publicité sous le terme de « *rémunération* ».

La conception de la publicité selon le règlement DSA apparaît donc médiane. D'une part, elle apparaît conforme à la définition stricte de la publicité tel qu'envisagé par le *marketing*. D'autre part, elle l'élargit à des annonceurs et des finalités non commerciales, permettant d'inclure dans cette qualification la sponsorisation de contenus ou de comptes politiques ou sociétaux sur les réseaux sociaux ou la souscription d'options payantes par des particuliers pour mieux référencer leurs annonces sur les plateformes de revente.

198. La consécration en creux de la contrepartie comme condition de qualification de la publicité au sein du règlement DMA - Au sein du règlement DMA, la publicité n'est pas définie directement mais en creux.

Son article 2 inclut dans la définition des services de plateformes essentiels « *les services de publicité en ligne* »⁷⁶⁵ mais n'en donne pas le détail. En revanche, le considérant 45 fait référence explicitement aux coûts, aux prix, aux honoraires, à la rémunération, à la tarification pratiqués par les services de publicité en ligne. C'est d'ailleurs en raison de l'opacité, non seulement de cette rémunération mais également de la performance de la publicité en ligne, que l'article 5 §9 et 5 §10 pose une obligation de transparence à la charge des contrôleurs d'accès qui fournissent des services de publicité en ligne à des annonceurs et des éditeurs lesquels peuvent lui demander la communication d'informations portant sur « *les prix et frais payés* » par l'annonceur, « *la rémunération perçue par l'éditeur* » et « *les mesures quantitatives à partir desquelles chacun des prix, frais et rémunérations est calculé* ».

⁷⁶⁴ Dir. 2000/31/CE du PE et du Conseil du 8 juin 2000 relative à certains aspects juridiques des services de la société de l'information, et notamment du commerce électronique, dans le marché intérieur, art. 2 (f).

⁷⁶⁵ Règl. DMA, art. 2 (f).

- ii. L'existence d'une contrepartie, critère approprié pour qualifier la publicité dans l'univers numérique

199. Pour une appréhension large de la notion de contrepartie - La contrepartie évoque usuellement « *ce qui, dans un arrangement, un accord, est donné en échange d'autre chose* »⁷⁶⁶. En droit, elle correspond, dans les contrats à titre onéreux, à « *l'avantage reçu de l'autre* »⁷⁶⁷ ou à la « *contre-prestation* »⁷⁶⁸. En droit du travail par exemple, la contrepartie s'entend du salaire et de la rémunération⁷⁶⁹ et ne se traduit pas nécessairement par le versement d'une somme d'argent⁷⁷⁰.

Dans le domaine de la publicité, la CJUE a eu l'occasion de se prononcer sur le caractère large de la notion de contrepartie. Dans l'arrêt *Peek & Cloppenburg* relatif à la pratique des publi-reportages, elle a considéré que cette dernière était constituée si « *le professionnel fournit une contrepartie ayant une valeur patrimoniale pour la publication, que cela soit sous la forme du versement d'une somme d'argent ou sous toute autre forme, dès lorsqu'il existe un lien certain entre le financement accordé par ledit professionnel et ladite publication* » et que tel était le cas lorsque la contrepartie se traduisait par « *la mise à disposition gratuite par le même professionnel d'images protégées par des droits d'utilisation* »⁷⁷¹.

200. La contrepartie, critère de restriction de la qualification de publicité : pour un retour aux sources - La contrepartie est au cœur de ce qu'est la publicité *stricto sensu*, tel qu'elle est envisagée par le *marketing*. De l'existence de cette rémunération découlent tous les autres critères permettant de caractériser la publicité, objectivant la finalité poursuivie par son émetteur. La publicité n'est pas une opération désintéressée. Comme la communication commerciale, elle a pour objet d'affecter directement ou indirectement le comportement d'une

⁷⁶⁶ V^o Contrepartie, II, A, *Centre National de Ressources Textuelles et Lexicales*, accessible en ligne : <https://www.cnrtl.fr/definition/contrepartie>.

⁷⁶⁷ V^o Contrepartie, *Vocabulaire juridique*, dir. G. Cornu, PUF, coll. Quadrige, 15^{ème} éd., 2024.

⁷⁶⁸ *Ibid. Contra* : G. WICKER, « De la survie des fonctions de la cause. Ébauche d'une théorie des motifs », *D.* 2020, p. 1906. L'auteur relève que même dans les contrats onéreux synallagmatiques la contrepartie ne réside pas systématiquement dans la contreprestation mais peut provenir de l'équilibre global de l'opération économique que réalise le contrat ou d'un autre contrat participant de la même opération économique (§21).

⁷⁶⁹ M.-C. ESCANDE-VARNIOL, « Salaire : définition et formes », *Rép. trav. Dalloz*, 2021, §19. L'auteure distingue le salaire, contrepartie de la prestation de travail fournie, et la rémunération, contrepartie du lien d'emploi.

⁷⁷⁰ *Ibid.* Le salaire lui-même peut être en nature (logement, nourriture) mais des avantages en nature peuvent également compléter la rémunération en numéraire (voiture de fonction). S'agissant de la rémunération en contrepartie du lien d'emploi, elle peut consister en des avantages individuels (primes) ou collectifs (tickets restaurants) ou en de l'intéressement.

⁷⁷¹ CJUE, 2 sept. 2021, aff. C-371/20, *Peek & Cloppenburg* : *Europe* 2021, comm. 405, note V. Bissani-Winckler.

cible en sa faveur dans l'optique de développer son chiffre d'affaires mais se distingue de la communication *owned* et *earned* par l'existence de deux relations bipartites simultanées. Le modèle de la publicité commerciale est un rapport gagnant-gagnant. La publicité est l'insertion, moyennant contrepartie, d'un message promotionnel conçu par ou sous le contrôle de l'annonceur, au sein d'espaces exploités par des médias qui y trouvent une source de financement, permettant de proposer des contenus à moindre coût ou gratuitement à ce même public.

201. Première conséquence : élargissement de la qualification de la publicité aux messages non commerciaux - La publicité est donc une communication au public (caractère public), nécessairement en faveur de son bénéficiaire (positive), qui porte sur les biens et services (objet commercial) commercialisés par ce dernier (émetteur commercial) pour inciter le public à l'achat (finalité commerciale), en l'insérant moyennant contrepartie au sein d'espaces exploités par un support (média). La référence à ce modèle ne doit pas faire oublier qu'il existe des publicités non strictement commerciales comme lorsqu'un annonceur communique, non pas sur ses produits, mais sur ses engagements, ses valeurs, vers les pouvoirs publics ou les citoyens⁷⁷². Or, il semble qu'à partir du moment où elles sont communiquées dans les médias moyennant contrepartie, il s'agit bien de publicités.

Le règlement DSA a parfaitement raison de ne pas restreindre la qualification de la publicité à la qualité de son bénéficiaire, à sa finalité et même à l'objet du message. La publicité en ligne est la source de financement principal des modèles d'affaires biface attentionnels mais également transactionnels qui rendent d'ailleurs accessible ce type de communication au plus grand nombre, y compris aux particuliers. Ce qui doit compter en matière de publicité, et davantage en ligne, c'est qu'un message – une vidéo, une image, du son, du texte ou des liens hypertextes – est inséré moyennant contrepartie au sein des espaces numériques et qu'il doit être identifié comme tel lorsque sa forme ou le contexte dans lequel il est délivré ne permet pas au public de le reconnaître. Cette conception élargie de la notion de publicité est d'ailleurs partagée par le règlement (UE) 2024/900 sur la publicité politique qui a consacré cette pratique. Le texte est cependant strict concernant le caractère proprement politique de la publicité. Alors que la CEDH avait par exemple admis qu'un spot télévisé luttant contre la consommation de viande et appelant à protéger le vivant devait être considéré comme une publicité politique⁷⁷³, le

⁷⁷² A. DE BAYNAST *et al.*, *Mercator. Tout le marketing à l'ère de la data et du digital*, Dunod, coll. Livres en Or, 13^{ème} éd., 2021, p. 458 ; M. FERRANDI, M.-CH. LICHTLÉ, *Marketing*, Dunod, coll. Openbook, 2^{ème} éd., 2021, p. 430.

⁷⁷³ CEDH, 28 juin 2001, n° 24699/94, *Vgt Verein gegen Tierfabriken c/ Suisse* : *Europe* 2001, comm. 347, obs. I. Kitsou-Milonas.

texte européen indique que cette dernière doit être « *susceptible et conçu[e] dans le but d'influencer le résultat d'une élection ou d'un référendum, un comportement de vote ou un processus législatif ou réglementaire, au niveau de l'Union, national, régional ou local* »⁷⁷⁴. Partant, une publicité militante ne sera pas soumise au texte mais pourra tout de même être saisie par le règlement DSA.

202. Seconde conséquence : élargissement de la qualification de la publicité aux communications d'influenceurs - L'existence d'une contrepartie permet donc de dépasser le modèle de la publicité commerciale mais rend également nécessaire d'élargir le modèle de la publicité médiatique pour y inclure la communication provenant d'influenceurs. À l'instar des médias, ils jouent le rôle de support de diffusion des messages mais s'en distinguent à certains égards dans leur participation à l'élaboration de ces messages. La distinction opérée par l'ARPP entre les communications éditoriales et les communications commerciales est donc pertinente en son principe. Lorsqu'un *leader* d'opinion est simplement invité à un événement par la marque ou reçoit des objets de sa part, cela n'est pas une contrepartie à la diffusion d'un message promotionnel de sa part.

S'agissant de la forme que prend cette communication, il n'est pas rare de voir utilisés les termes « *partenariats* » ou « *placements de produits* », deux termes qui ne sont en réalité pas neutres. Le partenariat évoque la collaboration réciproque des parties dans un rapport synallagmatique où la prestation de l'un a pour contrepartie la prestation de l'autre et se rapproche de la collaboration telle qu'elle est envisagée par l'ARPP. Or, même en cas de co-création de contenu, à partir du moment où l'annonceur exerce un droit de regard sur ledit contenu, un simple visionnage avant la publication, il s'agit de publicité pure et simple. Le terme de « *placement de produits* » apparaît également inadéquat. Dans la directive SMA, il est défini comme « *toute forme de communication commerciale audiovisuelle consistant à inclure un produit, un service, ou leur marque, ou à y faire référence, en l'insérant dans un programme ou dans une vidéo créée par l'utilisateur moyennant paiement ou autre contrepartie* »⁷⁷⁵. Dans son principe, le placement de produit est une aide au financement de programme, raison pour laquelle les contenus dans lesquels ils s'insèrent ne doivent pas être influencés par ce placement et qu'ils ne doivent pas inciter directement à l'achat⁷⁷⁶. Cette communication commerciale se veut donc discrète, ce qui n'est pas toujours le cas dans les contenus publiés par les

⁷⁷⁴ Règl. (UE) 2024/900, art. 3 (2) (b).

⁷⁷⁵ Dir. SMA, art. 2 (m).

⁷⁷⁶ Dir. SMA, art. 11 §3 (a) et (b).

influenceurs. Bien souvent, le contenu ne préexiste pas au produit mais, au contraire, est créé pour le produit dont il s'agit de faire, pas toujours subtilement, la promotion.

Reste que la distinction sous-jacente entre contenus commerciaux et contenus publicitaires dans la recommandation de l'ARPP n'est pas satisfaisante⁷⁷⁷. La raison pour laquelle l'autorité de régulation professionnelle distingue les deux pourrait se justifier par sa vision restrictive de la publicité qui consisterait à payer un média en contrepartie d'un espace publicitaire. Mais d'un autre côté, l'ARPP ne rechigne pas à mettre de côté certains critères de la publicité, comme l'existence d'une contrepartie à l'exemple de l'affaire Maeva Ghenam⁷⁷⁸.

Le choix du législateur, qui assimile nature commerciale et publicitaire des contenus provenant d'influenceurs, est donc plus cohérent⁷⁷⁹.

B. L'absence de contrepartie à la communication de l'incitation, critère de qualification de la recommandation

203. L'appréhension de la recommandation en miroir de la publicité - Si l'existence d'une contrepartie permet de qualifier la publicité, alors son absence permet de caractériser la recommandation. Cette affirmation s'appuie sur l'analyse de son fondement, à savoir l'indépendance de l'émetteur de la recommandation vis-à-vis de son objet (1) et de sa conséquence, à savoir la valeur de la recommandation (2).

1. Le fondement de l'absence du critère de la contrepartie : l'indépendance de l'émetteur de la recommandation vis-à-vis de son objet

204. Du caractère substantiel ou formel de la recommandation - Une recommandation est dite substantielle, lorsque son caractère incitatif se loge dans sa substance, autrement lorsque l'on est en présence d'un contenu lui-même incitatif (avis, discours en ligne...). En revanche, une recommandation est formelle lorsque son caractère incitatif se situe dans la façon dont des contenus sont présentés à l'internaute. L'absence de contrepartie à la communication, qui trouve son fondement dans l'indépendance de l'émetteur de la recommandation vis-à-vis de

⁷⁷⁷ V. *supra* n° 194.

⁷⁷⁸ JDP, avis du 5 janv. 2022, n° 788/21, *Arry Boujenah/Maeva Ghennam*, accessible en ligne : <https://www.jdp-pub.org/avis/arry-boujenah-maeva-ghennam-internet-plainte-fondee/>.

⁷⁷⁹ L. n° 2023-451 du 9 juin 2023, art. 5-2. À noter que le législateur européen intègre également le marketing d'influence dans les formes que peut prendre la publicité politique (Règl. (UE) 2024/900, consid. 1).

son objet, s'apprécie donc selon que l'on se situe en présence d'une recommandation substantielle (a) ou formelle (b).

- a. L'indépendance de l'émetteur de la recommandation substantielle vis-à-vis de son objet

205. L'émetteur de la recommandation, tiers vis-à-vis de l'objet du message communiqué - À la différence de la publicité, l'émetteur de la recommandation est indépendant de l'objet du message. Dans le cas des recommandations portant sur des biens ou des services, il n'en est pas le fournisseur. S'agissant des recommandations relatives à des contenus culturels, il n'est ni l'auteur, ni l'éditeur, ni le producteur. En matière de recommandation politique, l'émetteur n'est pas non plus le candidat ou le parti qui concourt à une élection. En bref, l'émetteur n'est pas le bénéficiaire de la recommandation, au contraire de l'annonceur.

206. L'exemple de la contre-publicité - Cette qualité de tiers indépendant peut se retrouver dans le modèle des recommandations provenant d'associations de consommateurs qui communiquent des « *contre-publicités* » consistant à « *diffuser des critiques sur des produits et des services mis sur le marché en utilisant des moyens comparables à ceux de la publicité (presse radio, télévision, internet, affiches, etc.)* »⁷⁸⁰. Ces recommandations s'inscrivent dans la fonction de ces associations qui est d'informer les consommateurs et le public en général. « *Se voulant objective et critique, [cette information] permet également aux consommateurs d'être mieux conseillés dans leur prise de décision et protégés contre les éventuels dangers liés à la publicité, information certes mais orientée et séductrice* »⁷⁸¹ et contribue aussi « *à révéler ou dénoncer avec d'autres des abus ou des affaires qui pourraient devenir des "scandales"* »⁷⁸².

La contre-publicité est un cas typique de recommandation se situant en réalité à cheval entre information et incitation. Elle a certes pour fonction d'informer le consommateur⁷⁸³, voire relève du droit à l'information⁷⁸⁴, mais peut également avoir pour effet de décourager les consommateurs d'acheter des produits provenant de certains professionnels. Les essais

⁷⁸⁰ J. CALAIS-AULOY *et al.*, *Droit de la consommation*, Dalloz, coll. Précis, 10^{ème} éd., 2020, n° 705.

⁷⁸¹ S. GUINCHARD *et al.*, « Responsabilité des associations de consommateurs – Droit de critique – Boycott », *J.-Cl. Concurrence-Consommation*, fasc. 1215, 2022, §5.

⁷⁸² *Ibid.*

⁷⁸³ D. GOURDET, « Droit de critique et consommation », *RTD com.* 1980, p. 26.

⁷⁸⁴ J.-C. FOURGOUX, « L'information du consommateur et la contre-publicité », *Gaz. Pal.* 1975, 1 doct. p. 107.

comparatifs par exemple sont des « *essais auxquels sont soumis différents produits remplissant des fonctions d'usage analogues et dont les résultats permettent de fournir au consommateur une information objective sur les prestations qu'il peut attendre de ces produits provenant d'entreprises concurrentes* »⁷⁸⁵. Concourant à éclairer le choix des consommateurs, ils contribuent également à « *écarter du marché les professionnels les moins scrupuleux dont les enquêtes ont révélé les défauts de qualité et de sécurité des biens ou services commercialisés* » et permettent « *au consommateur d'orienter son choix en fonction de certains critères comme ses besoins ou son pouvoir d'achat* »⁷⁸⁶. Autrement dit, si ces essais sont censés être réalisés de façon objective et impartiale⁷⁸⁷, ils ont néanmoins, quel que soit leur résultat, pour effet d'orienter le consommateur, en l'incitant à préférer un produit plutôt qu'un autre ou en le dissuadant d'opter pour un produit. La distinction avec la publicité réside dans le fait que cette incitation ne profite pas au producteur des produits en question et explique d'ailleurs que les essais comparatifs bénéficient d'une relative protection lorsqu'ils sont repris par les annonceurs bien évalués. En 2005, une société du groupe Casino a été condamnée pour parasitisme car elle s'était « *appropriée les efforts financiers et humains mis en place par l'association de consommateurs pour la réalisation de cette enquête* » et « *tiré profit de sa notoriété* »⁷⁸⁸.

207. L'exemple du boycott - Il convient de préciser qu'à la différence de la contre-publicité, le boycott a un objet ouvertement incitatif : « *il n'est pas une simple information, il est un mot d'ordre* »⁷⁸⁹. Il s'agit d'une « *action délibérée en vue d'évincer un opérateur du marché* »⁷⁹⁰ et pas simplement d'une mise en garde contre certaines pratiques⁷⁹¹. Contrairement aux essais comparatifs, le boycott peut émaner d'associations de consommateurs et des consommateurs eux-mêmes.

208. L'exemple du bouche-à-oreille : avis en ligne et conversations privées - Cette qualité de tiers indépendant à l'objet du message communiqué se retrouve également dans le modèle du bouche-à-oreille qui se matérialise dans l'univers numérique par l'avis en ligne dont

⁷⁸⁵ J. CALAIS-AULOY *et al.*, *Droit de la consommation*, *op. cit.*, n° 77.

⁷⁸⁶ S. GUINCHARD *et al.*, « Responsabilité des associations de consommateurs – Droit de critique – Boycott », *précit.*, §9.

⁷⁸⁷ Les essais comparatifs font l'objet d'une norme AFNOR X 50-005 du 3 juill. 1985 (donc d'application volontaire).

⁷⁸⁸ T. com. Paris, 13 mai 2005, *UFC Que choisir c/ S^{se} Casino* : *Gaz. Pal.* 2005, 2, somm., p. 3538.

⁷⁸⁹ J. CALAIS-AULOY *et al.*, *Droit de la consommation*, *op. cit.*, n° 706.

⁷⁹⁰ Cass. com., 22 oct. 2002, n° 00-18.048 : *CCC* 2003, comm. 25, note M. Malaurie-Vignal ; *RTD com.*, p. 72, note E. Claudel.

⁷⁹¹ CA Aix-en-Provence, 1^{ère} ch. B, 11 oct. 2007, *UFC Que choisir Quimper c/ S^{se} Promondo* : *CCC* 2008, comm. 52, note G. Raymond.

l'encadrement faisait l'objet d'une norme d'application volontaire jusqu'à la loi n° 2016-1321 pour une République numérique⁷⁹². Défini comme « *l'expression de l'opinion d'un consommateur sur son expérience de consommation grâce à tout élément d'appréciation, qu'il soit quantitatif ou qualitatif* »⁷⁹³, c'est-à-dire des notes, des étoiles ou des commentaires, le texte en exclut les parrainages provenant d'utilisateurs, les recommandations par des utilisateurs d'avis en ligne et les avis d'experts.

Contrairement aux essais comparatifs, ils n'ont pas à être objectifs. Au contraire, il s'agit d'expressions subjectives par nature. Les recommandations d'internautes peuvent se retrouver dans un cadre plus informel comme dans des articles de *blogs*, des publications d'internautes sur les réseaux sociaux (*story, post, tweet*), des commentaires d'utilisateurs ou des *tags* d'amis publiés sous des publications émanant d'autres membres ou de marques sur ces mêmes espaces, des partages de publications, etc. Ces recommandations ne portent d'ailleurs pas nécessairement sur des produits mais peuvent consister en des opinions sur des faits d'actualité, des réactions à des programmes vus dans d'autres médias. Enfin, les recommandations peuvent s'inscrire dans le cadre strictement privé, à l'instar des messages et des transferts de messages sur Whatsapp. Il ne s'agit donc pas nécessairement de messages communiqués au public dans le sens du droit de la communication mais des correspondances privées⁷⁹⁴.

b. L'indépendance de l'émetteur de la recommandation formelle vis-à-vis de son objet

209. Une profusion de textes relatifs aux recommandations de type formel - Un certain nombre de textes – loi pour une République numérique, règlements P2B, DMA et DSA – encadrent les pratiques de classement opérées par les acteurs du numérique, lesquels semblent en effet indépendants vis-à-vis de ce qu'ils classent ou recommandent.

210. L'indépendance de l'émetteur du classement vis-à-vis de son objet - L'ancien article L. 111-7, I du code de la consommation distinguait les opérateurs de plateformes en ligne selon que leur service de communication au public en ligne reposait sur « *le classement ou le référencement, au moyen d'algorithmes informatiques, de contenus, de biens ou de services*

⁷⁹² Norme AFNOR NF Z74-501, 4 juill. 2013.

⁷⁹³ C. consom., art. D. 111-9.

⁷⁹⁴ L. n° 86-1067 du 30 sept. 1986, art. 2 al. 2.

proposés ou mis en ligne par des tiers » ou sur « la mise en relation de plusieurs parties en vue de la vente d'un bien, de la fourniture d'un service ou de l'échange ou du partage d'un contenu, d'un bien ou d'un service ». S'agissant du premier service, la référence aux « tiers » était explicite. Dans le second, elle se devinait par la référence à « la mise en relation de plusieurs parties ».

À l'échelle européenne, le règlement P2B définit le classement comme *« la priorité relative accordée aux biens ou services proposés par le biais de services d'intermédiation en ligne, ou la pertinence reconnue aux résultats de recherche par les moteurs de recherche en ligne, tels qu'ils sont présentés, organisés ou communiqués, respectivement, par les fournisseurs de services d'intermédiation en ligne ou par les fournisseurs de moteurs de recherche en ligne, quels que soient les moyens technologiques utilisés pour une telle présentation, organisation ou communication »*⁷⁹⁵. L'indépendance de l'émetteur du classement vis-à-vis de son objet est en réalité sous-entendue. S'agissant des fournisseurs de moteurs de recherche en ligne, le considérant 4 du règlement P2B indique néanmoins que *« le classement des sites internet par les fournisseurs de moteurs de recherche en ligne, y compris des sites internet par l'intermédiaire desquels les utilisateurs de sites internet d'entreprise proposent leurs biens et services aux consommateurs, influe considérablement sur le choix du consommateur et la réussite commerciale de ces utilisateurs de sites internet d'entreprise »*. De même, s'agissant des services d'intermédiation en ligne, le considérant 24 précise que le classement réalisé *« a une incidence importante sur le choix des consommateurs et, par conséquent, sur la réussite commerciale des entreprises utilisatrices offrant ces biens et services aux consommateurs »*.

Le règlement DMA reprend à son compte la définition du classement mais en l'élargissant s'agissant des acteurs concernés. La définition du classement comme priorité relative aux biens ou services concerne ici les services d'intermédiation en ligne, les services de réseaux sociaux en ligne, les services de plateformes de partage de vidéos ou d'assistants virtuels⁷⁹⁶. En revanche, le classement comme pertinence reconnue aux résultats de recherche demeure l'apanage des moteurs de recherche⁷⁹⁷. Les services visés ici ne laissent *a priori* pas de doute : le classement liste des biens ou des services fournis par des acteurs autres que ceux qui fournissent le classement lui-même.

⁷⁹⁵ Règl. (UE) 2019/1150 du PE et du Conseil du 20 juin 2019 promouvant l'équité et la transparence pour les entreprises utilisatrices de services d'intermédiation en ligne, *JOUE* L 186/57, 11 juill, 2019, art. 2 (8).

⁷⁹⁶ Règl. DMA, art. 2 (22).

⁷⁹⁷ Règl. DMA, art. 2 (22).

211. L'indépendance de l'émetteur du système de recommandation vis-à-vis de son objet - Le règlement DSA consacre la notion de recommandation numérique qu'il considère comme un « *un système entièrement ou partiellement automatisé utilisé par une plateforme en ligne pour suggérer sur son interface en ligne des informations spécifiques aux destinataires du service ou pour hiérarchiser ces informations, notamment à la suite d'une recherche lancée par le destinataire du service ou en déterminant de toute autre manière l'ordre relatif ou d'importance des informations affichée* »⁷⁹⁸. S'agissant des « *suggestions d'informations spécifiques aux destinataires du service* », il s'agit des recommandations personnalisées qui sont fondées sur les données personnelles de l'utilisateur de la plateforme en question comme « *vous pourriez aimer* ». Il est cependant possible d'y inclure les recommandations fondées sur les données d'autres utilisateurs de la plateforme comme les *likes*. Si ces derniers émanent des utilisateurs, il ne s'agit pas nécessairement d'orientations conscientes de la part de leurs auteurs, à la différence des avis en ligne. Ce sont en réalité des évaluations non conscientisées qui alimenteront le système de recommandation de la plateforme.

Le texte semble en réalité laisser de côté les recommandations fondées sur l'agrégation des jugements de ces utilisateurs comme le nombre total d'étoiles ou la note globale d'une offre de service en dehors d'un quelconque classement. Ces dernières sont d'ailleurs hybrides en ce que ces évaluations, c'est-à-dire ces avis en ligne, sont émises consciemment par les utilisateurs. Pour autant, leur agrégation est le fait de la plateforme qui peut d'ailleurs les pondérer. C'est le cas par exemple d'Allociné qui accorde plus de poids dans la note finale aux évaluations provenant d'internautes « *expérimentés* » qui jugent régulièrement de façon détaillée et depuis un certain temps les films, contrairement aux jugements provenant de nouveaux inscrits ou d'utilisateurs qui se contentent d'indiquer le nombre d'étoiles qu'ils donnent, pour contrecarrer les tentatives de manipulation des évaluations⁷⁹⁹.

Pour autant, et comme pour le classement, les acteurs visés par le texte sont ceux qui occupent une position d'intermédiaire entre les destinataires du service et qui ne proposent donc pas de contenu eux-mêmes. Le considérant 70 du règlement DSA est clair sur ce point : les informations sont « *fournies par les destinataires* ».

⁷⁹⁸ Règl. DSA, art. 3 (s).

⁷⁹⁹ E. DE LA ROCHE SAINT-ANDRÉ, S. DE RIVET, A. CLAIR, « "Astérix", "Vaincre ou mourir" : ces films ont-ils bénéficié de notes et commentaires truqués sur Allociné ? », *Libération*, 11 févr. 2023, accessible en ligne : https://www.liberation.fr/checknews/asterix-vaincre-ou-mourir-ces-films-ont-ils-beneficie-de-notes-et-commentaires-truques-sur-allocine-20230211_T2QUE5CVSVCHZGGOG35VTRW2WU/.

2. La conséquence : la valeur du message communiqué

212. Des recommandations substantielles positives ou négatives - Parce que l'émetteur de la recommandation n'est pas son bénéficiaire, la recommandation n'est pas placée sous son contrôle éditorial, comme c'est le cas pour la publicité. Dans le cas des avis en ligne, la recommandation peut être positive ou négative, ce qui apparaît plus comme un gage de neutralité que d'objectivité dans la mesure où une expérience est toujours subjective. Un avis peut même faire lui-même l'objet d'un avis lorsqu'un consommateur commente le récit d'un de ses pairs ou lorsqu'il *like* ou *dislike* un avis précédemment déposé. Parmi les recommandations émises par les plateformes, certaines sont également positives à l'exemple de « *vous pourriez aimer* », fondée sur l'historique ou le profil de l'utilisateur, ou « *vidéos les plus vues* » fondées sur l'agrégation des comportements de l'ensemble utilisateurs de la plateforme.

213. Des recommandations formelles positives - Dans de nombreux cas, la valeur de la recommandation est implicite. La place d'un contenu dans les résultats de recherche, son apparition dans des fils d'actualités ou le démarrage automatique de vidéos ou d'audio à l'issue d'un visionnage ou d'une écoute constituent des recommandations à valeur positive implicite. Dans cette perspective, la recommandation négative n'existe pas. Ne pas suggérer un contenu particulier à l'internaute revient à nier l'existence de ce contenu, en l'invisibilisant sans que l'internaute n'en ait conscience. Cette invisibilisation est la conséquence du fonctionnement des systèmes de recommandation algorithmique qui ont pour fonction d'appareiller des contenus à un utilisateur sur la base de son profil mais peut également résulter du déréférencement du contenu, terme utilisé dans le considérant 42 du règlement DMA et totalement absent du règlement DSA.

§2. La contrepartie à la communication de l'incitation, critère de distinction imparfait entre la publicité et la recommandation

214. La faiblesse de la contrepartie comme condition de distinction entre la publicité et la recommandation - Si elle apparaît pertinente pour distinguer les mécanismes incitatifs, la contrepartie comporte néanmoins des limites, tant pour qualifier la publicité (A), que pour distinguer cette dernière de la recommandation (B).

A. Les limites de l'existence d'une contrepartie comme condition de qualification de la publicité

215. La qualification accueillante de la publicité - L'analyse de la qualification de la publicité démontre que cette dernière est appréhendée de façon très extensive (1) d'où il ressort que l'existence d'une contrepartie à sa communication n'apparaît pas comme un critère de sa qualification, et ce, même dans des domaines qui l'exigent (2).

1. Une conception extensive de la publicité

216. Une notion essentiellement fonctionnelle - Il est bien mal aisé de cerner précisément la notion de publicité qui s'avère fonctionnelle⁸⁰⁰. Elle souffre en effet d'un déficit conceptuel (a) qui conduit à une admission très étendue de la notion, à l'exemple de certains secteurs (b).

a. Le déficit conceptuel relatif à la publicité

217. À la recherche de la notion de publicité - L'étude du traitement juridique de la publicité révèle d'énormes lacunes quant à la définition de la publicité (i) et quant à ses critères éventuels de qualification (ii).

i. Les insuffisances tenant à la définition de la publicité

218. Une absence de définition de la publicité - Le paradoxe de la publicité est qu'elle est une notion extrêmement présente en droit tout en n'étant pas ou très peu définie, qu'elle soit encadrée, réglementée ou interdite, que ce soit en raison du domaine dans lequel elle opère, en raison de l'objet sur lequel elle porte ou de son support.

⁸⁰⁰ Sur la notion de « notion fonctionnelle » et sa critique : G. TUSSEAU, « Critique d'une métanotion fonctionnelle. La notion (trop) fonctionnelle de "notion fonctionnelle" », *RFDA* 2009, p. 641.

En droit de la consommation, du temps de la publicité mensongère⁸⁰¹ puis fausse ou de nature à induire en erreur⁸⁰², la notion n'était pas définie en droit français, l'incrimination ne portant que sur les caractères qu'elles devaient remplir pour tomber sous le coup de la loi. En la matière, et en droit européen, le terme publicité s'y est vu substitué celui de pratique commerciale dans les relations entre consommateurs et professionnels par la directive 2005/29/CE sur les pratiques commerciales déloyales des entreprises vis-à-vis des consommateurs. Bien que non reprise dans les transpositions internes du texte, la pratique commerciale y est définie à l'article 2 (d) comme « *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* ». La publicité est donc citée à titre d'exemple d'une pratique commerciale, comme le *marketing*, mais n'est pas définie alors même qu'elle reste au cœur du dispositif⁸⁰³.

En matière électorale, il est fait explicitement référence à la publicité en interdisant, sous certaines conditions et selon une certaine temporalité, « *l'utilisation à des fins de propagande électorale de tout procédé de publicité commerciale* »⁸⁰⁴ mais sans développer la notion.

S'agissant de la publicité en faveur de l'alcool, les textes se bornent à énoncer que « *la propagande ou la publicité, directe et indirecte, en faveur des boissons alcooliques dont la*

⁸⁰¹ La publicité est spécifiquement visée depuis la L. de finances n° 63-628 du 2 juill. 1963 qui crée le délit de publicité mensongère. Son article 5 disposait : « *est interdite toute publicité faite de mauvaise foi comportant des allégations fausses ou induisant en erreur lorsque les allégations sont précises et portent sur un ou plusieurs des éléments ci-après : la nature, la composition, l'origine, les qualités substantielles, la date de fabrication, les propriétés des produits ou prestations de services qui font l'objet de la publicité, les motifs ou procédés de la vente, les résultats qui peuvent être attendus de leur utilisation, l'identité, les qualités ou aptitudes du fabricant, des revendeurs ou des prestataires* ».

⁸⁰² La L. n° 73-1193 du 27 déc. 1973 d'orientation du commerce et de l'artisanat, dite « loi Royer » élargit l'incrimination en visant la publicité fausse ou de nature à induire en erreur. Son article 44, I disposait : « *est interdite toute publicité comportant, sous quelque forme que ce soit, des allégations, indications ou présentations fausses ou de nature à induire en erreur, lorsque celles-ci portent sur un ou plusieurs des éléments ci-après : existence, nature, composition, qualités substantielles, teneur en principes utiles, espèce, origine, quantité, mode et date de fabrication, propriétés, prix et conditions de vente de biens ou services qui font l'objet de la publicité, conditions de leur utilisation, résultats qui peuvent être attendus de leur utilisation, motifs ou procédés de la vente ou de la prestation de services, portée des engagements pris par l'annonceur, identité, qualités ou aptitudes du fabricant, des revendeurs, des promoteurs ou des prestataires* ». Le texte était repris à l'identique dans l'article L. 121-1 du code de la consommation jusqu'aux lois n° 2008-3 du 3 janv. 2008 pour le développement de la concurrence au service du consommateur et n° 2008-776 du 4 août 2008 de modernisation de l'économie pour se mettre en conformité avec la directive 2005/29/CE relative aux pratiques commerciales déloyales.

⁸⁰³ S. FOURNIER, « De la publicité fausse aux pratiques commerciales trompeuses », *Dr. pén.*, 2008, étude 4.

⁸⁰⁴ C. élect., art. L. 52-1 al. 1. L'alinéa 2 du texte édicte la même interdiction pour les « *campagnes de promotion publicitaire* » des réalisations ou de la gestion d'une collectivité. Sont visés ici notamment les bilans de mandat contenus dans les bulletins d'information des collectivités qui, à l'approche d'élections, sont difficiles à distinguer de l'information *strico sensu*. V. par ex. dans le contexte d'élections pendant l'épidémie de covid-19 : A. GELBAT, « La difficulté à distinguer la communication institutionnelle de la propagande électorale en période de crise sanitaire », *AJDA* 2021, p. 920.

fabrication et la vente ne sont pas interdites sont autorisées » sur certains supports⁸⁰⁵ et leurs contenus circonscrits⁸⁰⁶. Concernant la notion de publicité elle-même, ne sont pas considérés comme une publicité ou une propagande « *les contenus, images, représentations, descriptions, commentaires ou références relatifs à une région de production, à une toponymie, à une référence ou à une indication géographique, à un terroir, à un itinéraire, à une zone de production, au savoir-faire, à l'histoire ou au patrimoine culturel, gastronomique ou paysager liés à une boisson alcoolique disposant d'une identification de la qualité ou de l'origine, ou protégée ...* »⁸⁰⁷.

219. Des définitions variables de la publicité - La publicité est définie dans certains domaines, sans pour autant que ces définitions soient uniformes.

Du temps de la publicité mensongère, fausse ou de nature à induire en erreur, la jurisprudence l'avait définie comme un « *moyen d'information destiné à permettre au client potentiel de se faire une opinion sur les caractéristiques des biens ou services qui lui sont proposés* »⁸⁰⁸, définition opportunément large.

S'agissant des rapports entre professionnels, la directive 2006/114/CE en matière de publicité trompeuse et de publicité comparative définit la publicité proprement dite comme « *toute forme de communication faite dans le cadre d'une activité commerciale, industrielle, artisanale ou libérale dans le but de promouvoir la fourniture de biens et de services, y compris les biens immeubles, les droits et les obligations* »⁸⁰⁹, définition absente du dispositif français qui se concentre sur les conditions relatives à la comparaison⁸¹⁰.

En matière de médicaments à usage humain à destination du public, elle est définie comme « *toute forme d'information, y compris le démarchage, de prospection ou d'incitation qui vise à promouvoir la prescription, la délivrance, la vente ou la consommation de ces médicaments, à l'exception de l'information dispensée, dans le cadre de leurs fonctions, par les pharmaciens gérant une pharmacie à usage intérieur* »⁸¹¹.

⁸⁰⁵ CSP, art. L. 3323-2.

⁸⁰⁶ CSP, art. L. 3323-4.

⁸⁰⁷ CSP, art. L. 3323-3-1.

⁸⁰⁸ Cass. crim., 23 mars 1994, n° 92-86.351, Bull. crim. 1994 n° 114 : *RTD com.* 1994, p. 589, obs. P. Bouzat – Cass. crim., 14 oct. 1998, n° 98-80.527, Bull. Crim. 1998 n° 262 : *JCP G* 1999, II, 10066, note Ph. Conte ; *CCC* 1999, comm. 32, note G. Raymond – Cass. com., 6 mai 2008, n° 04-19.713 – Cass. crim., 15 mai 2012, n° 11-83.301 : *CCC* 2012, comm. 247, obs. G. Raymond ; *JCP E* 2012, 1697, note J.-H. Robert ; *RDC* 2013, p. 209, obs. R. Ollard.

⁸⁰⁹ Dir. 2006/114/CE, art. 2 (a).

⁸¹⁰ C. consom., art. L. 122-1.

⁸¹¹ CSP, art. L. 5122-1.

En matière de publicité en faveur de l'alcool, seule la propagande ou la publicité indirecte est définie comme la « *propagande ou publicité en faveur d'un organisme, d'un service, d'une activité, d'un produit ou d'un article autre qu'une boisson alcoolique qui, par son graphisme, sa présentation, l'utilisation d'une dénomination, d'une marque, d'un emblème publicitaire ou d'un autre signe distinctif, rappelle une boisson alcoolique* »⁸¹². Cette définition rejoint celle en vigueur pour le tabac⁸¹³ dont la publicité, qu'elle soit directe ou indirecte, est interdite⁸¹⁴.

En matière politique, le règlement (UE) 2024/900 définit de façon large la publicité puisque le texte vise « *l'élaboration, le placement, la promotion, la publication, la distribution ou la diffusion, par tout moyen, d'un message, normalement contre rémunération ou au travers d'activités internes ou dans le cadre d'une campagne de publicité à caractère politique* » et qui doit être opérée « *par, pour ou pour le compte d'un acteur politique, sauf s'il s'agit d'un message à caractère purement privé ou commercial* » ou « *susceptible et conçu dans le but d'influencer le résultat d'une élection ou d'un référendum, un comportement de vote ou un processus législatif ou réglementaire, au niveau de l'Union, national, régional ou local* »⁸¹⁵.

Enfin, concernant les supports de la publicité, celle qui se rencontre à l'extérieur est définie comme « *toute inscription, forme ou image, destinée à informer le public ou à attirer son attention, les dispositifs dont le principal objet est de recevoir lesdites inscriptions, formes ou images étant assimilées à des publicités* »⁸¹⁶ tandis que celle qui est diffusée à la télévision correspond à « *toute forme de message télévisé diffusé contre rémunération ou autre contrepartie en vue soit de promouvoir la fourniture de biens ou services, y compris ceux qui sont présentés sous leur appellation générique, dans le cadre d'une activité commerciale, industrielle, artisanale ou de profession libérale, soit d'assurer la promotion commerciale d'une entreprise publique ou privée* »⁸¹⁷.

Par conséquent, lorsque la publicité est définie, ce qui n'est pas toujours le cas, seule celle qui est diffusée dans l'audiovisuel fait de la contrepartie une condition de sa qualification.

⁸¹² CSP, art. L. 3323-3.

⁸¹³ CSP, art. L. 3512-5.

⁸¹⁴ CSP, art. L. 3512-4.

⁸¹⁵ Règl. (UE) 2024/900, art. 3 (2) (a) et (b).

⁸¹⁶ C. envir., art. L. 581-3.

⁸¹⁷ Décret n°92-280 du 27 mars 1992, art. 2 ; Décret n° 2021-793 du 22 juin 2021 relatif aux services de médias audiovisuels à la demande, art. 30.

ii. L'imprécision de certains critères d'identification de la publicité

220. L'indifférence du critère tenant au support de la publicité - Certains supports de la publicité sont spécifiquement réglementés comme l'affichage extérieur⁸¹⁸ ou les spots audiovisuels⁸¹⁹.

D'autres textes visent la publicité indifféremment de son support. En droit de la consommation, sous l'empire du droit ancien, la qualification a été reconnue à des affiches⁸²⁰, annuaires⁸²¹, prospectus⁸²², catalogues⁸²³, dépliants⁸²⁴, appels téléphoniques⁸²⁵, courriers⁸²⁶, sites internet⁸²⁷, propos tenus par des vendeurs sur le lieu de vente ou à domicile du prospect⁸²⁸, inscription sur une blouse portée par un supposé vendeur⁸²⁹, étiquettes portées sur l'objet lui-même⁸³⁰ ou son emballage⁸³¹, bons de commande⁸³², factures⁸³³, notices⁸³⁴. Il n'y avait donc pas de distinction entre les communications commerciales médias et hors média, distinction rendue de surcroît caduque par la qualification de « *pratique commerciale* » depuis la directive 2005/29/CE.

⁸¹⁸ C. envir., art. L. 581-3.

⁸¹⁹ L. n° 86-1067 du 30 septembre 1986 relative à la liberté de communication. Les règles spécifiques aux services sont prévues par décret comme la télévision linéaire (décret n°92-280 du 27 mars 1992), les SMAD (décret n° 2021-793 du 22 juin 2021 relatif aux services de médias audiovisuels à la demande), les services de plateformes de partage de vidéos (décret n° 2021-1922 du 30 décembre 2021 pris pour l'application de l'article 60 de la loi n° 86-1067 du 30 septembre 1986 relative à la liberté de communication et fixant les principes généraux applicables aux communications commerciales audiovisuelles fournies sur les plateformes de partage de vidéos), la télévision publique (cahier des charges de France Télévisions), la radio publique (décret du 13 novembre 1987 portant approbation des cahiers des missions et des charges de la société Radio France et de l'Institut national de l'audiovisuel et privée (décret n°87-239 du 6 avril 1987 pris pour l'application de l'article 27-I de la loi n° 86-1067 du 30 septembre 1986 relative à la liberté de communication et fixant pour les services privés de radiodiffusion sonore diffusés par voie hertzienne terrestre ou par satellite le régime applicable à la publicité et au parrainage).

⁸²⁰ Cass. crim., 2 oct. 1985, n° 82-92.125, Bull. crim. 1985 n° 290 : *RSC* 1986, p. 631, obs. J. Pradel ; *RTD com.* 1986, p. 541, obs. J. Hémar et B. Bouloc.

⁸²¹ Cass. crim., 20 mars 2007, n° 05-85.253, Bull. crim. 2007 n° 86 : *Dr. pén.* 2007, comm. 86, obs. J.-H. Robert.

⁸²² Cass. crim., 21 mai 1984, n° 83-92.985, Bull. crim. 1984 n° 184.

⁸²³ Cass. crim., 7 mai 1985, n° 84-92.138, Bull. crim. 1985 n° 175.

⁸²⁴ Cass. crim., 8 mars 1990, n° 87-81.049, Bull. crim. 1990, n° 111 : *JCP G* 1990, II, 21542, note J.-H. Robert.

⁸²⁵ Cass. crim., 3 avr. 1996, n° 95-81.893 : *Dr. pén.* 1996, comm. 225, obs. J.-H. Robert.

⁸²⁶ Cass. crim., 23 avr. 1997, n° 96-81.498, Bull. crim. 1997 n° 143 : *Dr. pén.* 1997, comm. 114, obs. J.-H. Robert ; *RSC* 1998, p. 95, obs. B. Bouloc.

⁸²⁷ Cass. crim., 11 déc. 2007, n° 07-82.903 : *CCC* 2008, comm. 120, note G. Raymond.

⁸²⁸ Cass. crim. 13 déc. 1982, n° 81-94.953, Bull. crim. 1982 n° 285 – Cass. crim., 24 févr. 2009, n° 08-85.924.

⁸²⁹ Cass. crim. 23 févr. 1989, n° 88-82.291, Bull. crim. 1989 n° 91 : *D.* 1990, somm. p. 359, obs. G. Roujou de Boubée.

⁸³⁰ Cass. crim., 25 juin 1984, n° 83-92.808, Bull. crim. 1984 n° 241 : *D.* 1985, p. 80, note J.-C. Fourgoux. – Cass. crim., 14 oct. 1998, n° 98-80.527, Bull. crim. 1998, n° 262 : *JCP G* 1999, II, 10066, note Ph. Conte ; *CCC* 1999, comm. 32, note G. Raymond – Cass. crim., 19 oct. 2004, n° 04-82.642.

⁸³¹ Cass. crim., 3 sept. 2002, n° 01-86.760 : *CCC* 2003, comm. 50, obs. G. Raymond – Cass. crim., 3 mai 2006, n° 05-85.051.

⁸³² Cass. crim., 19 févr. 2008, n° 07-83.858.

⁸³³ Cass. crim., 23 mars 1994, n° 92-86.351, Bull. crim. 1994 n° 114 : *RTD com.* 1994, p. 589, obs. P. Bouzat.

⁸³⁴ Cass. crim., 15 mai 2012, n° 11-83.301 : *CCE* 2012, comm. 247, obs. G. Raymond ; *JCP E* 2012, 1697, note J.-H. Robert ; *RDC* 2013, p. 209, obs. R. Ollard.

En droit électoral, la qualification de « *procédé de publicité commerciale* » a permis également d'inclure des encarts dans la presse⁸³⁵, la mise à disposition d'un temps d'antenne quotidien sur une radio à un candidat à une élection⁸³⁶ ou encore l'achat de mots-clefs sur un moteur de recherche menant au site internet d'un candidat⁸³⁷.

En matière de publicité en faveur du tabac, la jurisprudence reconnaît la qualification à l'emballage lui-même⁸³⁸, à des articles de presse évoquant le lancement de nouvelles cigarettes⁸³⁹ ou des photographies parues dans la presse montrant des logos de marques de cigarettes apposées sur des voitures de course et l'équipement de pilotes⁸⁴⁰, des campagnes pour des vêtements portant le nom d'une marque de cigarettes⁸⁴¹, des campagnes de fondation portant le même nom qu'un fabricant de cigarettes⁸⁴² ou de prix portant son nom⁸⁴³.

La sévérité est la même en matière de publicité en faveur de l'alcool qui peut concerner des affiches⁸⁴⁴, les messages sur des réseaux sociaux provenant de l'utilisation d'une application créée et dédiée à une marque d'alcool⁸⁴⁵, un jeu-concours⁸⁴⁶.

En bref, le format de la publicité est indifférent quand il s'agit de réprimer une publicité en raison de l'objet sur lequel elle porte ou sur son contenu.

221. Le caractère public de la publicité - La publicité est une communication, c'est-à-dire qu'elle est extériorisée et adressée à autrui. Ce critère est notamment partagé par la *soft law*⁸⁴⁷ et les textes relatifs aux pratiques commerciales déloyales⁸⁴⁸ et de publicité comparative⁸⁴⁹. Même absent des textes, le critère de la communication est sous-entendu dans l'étymologie du terme, dérivé de « *public* »⁸⁵⁰. Du temps du délit de publicité fausse ou de nature à induire en erreur, il y avait lieu de considérer qu'une publicité restée au stade de la conception ne rentrait pas dans

⁸³⁵ CE, 28 juill. 1993, n° 138903, *Élect. cant. Castelsarrasin* : Lebon, p. 786.

⁸³⁶ CE, 7 mai 1993, n° 135815, 135926, 135927, 135928, 135951 et 140178, *Élect. rég. La Réunion* : Lebon, p. 146 ; *AJDA* 1994, p. 195, chron. C. Maugüe et L. Touvet ; D. 1994, jurispr. p. 111, note X. Philippe et P. Crégut.

⁸³⁷ CE, 3^e et 8^e ss-sect. réunies, 13 févr. 2009, n° 317637, *Élect. mun. de Fuveau* : Lebon T., p. 766 ; *AJDA* 2009, p. 287, note C. Biget ; *ibid.*, p. 835, note B. Delzangles ; *ibid.*, p. 1305, chron. S.-J. Liéber et D. Botteghi ; *LPA* 17 sept. 2009, p. 11, note J.-P. Camby.

⁸³⁸ Cass. crim., 25 oct. 2016, n° 15-84.730.

⁸³⁹ Cass. crim., 21 févr. 1996, n° 95-81.605, Bull. crim. 1996 n° 86 : *LPA* 1997, n° 59, p. 20, note F. Gras.

⁸⁴⁰ Cass. crim., 11 janv. 2005, n° 04-80.907, Bull. Crim. 2005 n° 13 : *CCE* 2005, comm. 122, obs. A. Lepage ; *Dr. pén.* 2005, comm. 47, note J.-H. Robert ; *RTD com.* 2005, p. 622, note B. Bouloc.

⁸⁴¹ Cass. crim., 18 mars 2003, n° 02-83.015, Bull. crim. 2003, n° 69 : *Dr. pén.* 2003, comm. 78, obs J.-H. Robert.

⁸⁴² Cass. crim., 7 févr. 1984, n° 82-90.338, Bull. crim. 1984, n° 41.

⁸⁴³ Cass. crim., 25 févr. 1987.

⁸⁴⁴ Cass. crim., 19 déc. 2006, n° 05-87.268 : *Dr. pén.* 2007, comm. 40, note J.-H. Robert.

⁸⁴⁵ Cass. civ. 1^{ère}, 3 juill. 2013, n° 12-22.633 : *Légipresse* 2013, p. 463, note F. Gras.

⁸⁴⁶ Cass. civ. 1^{ère}, 20 oct. 2011, n° 10-23.509.

⁸⁴⁷ ICC Code, 2018, p. 8.

⁸⁴⁸ Dir. 2005/29/CE, art. 2 (d).

⁸⁴⁹ Dir. 2006/114/CE, art. 2 (a).

⁸⁵⁰ V. *supra* n° 136.

le champ de la loi⁸⁵¹. La jurisprudence avait d'ailleurs eu l'occasion de rejeter la qualification pour un message inaccessible au public⁸⁵².

Le caractère public de la communication n'exclut en revanche pas le ciblage. En d'autres termes, la publicité peut s'adresser au public, c'est-à-dire à un nombre indéterminé de personnes, de façon identique et impersonnelle, mais peut également concerner un public, c'est-à-dire une partie du public dont on attend un comportement après segmentation d'un marché donné. Le public n'est d'ailleurs pas systématiquement composé d'une pluralité de personnes, une communication faite à un seul individu peut être qualifiée de publicité⁸⁵³. Toutes ces solutions ne sont pas remises en cause par l'adoption de la directive 2005/29/CE qui concerne plus largement les pratiques commerciales déloyales⁸⁵⁴. Cette appréhension accueillante du ciblage est confirmée dans le règlement (UE) 2024/900 relatif à la publicité politique qui précise que ces techniques sont celles qui sont « *utilisées pour adresser une annonce publicitaire à caractère politique uniquement à une personne spécifique ou à un groupe spécifique de personnes* » ou, de manière négative, « *pour les exclure, sur la base d'un traitement de données à caractère personnel* »⁸⁵⁵.

222. La partialité de la publicité et ses corollaires - La publicité est « *naturellement partielle* »⁸⁵⁶ dans la mesure où elle « *cherche toujours à convaincre sa cible des qualités incomparables du produit ou service, quel qu'il soit, auquel elle se rapporte* »⁸⁵⁷. La valeur positive du message publicitaire est donc le corollaire de sa finalité qui est d'affecter le comportement d'autrui en faveur de l'annonceur, l'autorisant à manier l'hyperbole⁸⁵⁸. Il ne saurait donc être négatif, et ce, même dans le cas de la publicité comparative qui ne doit pas se focaliser sur les faiblesses du produit ou celles de son concurrent sous peine d'être dénigrante⁸⁵⁹. Elle doit rester la plus objective possible, si tant est que ce soit possible, dans la comparaison de produits en se fondant sur des caractéristiques essentielles, pertinentes,

⁸⁵¹ J. LARGUIER, PH. CONTE, *Droit pénal des affaires*, Armand Colin, 11^{ème} éd., 2004, p. 147, n° 170, p. 147 ; J.-H. ROBERT, H. MATSOPOULOU, *Traité de droit pénal des affaires*, PUF, 2004, p. 354, n° 215.

⁸⁵² Cass. crim., 15 mars 1990, n° 88-87.096, Bull. Crim. 1990 n° 119 : D. 1994, somm. p. 160, obs. G. Roujou de Boubée.

⁸⁵³ Cass. crim., 12 nov. 1986, n° 85-95.538, Bull. crim. 1986 n° 335 – Cass. crim., 13 nov. 1980, n° 80-91.793, Bull. crim. 1980 n° 300.

⁸⁵⁴ Sur l'admission de la pratique commerciale sans pluralité de personnes : Cass. crim., 20 nov. 2012, n° 11-89.090 : *Gaz. Pal.* 2013, p. 461, obs. E. Dreyer – CJUE, 16 avr. 2015, aff. C-388/13, *Nemzeti Fogyasztóvédelmi Hatóság c/ UPC Magyarország Kft.* : D. 2016, p. 617, obs. H. Aubry, E. Poillot et N. Sauphanor-Brouillaud – Cass. crim., 13 janv. 2016, n° 14-84.072 : *Dr. pén.* 2016, comm. 48, obs. J.-H. Robert.

⁸⁵⁵ Règl. (UE) 2024/900, art. 3 (11).

⁸⁵⁶ C. CARREAU, « Publicité fausse ou de nature à induire en erreur – Publicité comparative », *Rép. com. Dalloz*, 2025, §6.

⁸⁵⁷ *Ibid.*

⁸⁵⁸ C. CARREAU, « Publicité et hyperbole », *D.* 1995, p. 225.

vérifiables et représentatives du produit en question⁸⁶⁰. En matière de produits de tabac dont la publicité directe et indirecte est interdite, peu importe la valeur du message communiqué. À partir du moment où il traite, fait apparaître des produits du tabac, ou évoque l'univers du tabac, il doit être considéré comme une publicité en sa faveur⁸⁶¹. En matière de publicité en faveur de médicaments à usage humain, la jurisprudence a pu considérer que, lorsque le message émanait d'un tiers et que sa teneur était au moins pour partie critique, il s'agissait d'information et non de publicité⁸⁶².

Concernant la teneur du message lui-même, le débat sur son éventuel caractère informatif a déjà été évoqué⁸⁶³. La publicité se matérialise par des informations, elle peut apporter de l'information, elle peut encore se traduire par des informations dans le sens de renseignements objectifs, il n'en reste pas moins qu'elle reste incitative dans sa finalité.

223. Le caractère commercial de la publicité, une fausse évidence - Le caractère commercial semble tomber sous le sens quand il s'agit d'envisager la publicité. L'adjectif « *commercial* » est fréquemment utilisé aux côtés du terme « *publicité* »⁸⁶⁴, voire aux côtés du terme « *communication* »⁸⁶⁵. Elle serait en somme « *naturellement commerciale* » ce qui est loin d'être évident. Certes, l'adjectif « *commercial* » permet de la distinguer de la publicité légale avec laquelle elle partage le caractère public mais pas sa finalité informative⁸⁶⁶. La Cour européenne des droits de l'Homme (CEDH) a eu l'occasion de se prononcer sur l'impact d'une interdiction de la publicité sur la liberté d'expression garantie par l'article 10. À cette occasion, les juges ont estimé que le texte bénéficie à « *toute personne ; il ne distingue pas d'après la nature, lucrative ou non, du but recherché* », « *ne joue pas seulement pour certains types de*

⁸⁵⁹ Cass. com., 25 sept. 2012, n° 11-21.266 : *D.* 2014., pan. 333, obs. N. Martial-Braz ; CCC 2012, n° 290, obs. G. Raymond.

⁸⁶⁰ C. consom. art. L. 122-1, 1°.

⁸⁶¹ V. par ex. pour la publication de photographie d'un pilote automobile et de sa voiture floquée de la marque Marlboro accompagnée d'un photomontage de deux paquets de cigarette de la marque accompagné du message « attention, fumer ... donne le cancer de l'anus » : Cass. crim., 11 janv. 2005, n° 04-80.907, Bull. crim. 2005 n° 13 : CCE 2005, comm. 122, obs. A. Lepage ; *Dr. pén.* 2005, comm. 47, note J.-H. Robert ; *RTD com.* 2005, p. 622, note B. Bouloc.

⁸⁶² V. par ex. l'arrêt rendu dans l'affaire *Pradal*, médecin auteur d'un dictionnaire des médicaments destiné au public dans lequel les juges, relevant le mélange d'éloges et de critiques, réfute la qualification de publicité : CA Paris, 4^{ème} ch., 20 déc. 1974, *S^{te} Éditions du Seuil et Docteur Pradal c/ S^{te} Laboratoires Delalande* : *D.* 1975, jurispr. p. 312, concl. P. Franck et note R. Lindon ; *JCP G* 1975, II, 18056, note D. Nguyen Thanh-Bourgeois ; *RDSS* 1975, p. 187, obs. J.-M. Auby ; *Gaz. Pal.* 1975, I, doct. p. 107, note J.-C. Fourgoux.

⁸⁶³ V. *supra* n° 163 et s.

⁸⁶⁴ V. par ex. dans les textes : C. élect., art. 52-1 ; C. envir., art. L.522-5-3 ; CGI, art. 1383, II, al. 3.

⁸⁶⁵ ICC Code, 2018, p. 8 ; Dir. 2005/29/CE, art. 2 (d) ; Dir. 2000/31/CE, art. 2 (f).

⁸⁶⁶ V. *supra* n° 165.

renseignements, d'idées ou de modes d'expression » et englobe « *des informations à caractère commercial* »⁸⁶⁷.

Mais il reste l'hypothèse d'une publicité qui pourrait, en plus d'être publique et incitative, être de nature non commerciale, ce qu'un arrêt de la Cour de cassation du 19 novembre 1997 relatif à la publicité en faveur du tabac laisse entendre par la formule : « *si c'est à tort que la cour d'appel a cru pouvoir exclure la publicité incriminée fût-elle commerciale ...* »⁸⁶⁸.

Même en dehors de matières proprement commerciales, cet adjectif est tout de même accolé à la publicité visée. En droit électoral par exemple, l'article L. 52-1 du code électoral évoque « *l'utilisation à des fins de propagande électorale de tout procédé de publicité commerciale* ». De même, le règlement 2024/900 relatif à la publicité politique vise notamment « *le contenu payant, les résultats de recherche sponsorisés, les messages ciblés payants, la promotion des classements, la promotion d'une chose ou d'une personne dans un contenu comme le placement de produits, les influenceurs et d'autres mentions* »⁸⁶⁹.

En d'autres termes, les publicités en question ne sont pas de nature commerciale mais recourent aux mêmes moyens que la publicité commerciale.

Toutefois, à supposer que la publicité soit par nature commerciale, un *hiatus* demeure quant à ce qui serait, au sein de la publicité, proprement commercial.

224. Une commercialité tenant à l'objet du message ? - La commercialité peut toucher l'objet du message dans le sens où la publicité est censée porter sur des produits mais ce critère ne suffit pas. En matière de propagande électorale, la qualification de publicité peut être attribuée alors même qu'elle n'a pas pour objet un produit mais un candidat à une élection. Dans l'audiovisuel, depuis la loi n° 2009-258 du 5 mars 2009 relative à la communication audiovisuelle et au nouveau service public de la télévision, les programmes diffusés sur les chaînes du groupe France Télévisions « *ne comportent pas de messages publicitaires autres*

⁸⁶⁷ CEDH, 24 févr. 1994, n° 15450/89, *Casado Coca c/ Espagne*, pt. 35 : *AJDA* 1994, p. 511, chron. J.-F. Flauss ; *RTDH* 1995, p. 69, note M. Halpérin. V. auparavant : Com. EDH, 5 mai 1979, n° 7805/77, *Église de Scientologie c/ Suède* – CEDH, 20 nov. 1989, n° 10572/83, *Markt Intern Verlag GmbH et Klaus Beermann c/ Allemagne* : *RFDA* 1991, p. 101, chron. V. Berger, H. Labayle et F. Sudre. En revanche, une ingérence dans la liberté d'expression publicitaire est accueillie plus favorablement que dans les débats d'idées : G. COHEN-JONATHAN, « Liberté d'expression et message publicitaire », *RTDH* 1993, p. 69 ; M. BOUTET, « La liberté d'expression publicitaire selon l'interprétation de la Convention européenne des droits de l'homme », *D.* 2000, p. 26. Il en va ainsi en matière de publicité en faveur du tabac : CEDH, 5 mars 2009, n° 13353/05, *Hachette Filipacchi Presse automobile et Dupuy c/ France* – CEDH, 5 mars 2009, n° 26935/05, *S^{te} de conception de presse et d'édition et Ponson c/ France* : *RLDI* 2009, n° 48, p. 32, note E. Derieux ; *Dr. pén.* 2009, comm. 80, obs. J.-H. Robert ; *RSC* 2009, p. 668, obs. D. Roets ; *Légipresse* 2009, p. 127, note F. Gras ; *RJES* 2009, p. 83, note L. François.

⁸⁶⁸ Cass. crim., 19 nov. 1997, n° 96-82625, *Bull. crim.* 1997 n° 393 : *D.* 1998, jurispr. p. 613, note J.-Ch. Galloux.

⁸⁶⁹ Règl. (UE) 2024/900, consid. 1.

que ceux présentés sous leur appellation générique »⁸⁷⁰, par opposition à la publicité commerciale qui porte sur des produits de marque.

225. Une commercialité tenant à l'émetteur de la publicité ? - Il est également possible de considérer que la commercialité concerne l'émetteur.

Sous l'empire des textes relatifs à la publicité mensongère, puis fausse ou de nature à induire en erreur, la qualification pouvait être retenue lorsque le message émanait de particuliers⁸⁷¹ mais un doute subsistait lorsque l'émetteur était une association à but non lucratif, ce qui rejaillit en réalité sur la finalité de la publicité. Au sujet de tracts distribués par une personne devant un palais de justice au nom d'une association de défense de victimes, pourtant liquidée judiciairement, invitant le lecteur à engager la responsabilité de professionnels de la justice, médecins et élus, la Cour de cassation avait considéré qu'il était indifférent que la publicité ne soit pas diffusée à des fins lucratives et ne présente pas de caractère commercial⁸⁷². La haute juridiction, de nouveau saisie après la condamnation de la France par la CEDH pour violation de l'article 6 §1, est ensuite revenue sur sa solution en considérant que le délit n'était pas constitué puisque l'association ne proposait aucun service⁸⁷³, mais un doute subsistait sur cette absence de service proposé puisque cela pouvait être lié à la liquidation judiciaire de l'association ou au refus de considérer que des tracts invitant les lecteurs à consulter le site internet de l'association constituaient de fait un service⁸⁷⁴. Aujourd'hui, les associations à but non lucratif semblent exclues du dispositif relatif aux pratiques commerciales déloyales puisque ces dernières doivent être l'œuvre de professionnels, mais un auteur émet l'hypothèse qu'une association pourrait être concernée si elle se livre, « même à titre accessoire à une activité commerciale, artisanale ou libérale »⁸⁷⁵.

Dans l'audiovisuel, s'agissant de la télévision et des SMAD, l'ambiguïté de la distinction entre publicité – commerciale et générique – diffusée contre rémunération et messages d'intérêt général émanant d'associations diffusés gratuitement a été évoquée, de sorte

⁸⁷⁰ Cahier des charges de France Télévisions, art. 28.

⁸⁷¹ Cass. crim., 24 mars 1987, n° 85-94.694, Bull. crim. 1987 n° 139 : *JCP G* 1988, II, 21017, note G. Heidsieck – Cass. crim., 13 juin 1991, Bull. crim. 1991 n° 256 : *Dr. pén.* 1991, comm. 263, obs. J.-H. Robert ; *RSC* 1992, p. 98, obs. J. Pradel – Cass. crim., 27 mars 1996, n° 94-86.039, Bull. crim. 1996 n° 139 : *RSC* 1997, p. 122, obs. A. Giudicelli.

⁸⁷² Cass. crim., 6 mai 1998, n° 97-83.023 : *RSC* 1999, p. 115, obs. A. Giudicelli.

⁸⁷³ Cass. ass. plén., 8 juill. 2005, n° 97-83.023, Bull. crim. 2005 n° 2 : *D.* 2005, p. 1997, obs. E. Chevrier ; *AJ Pénal* 2005, p. 374, obs. C. Girault ; *RSC* 2006, p. 86, obs. C. Ambroise-Castérot ; *RTD com.* 2006, p. 497, obs. B. Bouloc.

⁸⁷⁴ V. par ex : C. AMBROISE-CASTÉROT, note sous Cass. ass. plén., 8 juill. 2005, *RSC* 2006, p. 86 ; S. FOURNIER, « Pratiques commerciales trompeuses », *J.-Cl. Lois pénales spéciales*, fasc. 20, 2025, §16.

⁸⁷⁵ N. ERESEO, « Pratiques commerciales trompeuses », *J.-Cl. Communication*, fasc. 3480, 2021, §22.

qu'il y a lieu de considérer qu'une publicité peut émaner d'une association à partir du moment où elle achète de l'espace publicitaire auprès de médias audiovisuels⁸⁷⁶. Simplement, elle ne constitue pas une publicité commerciale ou une publicité collective au sens du texte.

226. L'illisibilité du critère commercial de la publicité : l'exemple des campagnes télévisées de Leclerc en faveur des médicaments - Une affaire en particulier illustre l'illisibilité du critère de la commercialité. Leclerc a fait diffuser une campagne dans laquelle la société s'étonne que ses parapharmacies ne puissent vendre des médicaments non remboursés, à un coût inférieur que celui pratiqué par les officines, dans la presse, à la télévision et crée un site internet *ad hoc*. Devant la Cour d'appel de Colmar de 2008, les juges ont considéré que « *les articles L. 121-1 et suivants du code de la consommation ne s'appliquent aux pratiques commerciales déloyales que dans la mesure où elles visent à promouvoir la vente d'un bien ou d'un service effectivement proposé sur le marché* ». En l'espèce, la Cour considère que « *la communication du groupe Leclerc est constitutive d'une sorte de propagande en faveur d'un changement de législation* »⁸⁷⁷, ce que la Cour de cassation est venue confirmer⁸⁷⁸. À la suite d'une nouvelle action intentée par des distributeurs pharmaceutiques contre Leclerc sur des faits similaires, la chambre commerciale réaffirme sa position en rappelant qu'en matière de pratiques commerciales trompeuses, la publicité doit être susceptible d'altérer la décision d'achat du produit par les consommateurs, ce qui ne pouvait être le cas en l'espèce puisque, comme l'a relevé la Cour d'appel, « *la communication litigieuse se présente comme une campagne d'opinion sur la nécessité d'ouvrir à la concurrence la vente de médicaments non remboursés et qu'en l'état de la législation, le médicament non remboursé n'est pas commercialisé et ne peut être commercialisé par la grande distribution* »⁸⁷⁹. Par conséquent, sur le terrain du droit de la consommation, la campagne en question était bien une publicité mais ne satisfaisait pas aux critères de qualification de la pratique commerciale déloyale. La publicité litigieuse émanait bien d'un acteur commercial dont la finalité poursuivie était également commerciale puisqu'elle constituait dans le même temps « *une revendication en*

⁸⁷⁶ V. *supra* n° 190.

⁸⁷⁷ CA Colmar, 7 mai 2008, n° 08/02047 : *JCP E* 2008, 2499, note L. Arcelin ; *D.* 2008, p. 1401, note C. Rondey et p. 1964, note G. Rousset ; *CCC* 2008, comm. 188, obs. M. Malaurie-Vignal ; *Prop. industr.* 2008, comm. 72, note J. Schmidt-Szalewski.

⁸⁷⁸ Cass. com., 13 oct. 2009, n° 08-16.972 : *CCC* 2010, comm. 21, obs. M. Malaurie-Vignal.

⁸⁷⁹ Cass. com., 27 avr. 2011, n° 10-15.648 : *CCC* 2011, comm. 178, obs. G. Raymond ; *RDSS* 2011, p. 919, note V. Siranyan – Confirmé après renvoi par Cass. com., 21 juin 2016, n° 14-22.709 : *CCC* 2016, comm. 225, obs. S. Bernheim-Desvaux ; *D.* 2016, pan. 2484, obs. Y. Serra. Sur le dénigrement, v. : Cass. com., 21 juin 2016, n° 14-22.710 : *Prop. industr.* 2016, comm. 64, note J. Larrieu.

faveur des intérêts commerciaux des centres Leclerc [...] appelant à une vraie concurrence »⁸⁸⁰, mais ne portait pas sur un objet commercial car elle relevait d'une communication d'opinion.

Du côté du Conseil Supérieur de l'Audiovisuel (CSA), le débat pouvait porter sur l'admission du spot dans les écrans réservés à la publicité. Après s'y être opposée, l'autorité décide de revenir sur sa doctrine et autorise les chaînes à diffuser les campagnes relatives à la vente de médicaments dans les centres E. Leclerc au sein des coupures publicitaires⁸⁸¹. Du côté de l'autorégulation, il convient de noter qu'après avoir bénéficié d'un avis défavorable, le spot a de nouveau été soumis, après modification, au Bureau de vérification de la publicité (BVP, futur ARPP) qui a décidé de s'aligner sur la position du CSA⁸⁸². Or, en 2016, le Conseil revient sur sa doctrine et considère que le message selon lequel il est absurde que les parapharmacies Leclerc « *ne puissent toujours pas vendre des médicaments sans ordonnance alors même qu'il dispose de docteurs en pharmacie compétents et qu'il proposerait ces médicaments à des prix avantageux* », et précisant que « *ceux-ci sont pourtant disponibles sur Internet* », ne répond pas à la définition de la publicité au sens de l'article 2 du décret n° 92-280 du 27 mars 1992⁸⁸³.

La notion de publicité apparaît bien relative à la lumière de cette affaire. Si la campagne d'opinion constitue bien une publicité au sens du droit de la consommation et de l'autorégulation, elle ne constitue pas une publicité au sens du droit de l'audiovisuel. Le CSA précise bien que seuls les messages publicitaires ou d'intérêt général peuvent faire l'objet d'une diffusion au sein des écrans publicitaires, ce qui laisse penser que la communication d'opinion ne remplit pas non plus les conditions relatives aux messages d'intérêt général⁸⁸⁴.

b. Les illustrations sectorielles du caractère extensif de la publicité

227. L'exemple de la publicité en faveur du tabac - Il est des domaines dans lesquels la notion de publicité est particulièrement ardue à saisir, soit que la finalité soit indifférente, soit

⁸⁸⁰ Cass. com., 21 juin 2016, n° 14-22.709 : CCC 2016, comm. 225, obs. S. Bernheim-Desvaux ; D. 2016, pan. 2484, obs. Y. Serra.

⁸⁸¹ CSA, déc. du 4 avr. 2008, accessible en ligne : <https://www.csa.fr/Reguler/Espace-juridique/Les-textes-adoptes-par-l-Arcom/Les-decisions-du-CSA/Publicite-le-Conseil-ne-s-oppose-pas-a-la-campagne-sur-la-vente-de-medicaments-dans-les-centres-E.-Leclerc>.

⁸⁸² BVP, communiqué de presse du 4 avr. 2008, accessible en ligne : <https://www.arpp.org/actualite/spot-leclerc-le-bvp-precise-sa/>.

⁸⁸³ CSA, déc. du 4 nov. 2015, accessible en ligne : <https://www.csa.fr/Reguler/Espace-juridique/Les-textes-adoptes-par-l-Arcom/Les-decisions-du-CSA/Rediffusion-d-un-message-publicitaire-d-E.-Leclerc-concernant-la-vente-des-medicaments-plusieurs-chaines-mises-en-garde>.

⁸⁸⁴ *Ibid.*

qu'elle relève d'un faisceau d'indices. En matière de tabac par exemple, la jurisprudence adopte une conception large de la notion puisqu'après avoir considéré que « *toute utilisation publique d'une marque de cigarettes, quelle qu'en soit la finalité, constitue une publicité en faveur du tabac* »⁸⁸⁵, la Cour de cassation estime que la publicité recouvre « *tout acte, quelle qu'en soit la finalité, ayant pour effet de rappeler ces produits ou leurs marques* »⁸⁸⁶. De son côté, la CEDH estime que les restrictions apportées à la liberté d'expression sont justifiées au regard de l'objectif de protection de la santé publique poursuivi par le législateur⁸⁸⁷. Cette interdiction de toute évocation, même involontaire, et alors même qu'elle s'inscrit dans un cadre journalistique a été vertement critiquée par la doctrine, d'autant qu'elle aboutit également à empêcher tout débat public sur le tabac⁸⁸⁸. Tandis que les juges administratifs ne trouveront rien à redire à une photographie d'Albert Camus, cigarette aux lèvres, placardée sur la façade d'une médiathèque municipale⁸⁸⁹, la Cour de cassation poursuit sa conception particulièrement stricte de la publicité en ne mentionnant plus la finalité poursuivie : « *sont prohibées toutes formes de communication commerciale, quel qu'en soit le support, et toute diffusion d'objets ayant pour but ou pour effet de promouvoir le tabac ou un produit du tabac* »⁸⁹⁰.

Un arrêt rendu par la chambre criminelle de la Cour de cassation le 21 février 2017⁸⁹¹ semble pour autant revenir à une conception plus raisonnable. Était en cause une émission diffusée à la télévision qui consiste à filmer un dîner au cours duquel trois convives apparaissaient en train de fumer, ce qui aurait dû en toute logique constituer une publicité en faveur du tabac. Contre toute attente, la chambre criminelle considère que « *ne peut être considérée comme une publicité en faveur du tabac la diffusion d'une émission ne comportant aucune image ou aucun propos ayant pour but ou pour effet de promouvoir directement ou*

⁸⁸⁵ Cass. crim., 29 juin 1999, n° 98-83.106, Bull. crim. 1999 n° 165 : *RTD com.* 2000, p. 203, obs. B. Bouloc.

⁸⁸⁶ Cass. crim., 18 mars 2003, n° 02-83.740, Bull. crim. 2003 n° 72 : *Dr. pén.* 2003, n° 78, obs. J.-H. Robert.

⁸⁸⁷ CEDH, 5 mars 2009, n° 13353/05, *Hachette Filipacchi Presse automobile et Dupuy c/ France* – CEDH, 5 mars 2009, n° 26935/05, *S^{te} de conception de presse et d'édition et Ponson c/ France* : *RLDI* 2009, n° 48, p. 32, note E. Derieux ; *Dr. pén.* 2009, comm. 80, obs. J.-H. Robert ; *RSC* 2009, p. 668, obs. D. Roets ; *Légipresse* 2009, p. 127, note F. Gras ; *RJES* 2009, p. 83, note L. François.

⁸⁸⁸ J.-CH. GALLOUX, « Le tabac est-il interdit d'expression en France ? », *D.* 1998, p. 613 ; E. ANDRIEU, F. GRAS, « Publicité pour l'alcool et le tabac : glissements progressifs vers la censure », *Légicom* 2007, p. 67.

⁸⁸⁹ TA Montpellier, 6 avr. 2012, n° 1002975 : *Légipresse* 2012, p. 501, note J.-M. Bruguière ; *AJDA* 2012, p. 1841, note C. Lantero. Cette décision tombe trois ans après la fameuse affiche consacrée à une rétrospective de Jacques Tati à la Cinémathèque de Paris, sur laquelle la RATP avait remplacé la pipe de Monsieur Hulot par un moulin à vent.

⁸⁹⁰ Cass. crim., 18 mai 2016, n° 15-80.922, Bull. crim. n° 151 : *JCP G* 2016, 714, note J.-M. Brigant ; *Dr. pén.* 2016, comm. 113, obs. J.-H. Robert ; *Légipresse* 2016, p. 549, note L. François.

⁸⁹¹ Cass. crim., 21 févr. 2017, n° 15-87.688 : *Légipresse* 2017, p. 147, note E. Andrieu ; *Dr. pén.* 2017, comm. 58, note J.-H. Robert.

indirectement le tabac ou un produit du tabac » et « le seul fait de montrer des personnes dans une émission en train de fumer ne constitue pas une publicité prohibée en faveur du tabac »⁸⁹².

228. L'exemple de la publicité en faveur des médicaments - En matière de publicité en faveur de médicaments à usage humain, la CEDH s'est montrée accueillante. Dans une affaire où il était question d'un article rédigé par un journaliste danois sur son site internet dans lequel il vantait les mérites d'un médicament non commercialisé au Danemark, les juges ont considéré que *« la diffusion par un tiers d'informations relatives à un médicament, notamment à ses propriétés curatives ou préventives, peut être considérée comme de la publicité [...] même lorsque ce tiers agit de sa propre initiative et de manière totalement indépendante, en droit comme en fait, du fabricant ou du vendeur d'un tel médicament »⁸⁹³.*

Deux ans plus tard⁸⁹⁴, elle affine son raisonnement et relève que *« la finalité du message constitue le trait caractéristique essentiel de la publicité et l'élément déterminant pour distinguer la publicité de la simple information »⁸⁹⁵*, d'autant qu'une publicité peut parfaitement ne comprendre que des informations objectives⁸⁹⁶. La finalité promotionnelle est donc le critère de la publicité et peut relever d'un faisceau d'indices : l'auteur du message, l'objet de ce message (médicaments soumis à prescription ou non) et son contenu (reproduction intégrale des notices ou remaniement et sélection des informations relatives au médicament), ses destinataires (grand public ou professionnels de santé) et les caractéristiques du média utilisé (accessibilité *pull* ou *push*)⁸⁹⁷.

Récemment, la CJUE a été amenée à élargir davantage la notion de publicité pour des médicaments à un système de parrainage entre clients d'une pharmacie en faveur de médicaments non soumis à prescription médicale⁸⁹⁸. En l'espèce, il n'était pas question d'un « message » auquel les critères d'appréciation susmentionnés auraient pu s'appliquer mais d'une « action » publicitaire.

229. L'exemple de la publicité à caractère politique - Le règlement (UE) 2024/900 a pour objet de renforcer la transparence de la publicité à caractère politique face à *« la sophistication*

⁸⁹² Cass. crim., 21 févr. 2017, n° 15-87.688, précit.

⁸⁹³ CJUE, 2 avr. 2009, aff. C-421/07, *Damgaard* : RDSS 2009, p. 759, note C. Mascaret ; *Europe* 2009, comm. 270, note D. Simon.

⁸⁹⁴ CJUE, 5 mai 2011, aff. C-316/09, *MSD Sharp* : RDSS 2011, p. 960, note J. Peigné ; *Gaz. Pal.* 5 nov. 2011, p. 40, note E. Hérial ; *Europe* 2011, comm. 244, note M. Meister.

⁸⁹⁵ *MSD Sharp*, §31.

⁸⁹⁶ *MSD Sharp*, §32.

⁸⁹⁷ *MSD Sharp*, §§34-47.

⁸⁹⁸ CJUE, 27 févr. 2025, aff. C-517/23, *Apothekerkammer Nordrhein* : *Europe* 2024, comm. 115, A. Rigaux.

croissante de la désinformation, la diversification des acteurs, l'évolution rapide des nouvelles technologies et l'accélération de la manipulation d'informations et des ingérences dans nos processus électoraux et réglementaires démocratiques ».

Dans un premier temps, le texte vise « *l'élaboration, le placement, la promotion, la publication, la distribution ou la diffusion, par tout moyen, d'un message* »⁸⁹⁹. En somme, la publicité n'est pas seulement un message mais un ensemble d'opérations.

Puis le texte ajoute que cette publicité se fait « *normalement contre rémunération* ». Ainsi, il serait d'usage qu'à l'instar de toute publicité, la publicité à caractère politique soit opérée moyennant rémunération, ce qui inclut les avantages en nature⁹⁰⁰.

Pour autant, le texte élargit considérablement sa conception de la publicité à caractère politique puisque cette qualification se fait « *normalement contre rémunération ou au travers d'activités internes* » qu'il faut entendre comme « *des activités menées au sein d'une entité qui comprennent la préparation, le placement, la promotion, la publication, la distribution ou la diffusion, par quelque moyen que ce soit, d'un message susceptible et conçu dans le but d'influencer le résultat d'une élection ou d'un référendum, un comportement de vote ou un processus législatif ou réglementaire, ou qui y contribuent notablement* »⁹⁰¹. Le texte est cependant ambigu s'agissant du parrainage. Le premier considérant évoque par exemple des « *activités connexes* » à la publicité politique comme « *la diffusion de publicité à caractère politique à la demande d'un parraineur* », sous-entendant qu'il ne s'agit pas de publicité proprement dite. D'un autre côté, il définit « *la campagne de publicité à caractère politique* » comme « *l'élaboration, le placement, la promotion, la publication, la distribution ou la diffusion d'une série d'annonces publicitaires à caractère politique liées dans le cadre d'un contrat de publicité à caractère politique, sur la base d'une préparation, d'un parrainage ou d'un financement communs* ». En première attention, il apparaît que la campagne de publicité à caractère politique est un ensemble d'annonces publicitaires et que le parrainage constitue par conséquent un type de publicité. Il semble néanmoins qu'il faille en réalité distinguer les deux. Le parrainage est ici la base d'une campagne de publicité à caractère politique. Il ne constitue pas en soi une publicité mais il peut conduire à une opération publicitaire subséquente⁹⁰².

⁸⁹⁹ Règl. (UE) 2024/900, art. 3 (2).

⁹⁰⁰ Règl. (UE) 2024/900, consid. 3.

⁹⁰¹ Règl. (UE) 2024/900, art. 3 (2).

⁹⁰² Cette ambiguïté du parrainage dans ses relations avec la notion de publicité se retrouve également en matière de marketing d'influence tel qu'entendu par l'ARPP. V. *supra* n° 202.

2. La mise à l'écart opportuniste de la contrepartie pour qualifier la publicité

230. L'abandon pratique de la contrepartie - L'existence d'une contrepartie à la publicité est parfois mise à l'écart dans des domaines qui en font pourtant expressément une condition (a), mise à l'écart qui se justifie par des raisons pratiques (b).

a. Les illustrations de la mise à l'écart de la contrepartie pour qualifier la publicité

231. L'audiovisuel et le *marketing* d'influence, ou les paradoxes de la contrepartie à la publicité - Deux domaines exigent l'existence d'une contrepartie pour qualifier la publicité, tout en l'écartant par la suite : l'audiovisuel (i) et le *marketing* d'influence (ii).

i. La mise à l'écart de la contrepartie pour qualifier la publicité audiovisuelle

232. L'autopromotion, une forme de publicité sans contrepartie ? L'ambiguïté du droit européen - La directive SMA encadre les communications commerciales audiovisuelles qu'elle définit comme « *des images, combinées ou non à du son, qui sont conçues pour promouvoir, directement ou indirectement, les marchandises, les services ou l'image d'une personne physique ou morale qui exerce une activité économique ; ces images accompagnent un programme ou une vidéo créée par un utilisateur ou y sont insérées moyennant paiement ou autre contrepartie, ou à des fins d'autopromotion* » et y inclut « *notamment* » la publicité télévisée, le parrainage, le téléachat et le placement de produit⁹⁰³. Quant à la publicité télévisée, celle-ci est « *toute forme de message télévisé, que ce soit moyennant paiement ou autre contrepartie, ou de diffusion à des fins d'autopromotion par une entreprise publique ou privée ou une personne physique dans le cadre d'une activité commerciale, industrielle ou artisanale ou d'une profession dans le but de promouvoir la fourniture, moyennant paiement, de biens ou de services, y compris de biens immeubles, de droits et d'obligations* »⁹⁰⁴.

Il ressort donc du texte européen qu'il existe deux types de publicités : la publicité diffusée en échange d'une contrepartie et l'autopromotion, une innovation de la directive

⁹⁰³ Dir. SMA, art. 1 (h).

⁹⁰⁴ Dir. SMA, art. 1 (i).

« *Télévision sans Frontières* » dite « TSF » modifiée une première fois le 30 juin 1997⁹⁰⁵ qui demeure néanmoins ambiguë. Si son considérant 39 insistait sur l'assimilation de l'autopromotion à la publicité à l'exception des bandes-annonces « *consistant en des extraits de programmes* » et devant être assimilées à des programmes, l'article 18 §3 excluait l'autopromotion du calcul du temps maximal dévolu à la publicité⁹⁰⁶. La version actuelle de la directive SMA reprend uniquement l'exclusion de l'autopromotion du temps maximal consacré à la publicité dans son article 23 §2 (a). L'autopromotion apparaît formellement comme de la publicité mais en est exclue substantiellement⁹⁰⁷.

233. L'autopromotion, une forme de publicité sans contrepartie ? L'ambiguïté du droit français - D'harmonisation minimale, les directives successives et l'actuelle, n'ont pas été parfaitement transposées en droit français, dont la structure s'avère de surcroît complexe. Au-delà de la loi n° 86-1067 du 30 septembre 1986 relative à la liberté de communication, le droit s'articule autour de plusieurs décrets selon l'acteur concerné : le décret n° 92-280 du 27 mars 1992 pour la télévision linéaire, le cahier des charges de France Télévisions pour les chaînes de télévision publiques, le décret n° 2021-793 du 22 juin 2021 pour les SMAD, le décret n° 2021-1922 du 30 décembre 2021 pour les services de plateformes de partage de vidéos, le décret du 13 novembre 1987 portant approbation des cahiers des missions et des charges de la société Radio France et de l'Institut national de l'audiovisuel et le décret n°87-239 du 6 avril 1987 pour la radio privée. S'agissant de l'autopromotion, il y est fait référence en matière de télévision dans l'article 73 alinéa 2 de la loi de 1986 qui dispose que « *l'interruption publicitaire ne peut contenir que des messages publicitaires à l'exclusion de tout autre document, donnée ou message de toute nature, notamment bande-annonce, bandes d'auto-promotion* ». Cette exclusion de l'autopromotion de la qualification de publicité est confirmée par le décret n° 92-280 du 27 mars 1992 qui ne reprend pas à son compte la définition européenne de la communication commerciale audiovisuelle ni celle de la publicité télévisée et qui vaut

⁹⁰⁵ Dir. 97/36/CE du PE et du Conseil du 30 juin 1997 modifiant la directive 89/552/CEE du Conseil visant à la coordination de certaines dispositions législatives, réglementaires et administratives des États membres relatives à l'exercice d'activités de radiodiffusion télévisuelle.

⁹⁰⁶ V. également le consid. 34. La version issue de la directive 2007/65/CE du PE et du Conseil du 11 décembre 2007 modifiant la directive 89/552/CEE du Conseil visant à la coordination de certaines dispositions législatives, réglementaires et administratives des États membres relatives à l'exercice d'activités de radiodiffusion télévisuelle confirme cette exclusion de l'autopromotion du temps maximal alloué à la publicité mais pas l'assimilation des bandes annonces à des programmes. La directive 2010/13/UE, dans sa version initiale, reprend l'exclusion des bandes-annonces de programmes de l'autopromotion (consid. 96) et l'exclusion de l'autopromotion du temps consacré à la publicité (art. 23 §2).

⁹⁰⁷ C. CHAMAGNE, « L'autopromotion des chaînes de télévision », *Légicom* 1998/1, n° 16, p. 31 et s.

également pour les SMAD⁹⁰⁸ mais pas pour les services de plateformes de partage de vidéo pour lesquelles le législateur français a fait le choix de transposer fidèlement les dispositions de la directive SMA⁹⁰⁹.

Le CSA veillait à cette distinction entre publicité et autopromotion, notamment dans le cas des promotions croisées par lesquelles « *un éditeur communique sur les autres services ou programmes du groupe auquel il se rattache* »⁹¹⁰. Affichant sa préférence pour l'expression « *information croisée* »⁹¹¹, le CSA conservait l'expression « *promotion croisée* » et l'admettait pour les chaînes de télévision et de radio privées et publiques qu'à la condition d'être informative, c'est-à-dire que « *l'annonce peut mentionner notamment le titre du programme, le service sur lequel il sera diffusé, la date et l'heure de cette diffusion, sans mention du distributeur ou d'une marque tierce. Cette annonce peut prendre la forme d'une bande-annonce sur les services de télévision ou sur les SMAD, ou être préenregistrée ou formulée en direct à l'antenne des services de radio* »⁹¹². En revanche, « *elle ne peut en aucun cas être laudative* » de sorte qu'une annonce qui ne respecterait pas ces conditions serait « *soumise à la réglementation publicitaire* »⁹¹³.

La formulation est ici très ambivalente. D'une part, il semble que le critère de réintégration de l'autopromotion dans la qualification de publicité se fonde, non pas sur l'existence d'une contrepartie, mais sur la teneur du message. D'autre part, l'objet de cette réintégration pose question : est-ce que l'autopromotion laudative est véritablement qualifiée de publicité ou est-ce qu'elle est soumise au régime de la publicité, par exception, sans pour autant être qualifiée véritablement de publicité ? Dans cette seconde hypothèse, le droit français serait aligné sur le droit européen : l'autopromotion constituerait une publicité formelle mais pas substantielle.

234. L'exclusion de la contrepartie comme critère de qualification de la publicité clandestine en droit européen - Jusqu'en 2007, les textes européens prévoyaient l'interdiction

⁹⁰⁸ Décret n° 2021-793 du 22 juin 2021, art. 30.

⁹⁰⁹ Décret n° 2021-1922 du 30 décembre 2021.

⁹¹⁰ CSA, 11 oct. 2017, « Consultation publique sur la promotion croisée entre médias », accessible en ligne : <https://www.csa.fr/Reguler/Espace-juridique/Les-textes-adoptes-par-l-Arcom/Les-decisions-du-CSA/Consultation-publique-sur-la-promotion-croisee-entre-medias>.

⁹¹¹ *Ibid.*

⁹¹² CSA, 12 déc. 2018, « Observations relatives à la promotion croisée entre médias audiovisuels », accessible en ligne : <https://www.csa.fr/Reguler/Espace-juridique/Les-textes-adoptes-par-l-Arcom/Les-decisions-du-CSA/Observations-relatives-a-la-promotion-croisee-entre-medias-audiovisuels>.

⁹¹³ *Ibid.* V. par ex. : CSA, déc. du 5 juin 2019, au sujet d'une promotion en faveur de Fun Radio et RTL sur les antennes des chaînes du groupe M6 : <https://www.csa.fr/Reguler/Espace-juridique/Les-textes-adoptes-par-l-Arcom/Les-decisions-du-CSA/Pratiques-de-promotion-croisee-en-faveur-de-Fun-Radio-et-RTL-a-l-antenne-des-chaines-du-groupe-M6>.

de la publicité clandestine, c'est-à-dire une dérive de la publicité qui doit être spatialement et temporellement séparée des programmes diffusés à la télévision ou à la radio. Bien que rattachées terminologiquement, la publicité et la publicité clandestine sont des notions autonomes⁹¹⁴. En effet, la publicité est définie de façon stricte, d'où il ressort qu'une communication qui n'en respecte pas les conditions de qualification ou les règles d'insertion ne constitue pas de la publicité, mais de la publicité clandestine.

Depuis la directive TSF modifiée en 2007, la clandestinité ne vise plus seulement la publicité mais toutes les communications commerciales audiovisuelles et consiste en « *la présentation verbale ou visuelle de marchandises, de services, du nom, de la marque ou des activités d'un producteur de marchandises ou d'un prestataire de services dans des programmes, lorsque cette présentation est faite de façon intentionnelle par le fournisseur de services de médias dans un but publicitaire et risque d'induire le public en erreur sur la nature d'une telle présentation* »⁹¹⁵. Trois conditions sont donc requises. La présentation doit risquer d'induire le public en erreur sur la nature des informations diffusées, doit être faite de façon intentionnelle et dans un but publicitaire. La référence à une contrepartie apparaît dans la suite de l'article qui dispose : « *une présentation est considérée comme intentionnelle notamment lorsqu'elle est faite moyennant paiement ou autre contrepartie* »⁹¹⁶.

La contrepartie n'est pas donc une condition de qualification de la communication clandestine, ce qui permet d'inclure l'autopromotion clandestine, mais constitue un élément parmi d'autres permettant de caractériser l'intention promotionnelle ce qu'induit l'adverbe « *notamment* ». Dans l'arrêt *Alter Channel* rendu par la CJUE le 9 juin 2011 étaient en question des séquences d'une émission télévisée dans lesquelles une présentatrice s'entretenait avec une dentiste au sujet d'un nouveau traitement et bénéficiait de ce traitement au cours de l'émission pour démontrer son efficacité, la dentiste fournissant également des indications sur son prix. Il était demandé aux juges si l'existence d'une contrepartie constituait un élément nécessaire pour pouvoir établir le caractère intentionnel d'une publicité clandestine. La CJUE répond par la négative en considérant que la présomption d'intention publicitaire doit faire l'objet d'une interprétation large et que l'intention publicitaire ne résulte pas nécessairement de l'existence d'une rémunération ou d'un paiement similaire⁹¹⁷. L'actuel article 1 (i) fait donc jouer le rôle d'indice à la contrepartie pour établir l'intention publicitaire dans le cadre de la publicité clandestine.

⁹¹⁴ CJUE, 9 juin 2011, aff. C-52/10, *Alter Channel*, §28 : *Europe* 2011, comm. 304, note V. Michel.

⁹¹⁵ Dir. SMA, art. 1 (i).

⁹¹⁶ Dir. SMA, art. 1 (i).

⁹¹⁷ *Alter Channel*, §31 et s.

Dans une communication datant de 2004, la Commission européenne relève les difficultés pratiques à distinguer la publicité clandestine et la référence licite à des produits, services, marques ou noms d'opérateurs économiques et invite à faire application du critère de la « *proéminence induite* » du produit, du service, de la marque ou du nom de l'entreprise en prenant en compte le contenu éditorial des émissions dans lesquelles elles s'insèrent⁹¹⁸. Cette proéminence induite s'infère « *notamment* » de « *la présence récurrente de la marque ou du produit ou service concerné ou de la façon dont ces derniers sont présentés et mis en évidence* ».

235. L'exclusion de la contrepartie comme critère de qualification de la publicité clandestine en droit français - À l'exception des dispositions applicables aux fournisseurs de plateforme de partage de vidéo, le droit français s'écarte du droit européen. D'un point de vue sémantique, le qualificatif « *clandestine* » s'attache toujours à la publicité. L'article 9 alinéa 2 du décret n° 92-280 du 27 mars 1992 dispose : « *pour l'application du présent décret, constitue une publicité clandestine la présentation verbale ou visuelle de marchandises, de services, du nom, de la marque ou des activités d'un producteur de marchandises ou d'un prestataire de services dans des programmes, lorsque cette présentation est faite dans un but publicitaire* ». À la différence de la directive, il n'est pas fait référence au risque d'induire en erreur, ce qui semble logique puisque la clandestinité est censée s'attacher à des communications qui, par nature, portent en elles ce risque. S'agissant de l'intention, celle-ci apparaissait déjà redondante dans le texte européen puisque la communication clandestine doit être faite dans un but publicitaire, c'est-à-dire, selon l'Autorité de régulation de la communication audiovisuelle et numérique (ARCOM, ex-CSA), dans le but de promouvoir et non d'informer⁹¹⁹. En revanche, l'autorité considère qu'il n'a pas à apporter la preuve que la promotion s'est faite contre rémunération ni de manière intentionnelle⁹²⁰.

Autrement dit, et contrairement aux textes européen et français, la publicité clandestine peut être le résultat d'une maladresse. En revanche, conformément à l'arrêt de la CJUE et dans le même esprit que la communication précitée, l'autorité s'appuie sur un faisceau d'indices dont l'absence de pluralité dans la présentation des biens, services ou marques, la complaisance

⁹¹⁸ Commission européenne, *Communication interprétative de la Commission relative à certains aspects des dispositions de la directive « Télévision sans frontières » concernant la publicité télévisée*, (2004/C), JOUE C 102/2, 28 avr. 2004, pt. 2.5, 32 et 33.

⁹¹⁹ ARCOM, « Communications commerciales », accessible en ligne : <https://www.arcom.fr/nos-missions/pluralisme-et-cohesion-sociale/communications-commerciales#collapseQR4323>.

⁹²⁰ *Ibid.*

affichée envers tel ou tel produit, la fréquence de la citation et/ou de la visualisation du produit ou de la marque, l'indication de l'adresse ou des coordonnées téléphoniques ou internet d'un annonceur et l'absence de tout regard critique, tout en précisant que « *d'autres critères peuvent ponctuellement être retenus* »⁹²¹. La chaîne C8 a été par exemple mise en demeure par l'ARCOM de se conformer à la réglementation en vigueur pour des propos laudatifs tenus par un animateur au sujet des vêtements portés par un invité de son émission ou lui-même, pour le port d'une veste sur laquelle était inscrite en toutes lettres le nom du fabricant par ce même animateur et pour une séquence au cours de laquelle l'ouvrage de ce dernier était évoqué à plusieurs reprises par lui-même ou ses chroniqueurs⁹²².

ii. La mise à l'écart de la contrepartie pour qualifier la publicité de la part des influenceurs

236. L'admission de la publicité sans contrepartie en matière de *marketing d'influence* : l'exemple de l'ARPP - Du côté de l'autorégulation, l'ARPP semble employer indifféremment l'adjectif publicitaire et commercial pour qualifier les communications, sans qu'aucune logique ne se dessine⁹²³. S'agissant de la distinction entre contenus commerciaux et contenus publicitaires émanant d'influenceurs, déjà critiquable⁹²⁴, celle-ci n'est pas non plus acquise⁹²⁵. D'une part, il s'agit d'une simple recommandation et n'est donc pas contraignante⁹²⁶. D'autre part, le JDP, émanant de l'ARPP, s'affranchit lui-même de ces critères.

L'affaire *Maeva Ghennam*, du nom de cette influenceuse qui avait diffusé sur TikTok une vidéo la mettant en scène avec son gynécologue dans le cabinet de ce dernier, louant ses activités, en constitue un exemple. Dans son avis du 5 janvier 2022, le jury a considéré que certes, il n'était pas établi l'existence d'engagements réciproques entre le médecin et l'influenceuse, mais que selon sa doctrine « *constitue un message publicitaire toute communication ayant pour objet de promouvoir un produit, un service, une personne ou une*

⁹²¹ *Ibid.*

⁹²² ARCOM, déc. n° 2022-57 du 16 févr. 2022 mettant en demeure la société C8.

⁹²³ V. par ex : ARPP, Recommandation « Communication publicitaire numérique V5 », 1^{er} janv. 2022.

⁹²⁴ V. *supra* n° 194.

⁹²⁵ En ce sens, v. : F. HONORAT, « Les influenceurs, nouveaux porte-paroles des marques : contrats, obligations et statut », *Légipresse* 2020, Hors-série n° 3, p. 131.

⁹²⁶ L. ARCELIN-LÉCUYER, « Du BVP à l'ARPP : nouvelle dénomination, nouvelle régulation ? », *RDLC* 2010, n° 22, p. 98 ; « L'opportunité de transformer l'Autorité de régulation professionnelle de la publicité (ARPP) en autorité administrative indépendante (AAI) », *D.* 2012, p. 1028.

cause, et qui émane de la personne à laquelle elle bénéficie, directement ou indirectement (qualifié d' « annonceur »), ou qui est réalisée en son nom ou avec son assentiment – lequel peut résulter soit d'un contrat ou d'un accord formalisé, soit de sa participation à la conception de la communication, soit encore de l'absence d'opposition à sa diffusion alors qu'il en avait la possibilité ». Relevant les propos promotionnels, parce que laudatifs, de l'influenceuse, la participation active du médecin à la *story* qui ne pouvait ignorer l'activité de sa patiente et qui corrige même ses interventions, le jury considère qu'il s'agissait bien d'une publicité, non seulement déguisée puisqu'elle n'était pas identifiée comme telle, mais également de nature à choquer l'ensemble du public, et portant particulièrement atteinte aux jeunes audiences⁹²⁷.

237. L'admission de la publicité sans contrepartie en matière de *marketing d'influence* : l'exemple de la DGCCRF - L'existence d'une contrepartie n'est pas non plus mentionnée par la Direction générale de la concurrence, de la consommation et de la répression des fraudes (DGCCRF) dans son communiqué de presse relatif à la sanction de Nabilla Benatti-Vergara après la publication de *stories* faisant la promotion d'un site de formation au *trading*. Dans sa communication, elle rappelle que « *le recours aux influenceurs est devenu un vecteur important de promotion des marques* », qu'ils sont « *rémunérés en produits gratuits ou, le plus souvent, par le biais de contrats commerciaux* »⁹²⁸. Mais ce silence sur la contrepartie promise en l'espèce est compréhensible dans la mesure où l'affaire portait sur des pratiques commerciales dont le périmètre est extrêmement large.

b. La justification de la mise à l'écart de la contrepartie pour qualifier la publicité

238. L'existence d'une contrepartie, preuve à la charge du demandeur - L'une des raisons de cette mise à l'écart de la contrepartie peut résider dans les difficultés, dans certaines matières, à prouver son existence puisque sa charge pèse sur le demandeur. C'est notamment pour cette raison que les règlements DMA et DSA renversent la charge de cette preuve en imposant une obligation de transparence à la charge du média rémunéré.

⁹²⁷ JDP, avis du 5 janv. 2022, n° 788/21, *Arry Boujenah/Maeva Ghennam*, accessible en ligne : <https://www.jdp-pub.org/avis/arry-boujenah-maeva-ghennam-internet-plainte-fondee/>.

⁹²⁸ DGCCRF, communiqué de presse du 28 juill. 2021, accessible en ligne : https://www.economie.gouv.fr/files/files/directions_services/dgccrf/presse/communiqu%C3%A9/2021/cp-nabilla-benattia-vergara.pdf?v=1627466371.

Le premier texte concerne les relations entre des services de plateformes essentiels et les entreprises utilisatrices de ces services. Ses articles 9 et 10 font peser sur ces contrôleurs d'accès une obligation de transparence au bénéfice des annonceurs et des éditeurs lorsque ces derniers achètent des espaces publicitaires.

Le règlement DSA met également à la charge de certains acteurs une obligation de transparence comparable au bénéfice de leurs utilisateurs qui passe par un marquage des contenus rémunérés, et de la fourniture d'autres informations, notamment le bénéficiaire de la publicité⁹²⁹.

239. L'opacité de la contrepartie - Pour autant, il reste des hypothèses où l'identification d'un contenu rémunéré peut demeurer opaque, soit parce que le média en question ne rentre pas dans la qualification des débiteurs de l'obligation de transparence, soit parce qu'il est situé en dehors d'un État membre⁹³⁰, soit parce que la transaction ne s'effectue pas avec ces supports, à l'instar des publicités diffusées par des influenceurs.

Deux solutions sont donc complémentaires. En amont, la voie de l'autorégulation est pertinente pour sensibiliser les parties prenantes à l'identification de la publicité⁹³¹. En aval, en cas de litige sur la nature d'un contenu, le faisceau d'indices tiré d'une prééminence induite d'un produit, notamment, peut permettre de déceler la nature publicitaire du contenu : la teneur du message, les références visuelles et verbales au produit qui le placent au cœur du message, le fait que ce message soit repris par son bénéficiaire, ...

⁹²⁹ Règl. DSA, art. 26 (plateformes en ligne) et 39 (très grandes plateformes en ligne et très grands moteurs de recherche). Plusieurs très grandes plateformes en ligne sont d'ailleurs dans le viseur de la Commission européenne. Aliexpress est ainsi visée fait l'objet d'une procédure formelle sur le fondement des articles 26 et 39 (Commission européenne, communiqué de presse IP/24/1485, 14 mars 2024). Tiktok, qui faisait l'objet d'une enquête notamment sur le fondement de l'article 39 (Commission européenne, communiqué de presse IP/24/926, 19 févr. 2024), a remis ses engagements à la Commission européenne, que cette dernière a acceptés (Commission européenne, communiqué de presse IP/25/2940, 5 déc. 2025). Enfin, le 5 décembre 2025, X a notamment été condamné sur le fondement de ce texte : Commission européenne, communiqué de presse IP/25/2934, 5 déc. 2025. V. également l'art. 46 pour l'élaboration de codes de conduite en la matière.

⁹³⁰ Sur cette question, v. : M. LE ROY, « Le nouveau droit des plateformes de partage de vidéos », *Légipresse* 2021, p. 205.

⁹³¹ Sur les actions prises par l'ARPP, v. : M. JALADE, « Influence commerciale et autorégulation publicitaire », in *Vers un droit neuroéthique ? Réflexion à partir des pratiques numériques d'influence et de manipulation des consommateurs*, IRJS Éditions, coll. Bibliothèque de l'IRJS-André Tunc, t. 136, 2025, pp. 279-295.

B. Les limites de l'absence de contrepartie comme condition de qualification de la recommandation

240. L'ambivalence de la recommandation - Si l'absence de contrepartie à la communication d'une incitation semble de prime abord pertinente pour qualifier la recommandation, cela ne signifie pas pour autant que son émetteur poursuit nécessairement une finalité altruiste (1). Dans certains cas, il existe même un mélange des genres recommandation et publicité qui peut contribuer à une confusion des deux (2).

1. L'absence d'altruisme de la part de l'émetteur de la recommandation

241. L'intérêt commercial de l'émetteur de l'avis en ligne : les faux avis - L'émetteur de la recommandation peut poursuivre un intérêt propre à l'objet de la recommandation, comme dans le cas des faux avis en ligne. Deux hypothèses peuvent se rencontrer : des faux avis positifs sur un bien ou un service qui émanent de soi-disant consommateurs mais qui proviennent en réalité du producteur de ce bien ou service ; des faux avis négatifs sur un produit ou service rédigés par un consommateur en apparence mais qui sont le fait d'un concurrent du producteur de ce bien ou service. C'est d'ailleurs cette seconde hypothèse que le législateur vise en mettant à la charge de toute personne physique ou morale qui collecte, modère ou diffuse des avis en ligne provenant de consommateurs, à titre principal ou accessoire, une obligation d'information⁹³². Selon l'article L. 111-7-2 du code de la consommation, cette personne « *met en place une fonctionnalité gratuite qui permet au responsable des produits ou des services faisant l'objet d'un avis en ligne de lui signaler un doute sur l'authenticité de cet avis, à condition que ce signalement soit motivé* ».

Cette hypothèse peut également recouvrir la pratique commerciale déloyale en toutes circonstances dans l'annexe I de la directive 2005/29/CE sur les pratiques commerciales déloyales dont le point 22 concerne le fait de « *faussement affirmer ou donner l'impression que le professionnel n'agit pas à des fins qui entrent dans le cadre de son activité commerciale, industrielle, artisanale ou libérale, ou se présenter faussement comme un consommateur* ».

Deux autres pratiques commerciales déloyales *per se* concernent spécifiquement les avis en ligne. L'une concerne les acteurs qui donnent la possibilité aux consommateurs de donner leurs avis et consiste à « *affirmer que des avis sur un produit sont envoyés par des*

⁹³² C. consom., art. L.111-7-2, al. 5.

*consommateurs qui ont effectivement utilisé ou acheté le produit, sans prendre de mesures raisonnables et proportionnées pour vérifier qu'ils émanent de tels consommateurs »*⁹³³. L'autre concerne davantage les professionnels bénéficiaires d'avis en ligne, car elle consiste à « *envoyer ou charger une autre personne morale ou physique d'envoyer de faux avis ou de fausses recommandations de consommateurs, ou déformer des avis de consommateurs ou des recommandations sociales afin de promouvoir des produits* »⁹³⁴.

L'article D. 111-9 du code de la consommation exclut de la qualification les parrainages d'utilisateurs, les avis d'experts et les recommandations par des utilisateurs d'avis en ligne sans que cette dernière catégorie ne soit explicitée. S'agissant plus particulièrement des relations entre avis en ligne et contrepartie, l'article D. 111-10 impose aux personnes qui exercent une activité de collecte, modération ou diffusion d'avis en ligne d'indiquer « *l'existence ou non de contrepartie en échange du dépôt d'avis* »⁹³⁵. À partir du moment où le consommateur reste maître de sa teneur, en somme quand cette contrepartie s'attache au seul dépôt d'un avis, ce dernier ne devrait pas être considéré comme de la publicité. En revanche, lorsqu'il lui est fait obligation de déposer un avis dans un certain sens, le plus souvent au bénéfice du professionnel qui lui a fourni le bien ou le service évalué, il devrait s'agir de publicité.

242. L'intérêt non commercial de l'émetteur de l'avis en ligne - Au-delà de ces cas de faux avis, il reste des hypothèses où l'émetteur de la recommandation est indépendant du producteur de l'objet du message et poursuit des finalités qui lui sont propres, sans pour autant être directement commerciales. Cette finalité peut toucher la teneur même d'un avis en ligne comme la peur de représailles ou d'un contre-avis négatif.

Mais de manière générale, et sans que cela soit réservé aux avis de consommation, les motivations des internautes pour exprimer leur point de vue, qu'importe leur teneur, sont très diverses. Il peut s'agir d'une passion pour l'écriture, pour les œuvres ou objets à évaluer, d'une volonté de se faire repérer par des milieux professionnels de la critique, ... Il peut également s'agir de rendre service à un proche qui aurait publié un ouvrage ou aurait joué dans un film qui manquerait de critiques référencées sur un site spécialisé. Il est même tout à fait imaginable que l'utilisateur d'un réseau social multiplie les prises de position sur des produits dans le but d'être repéré par des marques et pouvoir vivre de ses recommandations. Entre le pur altruisme et

⁹³³ Dir. 2005/29/CE, annexe I, 23 *ter*.

⁹³⁴ Dir. 2005/29/CE, annexe I, 23 *quater*.

⁹³⁵ C. consom., art. D. 111-10, 2° (a).

l'intérêt directement commercial, l'expression des internautes répond donc à une palette de finalités.

243. L'intérêt commercial indirect des exploitants d'espaces en ligne - La fonction des recommandations a déjà été évoquée s'agissant des modèles d'affaires bifaces, attentionnels et transactionnels et des distributeurs⁹³⁶. Si les exploitants de ces espaces sont indépendants de l'objet de la recommandation, ils ont néanmoins un intérêt dans le système de recommandation lui-même.

Les plateformes attentionnelles telles que Facebook, TikTok, Instagram ou YouTube recourent à ces systèmes pour maximiser le temps que leurs utilisateurs passent sur leurs sites et applications. Plus ils y passent du temps, plus ils génèrent de données de sorte que la plateforme sera à même de proposer à des annonceurs d'insérer des annonces ou des contenus sponsorisés en adéquation avec le profil de leurs cibles.

Pour ce qui concerne les plateformes transactionnelles comme Airbnb ou Uber, les notes et avis agrégés permettent à leurs utilisateurs de se faire une idée sur le sérieux d'un prestataire, de créer de la confiance vis-à-vis des prestataires bien notés et donc de favoriser une transaction grâce à laquelle la plateforme se rémunère.

S'agissant des plateformes de distribution de contenus comme Spotify ou Netflix, il s'agit encore de satisfaire l'utilisateur en lui présentant des contenus qui lui plairont, de maximiser le temps qu'il passe en ligne. En matière de *streaming*, cela signifie plus d'écoutes, donc plus de revenus pour les auteurs *streamés*. Cela peut également convaincre des auteurs qui ne font pas partie du catalogue de rejoindre la plateforme. Cette prospection indirecte d'auteurs est également valable pour Netflix, à même de produire des statistiques très précises sur les contenus visionnés. La plateforme va même plus loin puisque ces données lui permettent de produire des œuvres en fonction de préférences du plus grand nombre. La finalité poursuivie par ces acteurs est donc triple : satisfaire l'utilisateur en lui présentant des contenus qui lui conviennent, ce qui lui fait gagner du temps ; faire en sorte que les auteurs de ces contenus y trouvent leur compte ; générer des revenus permettant à la plateforme de continuer à exercer son activité et en développer d'autres. Il s'agit donc d'une logique gagnant-gagnant pour l'émetteur de la recommandation, le destinataire de la recommandation et le producteur du contenu ou de l'objet de ce contenu.

⁹³⁶ V. *supra* n° 87.

244. La concurrence entre exploitants d'espaces en ligne et fournisseurs de biens, services ou contenus - Il peut exister une concurrence des contenus ou des offres émanant de ces plateformes et les contenus ou offres provenant de tiers. Dans une affaire récente soumise à la CJUE, la circonstance qu'Amazon propose des offres émanant de tiers et ses propres offres est de nature à influencer sur sa responsabilité pour atteinte au droit des marques, les juges relevant que le consommateur « *normalement informé et raisonnablement attentif* » peut établir un lien entre les services de la plateforme et le signe protégé utilisé dans une annonce provenant d'un tiers dans la mesure et avoir l'impression que c'est Amazon qui commercialise lui-même et en son nom le produit revêtu du signe. « *Sont pertinents à cet égard les faits que cet exploitant recourt à un mode de présentation uniforme des offres publiées sur son site internet, affichant en même temps les annonces relatives aux produits qu'il vend en son nom et pour son propre compte et celles relatives à des produits proposés par des vendeurs tiers sur ladite place de marché* »⁹³⁷. Cette solution est aujourd'hui reprise à l'article 6 §3 du règlement DSA, de même que le cas de l'autopréférence est expressément visée dans les règlements P2B⁹³⁸ et DMA⁹³⁹.

Cette problématique de la concurrence n'est d'ailleurs pas propre aux plateformes de type transactionnel comme les *marketplaces* mais peut également être soulevée à l'encontre des plateformes de distribution de contenus comme Netflix qui propose à la fois des contenus provenant de tiers mais également les contenus qu'il produit lui-même.

2. Le mélange des genres publicités et recommandations

245. L'empiètement de la recommandation sur la publicité - Le législateur n'affiche pas toujours de distinction claire entre la publicité et la recommandation quand il évoque les systèmes de recommandation. Par exemple, le règlement DMA intègre dans sa définition des résultats de recherche, qui constitue un classement, « *toute information, sous quelque format que ce soit, y compris les données textuelles, graphiques, vocales ou autres, renvoyées en réponse à une recherche, et en rapport avec celle-ci que l'information renvoyée soit un résultat*

⁹³⁷ CJUE, 22 déc. 2022, aff. jtes C-148/21 et C-184/21, *Louboutin c/Amazon* : CCE 2023, comm. 8, note P. Kamina ; *Europe* 2023, comm. 73, note P. Bruyas ; *Propr. Industr.* 2023, comm. 8, note A. Folliard-Monguiral.

⁹³⁸ Règl. P2B, consid. 30 et 31 et art. 5. L'évaluation du texte est d'ailleurs prévue en vue « *d'examiner si la concurrence entre les biens ou services proposés par une entreprise utilisatrice et les biens ou services proposés ou contrôlés par un fournisseur de services d'intermédiation en ligne constitue une concurrence loyale et si les fournisseurs de services d'intermédiation en ligne utilisent à mauvais escient, à cet égard, des données privilégiées* » (art. 18 §2 (d)).

⁹³⁹ Règl. DMA, consid. 33, 46, 47, 51, 52 et art. 6 §5.

*payant ou non »⁹⁴⁰. Ainsi, pour certains acteurs, c'est-à-dire les moteurs de recherche, la recommandation peut porter sur des publicités. Cet empiètement de la recommandation sur la publicité se retrouve dans le règlement DSA qui définit ces deux notions, ce qui peut être vu comme une volonté de les distinguer. Pour rappel, la publicité est définie comme « *les informations destinées à promouvoir le message d'une personne physique ou morale, qu'elles aient des visées commerciales ou non commerciales, et présentées par une plateforme en ligne sur son interface en ligne, moyennant rémunération, dans le but spécifique de promouvoir ces informations* »⁹⁴¹. En première intention, elle paraît à la fois plus large et plus étroite que la publicité en dehors du texte.*

246. La résolution de l'empiètement : la confusion entre la publicité-message et la publicité-procédé au sein du règlement DSA - Une lecture plus approfondie du règlement DSA fait surgir plusieurs remarques. La publicité n'est pas saisie comme un message ou un contenu promotionnel mais comme des informations portant sur ces messages. En somme, la publicité n'est pas un contenu mais un procédé à l'instar du système de recommandation dont à première vue l'existence d'une contrepartie ou non peut constituer le critère de distinction. Certains auteurs considèrent à cet égard que le critère de distinction entre ces deux procédés réside dans l'objet du contrat avec l'opérateur de plateforme. Ainsi, la publicité est l'objet du contrat entre ce dernier et l'annonceur, tandis que le système de recommandation est l'objet du contrat entre cet opérateur de plateforme et le destinataire du service numérique⁹⁴².

Il semble en réalité qu'il faille bien différencier la publicité en tant que message et en tant que procédé. Si, en tant que procédé, elle se distingue bien du système de recommandation, en tant que message, elle peut se trouver incluse dans une recommandation. Le règlement DSA définit en effet le système de recommandation comme « *un système entièrement ou partiellement automatisé utilisé par une plateforme en ligne pour suggérer sur son interface en ligne des informations spécifiques aux destinataires du service ou pour hiérarchiser ces informations, notamment à la suite d'une recherche lancée par le destinataire du service ou en déterminant de toute autre manière l'ordre relatif ou d'importance des informations affichées* »⁹⁴³. L'absence de mention de l'existence d'une contrepartie à l'insertion de contenus

⁹⁴⁰ Règl. DMA, art. 2 (23).

⁹⁴¹ Règl. DSA, art. 3 (r).

⁹⁴² J. SÉNÉCHAL, « Protection des données : exclusion du contrat comme base licite aux fins de diffusion de publicités comportementales par les services numériques de réseaux sociaux », *Dalloz act.* 18 janv. 2023.

⁹⁴³ Règl. DSA, art. 3 (s).

dans le système de recommandation peut se traduire comme une indifférence à ce critère. En ce sens, la recommandation englobe la publicité.

Cette distinction entre publicité-procédé et publicité-message apparaît clairement dans le règlement (UE) 2024/900 sur la publicité à caractère politique. Cette dernière est en effet définie comme « *l'élaboration, le placement, la promotion, la publication, la distribution ou la diffusion, par tout moyen, d'un message, normalement contre rémunération ou au travers d'activités internes ou dans le cadre d'une campagne de publicité à caractère politique* »⁹⁴⁴. En revanche, la publicité-message se reconnaît dans la définition de « *l'annonce publicitaire à caractère politique* » entendue comme « *un contenu de publicité à caractère politique publié, distribué ou diffusé par tout moyen* »⁹⁴⁵.

247. Conclusion de chapitre - La publicité et la recommandation apparaissent comme des notions sœurs dans la mesure où elles partagent une finalité incitative qui consiste à affecter le comportement de leurs destinataires et dans les rapports qu'elles entretiennent avec l'information qui n'est qu'un moyen au service de l'incitation. Leur distinction n'est pas aisée en raison d'un manque de conceptualisation de la publicité. En effet, il n'existe pas une publicité mais des publicités selon les domaines qui l'encadrent, la réglementent ou l'interdisent pour protéger l'intérêt du consommateur, du public ou de la société. Par conséquent, il est souvent impossible d'identifier ce qui ressort de la publicité et ce qui a trait aux qualités qu'elle doit revêtir pour être admise. En outre, le juge, les autorités administratives indépendantes et les instances d'autorégulation disposent d'une large marge de manœuvre qui ne facilite pas l'identification de critères quant à la qualification de la publicité. Enfin, quand d'éventuels critères se dégagent, ceux-ci sont mis à l'écart de façon opportuniste.

Le critère de la contrepartie à la communication de l'incitation s'est avéré *a priori* pertinent pour les distinguer. Pour les raisons précédemment évoquées, il a cependant montré ses limites en matière de publicité, même dans des domaines qui exigent ce critère. Le corollaire de ce critère, à savoir l'absence de contrepartie pour qualifier la recommandation, souffre également de faiblesses par l'absence potentielle d'altruisme de son émetteur et le traitement ambigu des rapports entre publicité et recommandation dans le règlement DSA.

⁹⁴⁴ Règl. (UE) 2024/900, art. 3 (2).

⁹⁴⁵ Règl. (UE) 2024/900, art. 3 (3).

D'un point de vue notionnel, l'analyse du texte révèle qu'à certains égards, la recommandation peut englober la publicité.

Conclusion du titre 2

248. La recommandation, entre information et publicité - L'étude des notions voisines de la recommandation démontre qu'elle se situe sur une ligne de crête puisqu'elle partage des traits communs à l'information et à la publicité, notions elles-mêmes élastiques.

Les liens entre l'information et la publicité ont été analysés sous un angle statique, c'est-à-dire en tant qu'objets, puis dynamique, autrement dit en tant que processus. En tant qu'objet, la recommandation se rapproche de l'information puisqu'elle constitue un ensemble de signes dotés de signification. Assimilable structurellement à l'information, elle l'est également d'un point de vue terminologique. La recommandation, en tant que renseignement, conseil, mise en garde, et en tant qu'accès à l'information apparaît en réalité comme une espèce du genre information. L'analyse de ces deux notions en tant que processus laisse entrevoir pourtant des distinctions. La recommandation a nécessairement une valeur, positive ou négative, qui peut de surcroît s'apprécier objectivement contrairement à l'information. En outre, la communication est une condition nécessaire à la recommandation mais contingente s'agissant de l'information, à l'instar du secret qui constitue une information sans pour autant être communiquée. Surgit donc un paradoxe selon la perspective adoptée : la recommandation est contenue dans l'information d'un point de vue statique ; l'information est contenue dans la recommandation d'un point de vue dynamique.

La mise en parallèle de la recommandation et de la publicité démontre le même paradoxe. Ces deux notions partagent des traits communs à l'information dans leurs structures mais s'en éloignent par leur finalité incitative. Recommandation et publicité peuvent apparaître toutes deux comme des espèces du genre information mais en débordent dans la mesure où elles ont pour objet et finalité de modifier le comportement d'autrui. La distinction entre ces deux notions est d'ailleurs rendue extrêmement difficile par l'absence de conceptualisation de la publicité et la mouvance de ses critères d'identification, quand ces derniers existent et sont respectés. Si la contrepartie apparaît comme un critère pertinent dans l'univers du numérique, l'élasticité de la publicité le rend fragile. En miroir, l'absence de contrepartie pour qualifier la recommandation comporte également des faiblesses, à commencer par l'intérêt potentiellement personnel poursuivi par son émetteur. De même, l'analyse du règlement DSA tend à montrer

qu'il peut exister un rapport hiérarchique entre la publicité et la recommandation. La publicité, en tant que message diffusé moyennant contrepartie, peut être insérée dans un système de recommandation aux côtés d'autres contenus.

Conclusion de la partie 1

249. Le paradoxe de la recommandation : entre omniprésence et carence - Discussions, avis et notes en ligne, palmarès, *box-office*, fils d'actualités des réseaux sociaux, résultats de recherche, ... les recommandations sont omniprésentes que ce soit dans la vie réelle ou virtuelle. Les recommandations, parfois nommées prescriptions ou médiations, constituent depuis longtemps un objet de recherche dans les domaines socio-économiques, communicationnels et computationnels. Pour autant, la notion elle-même apparaît carencée, car peu, voire non définie. Ses rares critères d'identification sont peu explicites, la recherche se concentrant davantage sur les effets de la recommandation que sur ce qu'elle est réellement. La notion de recommandation est davantage « *investiguée* » que « *pensée* ». L'analyse de la notion de recommandation en droit s'est faite ici à petits pas, en la comparant à des notions qui lui apparaissent voisines. Mais ces notions s'avèrent elles-mêmes instables pour des raisons opposées : les études sur la notion d'information sont nombreuses mais contradictoires quand la publicité est mise à l'écart de toute conceptualisation. Assez logiquement, la recommandation pâtit du même défaut.

250. La recommandation, sur une ligne de crête notionnelle entre information et publicité - Les recommandations sont avant tout des pratiques. Cette affirmation n'exclut pour autant pas que la recommandation elle-même constitue une notion juridique. Les avis de consommateurs, le référencement, le classement font depuis longtemps l'objet de décisions de justice, avant que des textes ne viennent les encadrer puis que le terme de recommandation lui-même soit consacré dans le règlement DSA. L'étude de son voisinage permet de situer cette notion, même de façon imparfaite. L'examen de la recommandation en considération de l'information et de la publicité démontre les liens étroits que ces trois notions entretiennent.

La recommandation apparaît, dans une perspective statique, comme une notion « fille » de l'information. Structurellement, elle est dotée d'une forme (un ensemble de signes) et d'une substance (la signification), tout comme la recommandation. Mais en tant que processus, l'information et la recommandation semblent pouvoir se distinguer. En effet, à la différence de

l'information, la recommandation a nécessairement une valeur objective qui peut être positive (amener quelqu'un à faire quelque chose) ou négative (déconseiller à quelqu'un de faire quelque chose). De même, la recommandation est nécessairement communiquée puisqu'elle nécessite un émetteur et un destinataire à la différence de l'information qui peut parfois demeurer secrète. Dans une perspective statique, la recommandation apparaît comme une notion « fille » de l'information ; dans une perspective dynamique, elle peut constituer une notion « mère » de l'information, tout comme la publicité.

La publicité et la recommandation apparaissent ainsi comme des notions « sœurs », d'autant, qu'elles partagent leur finalité incitative qui consiste à affecter le comportement de leurs destinataires. L'analyse du critère de la contrepartie a paru, en première intention, pouvoir les distinguer. Mais la publicité est envisagée de façon large par le législateur et la jurisprudence dans l'objectif d'un meilleur fonctionnement du marché, de la protection de la santé publique, de la vie démocratique et de la sauvegarde de l'indépendance des médias audiovisuels. Même lorsque les textes font de la contrepartie un critère de qualification de la publicité, ce dernier peut être mis à l'écart pour des questions de preuve. De son côté, si la recommandation ne nécessite, *a priori*, pas de contrepartie, cela ne signifie pas qu'elle soit communiquée de façon altruiste ou désintéressée. En matière numérique, il apparaît que la publicité peut être envisagée selon un double point de vue. Elle peut constituer un procédé consistant à insérer un message au sein d'un ensemble de contenus moyennant contrepartie, se distinguant en cela de la recommandation. Mais en tant que message promotionnel en soi, elle peut être incluse dans une recommandation, parmi d'autres contenus. Notions « sœurs » dans leurs rapports à l'information, la recommandation peut apparaître comme une notion « mère » de la publicité.

Partie 2. La qualification de la recommandation numérique

251. De l'identification à la qualification - L'identification de la recommandation, numérique ou non, a permis de délimiter le périmètre de la notion qui demeure à ce stade encore floue dans ses rapports avec l'information et la publicité mais également extrêmement large. Dans l'univers numérique spécifiquement, la recommandation numérique paraît pouvoir potentiellement englober de nombreuses manifestations : avis en ligne, messages publicitaires, classement, référencement, ... Mais l'analyse juridique ne peut se satisfaire d'une description des manifestations visibles de la recommandation numérique. L'étude des textes adoptés en matière numérique tend d'ailleurs à restreindre la notion en mettant au jour des critères de qualification matériels (Titre 1) et fonctionnels (Titre 2).

Titre 1. Les critères matériels de la recommandation numérique

252. Appréhension de la matérialité - L'immatériel fait référence à ce « *qui n'a pas de consistance matérielle, qui n'est pas formé de matière* »⁹⁴⁶ et glisse sémantiquement vers l'incorporel, « *ce qui n'a pas de corps* »⁹⁴⁷. Par métonymie, l'immatériel désigne ce qui est évanescent, « *ce qui n'a de rapport ni avec les sens ni avec la chair* »⁹⁴⁸. Dans cette perspective, l'immatériel s'oppose au réel, voire au virtuel, et le numérique semble dès lors être son terrain d'élection. Or, comme vu précédemment, même ce qui n'est pas palpable comporte une matérialité, c'est-à-dire une matière première contenue dans un corps, voire qui fait elle-même corps.

Dès lors, s'intéresser à la matérialité de la recommandation numérique revient à s'abstraire paradoxalement d'une conception purement matérialiste, c'est-à-dire physique, du corps et de la matière, pour envisager ce qui fait sa réalité, même virtuelle. Avant de dissocier le corps et la matière première de la recommandation numérique (Chapitre 2), il est nécessaire au préalable de cerner ce qui se donne à « *voir* » dans l'univers numérique, autrement dit les contenus (Chapitre 1).

⁹⁴⁶ V° Immatériel, A, *Centre National de Ressources Textuelles et Lexicales*, accessible en ligne : <https://www.cnrtl.fr/definition/immat%C3%A9riel>.

⁹⁴⁷ V° Incorporel, A, *Centre National de Ressources Textuelles et Lexicales*, accessible en ligne : <https://www.cnrtl.fr/definition/incorporel>.

⁹⁴⁸ V° Immatériel, A, *Centre National de Ressources Textuelles et Lexicales*, accessible en ligne : <https://www.cnrtl.fr/definition/immat%C3%A9riel>.

Chapitre 1. L'analyse de la notion de contenu, préalable à l'appréhension matérielle de la recommandation numérique

253. Le contenu, clair-obscur du numérique - Une recherche des occurrences du terme de « *contenu* » dans les textes traitant du droit du numérique suffit à se rendre compte que, bien qu'omniprésent textuellement, il souffre d'un manque de considération. Or, le terme de « *contenu* » ne va pas de soi. Derrière cette familiarité se cache une certaine fragilité. Le contenu est constamment mobilisé sans être véritablement défini, ou alors par ricochet à travers ce qu'il permet ou ce qu'il menace. En somme, il s'agit d'un objet trop « *chargé* » pour être véritablement saisi, s'avérant à la fois mal aimé (Section 1) et mal nommé (Section 2).

Section 1. Le contenu, mal aimé du droit du numérique

254. Une absence ou une lacune de définition - Le contenu souffre au pire d'une absence, au mieux d'un déficit de définition qui n'aide pas à saisir son essence. Indéfini, il se saisit essentiellement par son utilité, sa fonction. Il s'agit avant tout d'une notion fonctionnelle pluridisciplinaire (§1). Défini, il apparaît comme un objet juridique saisi par approximation (§2).

§1. Le contenu, une notion fonctionnelle pluridisciplinaire

255. Une notion utilitaire - En l'absence d'une définition stabilisée, le contenu s'appréhende par ce qu'il permet. Cette approche fonctionnelle laisse transparaître une fonction centrale dans l'économie du numérique. Notion extra-juridique (A), le contenu est néanmoins reçu en droit (B).

A. Une notion extra-juridique

256. Une notion stratégique - Le contenu est d'abord une notion technique (1) aux implications à la fois économiques et politiques (2).

1. La nature technique du contenu

257. Un objet de transit sur les réseaux numériques - Le contenu revêt avant tout un aspect technique. Pour saisir cette dimension fondamentale, il est nécessaire de décrire, même si cela ne peut se faire qu'à grands traits, le fonctionnement des réseaux numériques.

Schématiquement, les réseaux numériques, dont Internet, se subdivisent en deux couches : une couche haute et une couche basse⁹⁴⁹. La première est celle de l'infrastructure technique dont la fonction est d'acheminer des signaux électroniques par flux. La seconde, celle des services, regroupe l'ensemble des services utilisés ou mis à disposition des utilisateurs dans le but de consulter des pages internet, communiquer par messagerie électronique, partager des publications sur les réseaux sociaux, visionner une vidéo, ...⁹⁵⁰

Concrètement, et à titre d'exemple, lorsqu'un utilisateur de messagerie électronique souhaite envoyer un mail à l'un de ses contacts, plusieurs opérations se succèdent. À partir du moment où il clique sur « envoyer », son message est transcrit par son service de messagerie qui opère sur la couche haute en données sous forme de 0 et de 1 et découpé sous forme de paquets vers la couche basse qui va se charger d'acheminer ces paquets de données vers l'adresse indiquée par l'émetteur par le chemin le plus court. Arrivés à destination, les paquets se regroupent et les données qu'ils contiennent sont retranscrites de la couche basse à la couche haute, celle où opère le service de messagerie du récepteur, dans le langage utilisé par l'émetteur.

Le terme de contenu est donc étroitement lié au fonctionnement des réseaux numériques puisqu'il est attaché à l'une des deux couches évoquées, à savoir la couche haute. C'est en tout

⁹⁴⁹ Internet n'est qu'un réseau parmi d'autres réseaux et parfois qualifié de réseau des réseaux. La vision bi-couche exposée est une version simplifiée du fonctionnement d'Internet. Certains auteurs en voient trois – matérielle, logicielle et celle des contenus : Y. BENKLER, "From Consumers to Users : Shifting the Deeper Structures of Regulation Toward Sustainable Commons and User Access", *Federal Communications Law Journal* 2000, vol. 52, p. 561 ; L. LESSIG, *L'avenir des idées. Le sort des biens communs à l'heure des réseaux numériques*, PUL, 2005, p. 30 et s. Certains y ajoutent la couche « transmission » comme T. BERNERS-LEE, *Weaving the Web. The Original Design and Ultimate Destiny of the World Wide Web*, Harper Business, 2000, p. 129.

⁹⁵⁰ N. CURIEN, W. MAXWELL, *La neutralité d'Internet*, La Découverte, coll. Repères, 2011, p. 29 ; ARCEP, *Rapport au Parlement et au Gouvernement sur la neutralité de l'internet*, sept. 2012, p. 84.

cas le terme le plus usité, bien que d'autres vocables lui soient adjoints comme les « applications »⁹⁵¹ ou les « applications et services »⁹⁵² sans pour autant que le terme de contenu, ni ses adjoints ne soient définis. Le contenu est ce qui transite effectivement, « en haut » : images, textes, vidéos, ...⁹⁵³. Il semble donc que ce terme doive être distingué des applications, des services voire des plateformes dont il est parfois question. Adjoints au « contenu », ces termes n'en sont pas des synonymes. Au contraire, il faut davantage les comprendre comme des fonctionnalités ou des espaces spécifiques où un contenu se crée, s'échange, se discute, se partage, se consulte.

258. Une notion, au cœur du principe de neutralité des réseaux - Le principe de neutralité des réseaux, notamment théorisé par Tim Wu⁹⁵⁴, est un principe technique et architectural. Son idée réside dans le fait qu'un réseau d'information doit, afin de procurer une utilité maximale au public, traiter tous les contenus, sites et plateformes de la même manière⁹⁵⁵. Par conséquent, aucune discrimination ou différenciation⁹⁵⁶ ne peut opérer de la couche basse vers la couche haute du réseau en considération du contenu lui-même, de sa nature, de son expéditeur ou de son destinataire⁹⁵⁷. La fonction de la couche basse est une fonction d'acheminement ou de transfert des contenus, sous forme de données et de flux, et implique que les acteurs qui y opèrent doivent rester aveugles à ce qu'ils acheminent⁹⁵⁸.

⁹⁵¹ T. WU, "Network Neutrality, Broadband Discrimination", *Journal of Telecommunications and High Technology Law* 2003, vol. 2, pp. 141-176 ; ARCEP, *Rapport au Parlement et au Gouvernement sur la neutralité de l'internet*, sept. 2012.

⁹⁵² ARCEP, *Neutralité de l'internet et des réseaux. Propositions et recommandations*, sept. 2010 ; N. CURIEN, W. MAXWELL, *La neutralité d'Internet*, op. cit., p. 29 et s.

⁹⁵³ L. LESSIG, *L'avenir des idées. Le sort des biens communs à l'heure des réseaux numériques*, op. cit., p. 30.

⁹⁵⁴ T. WU, "Network Neutrality, Broadband Discrimination", art. précit.

⁹⁵⁵ T. WU, "Network Neutrality FAQ", [timwu.org](http://www.timwu.org/network_neutrality.html), accessible en ligne : http://www.timwu.org/network_neutrality.html. Le terme « equally » peut se traduire de diverses façons. De fait, certains auteurs le traduisent par « équivalent » (v. not. : N. CURIEN, W. MAXWELL, *La neutralité d'Internet*, op. cit., p. 10 ; P. TRUDEL, « La neutralité d'Internet au Canada », *Repères*, août 2016, EYB2016REP2023), d'autres par le terme « égal » (v. par ex : S. ABITEBOUL, « Les déclinaisons de la neutralité », *Enjeux numériques, Annales des Mines*, déc. 2018, n° 4, p. 18) voire « équitable » (F. MUSIANI, « Neutralité de l'internet : dépasser les scandales », *Politique étrangère* 2014/4, p. 57).

⁹⁵⁶ Certains auteurs utilisent indifféremment les deux termes, relevant que « différencier, c'est séparer, donc discriminer au sens premier du terme » : N. CURIEN, W. MAXWELL, *La neutralité d'Internet*, op. cit., p. 4). Pour l'ARCEP, le terme discrimination doit être utilisé dans le cas où plusieurs services ne sont pas traités de manière équivalente et ce de façon injustifiée. La discrimination est par nature problématique au contraire de la différenciation : ARCEP, *Neutralité de l'internet et des réseaux. Propositions et recommandations*, précit., p. 8.

⁹⁵⁷ ARCEP, *Rapport au Parlement et au Gouvernement sur la neutralité de l'internet*, précit., p. 12.

⁹⁵⁸ V.-L. BENABOU (prés.), *Droit de la propriété littéraire et artistique, données et contenus numériques*, rapp. présenté au CSPLA, sept. 2018, p. 31.

2. Les implications économiques et politiques du contenu

259. La distinction économique entre fournisseurs de « tuyaux » et les acteurs du « contenu » - De cette distinction entre les deux couches du réseau, résulte une seconde distinction entre les acteurs économiques y opérant. Sur la couche basse se trouvent les « tuyaux »⁹⁵⁹ c'est-à-dire les opérateurs qui construisent, exploitent et maintiennent l'architecture profonde grâce à laquelle ils font transiter les contenus vers la couche haute, catégorie au sein de laquelle on retrouve les fournisseurs d'accès à internet, les *backbones*, les *content delivery networks*, les transitaires⁹⁶⁰, tandis que la couche haute rassemble les acteurs des « contenus » comme les moteurs de recherche, les réseaux sociaux, les sites de e-commerce, les créateurs de contenus, les internautes particuliers et professionnels...⁹⁶¹

260. Le principe de neutralité, principe de gestion de l'autonomie des deux couches - Le principe de neutralité implique, s'agissant de l'accès à Internet⁹⁶², l'ouverture du réseau et la non-discrimination entre les flux, autrement dit une non-ingérence des acteurs de la couche basse dans les relations que les acteurs de la couche haute entretiennent entre eux, et une équivalence de traitement dans les demandes d'acheminement des contenus⁹⁶³ dans une logique de « *best effort* ». Il s'agit donc davantage d'un principe de gouvernance, d'un « *point limite, une vision épurée d'Internet, selon laquelle les différents fournisseurs et consommateurs de contenus, d'applications et de services interagissent librement dans la couche usages, sans interférence des acteurs de la couche réseau* »⁹⁶⁴, d'une obligation de moyens mais pas d'une obligation de résultat⁹⁶⁵.

261. La rivalité et la stratégie de convergence des couches - Plusieurs raisons peuvent impacter la qualité du réseau comme sa congestion ou sa vulnérabilité et conduire les acteurs de

⁹⁵⁹ *Ibid.*

⁹⁶⁰ ARCEP, *Rapport au Parlement et au Gouvernement sur la neutralité de l'internet*, précit., p. 84.

⁹⁶¹ *Ibid.*

⁹⁶² Le service d'accès à Internet se distingue des services gérés qui se définissent comme « *tout service d'accès à des contenus/services/applications par voie électronique proposé par un opérateur bénéficiant, pour certains paramètres, de caractéristiques améliorées par rapport à celle de l'accès à l'internet* » à l'instar des offres au débit pour la VOD, les jeux en ligne, etc. pour lesquels les utilisateurs sont prêts à payer davantage pour bénéficier d'une qualité supérieure : ARCEP, *Rapport au Parlement et au Gouvernement sur la neutralité de l'internet*, précit. p. 27. Si le principe de neutralité du réseau s'applique au service général d'accès à Internet, cela ne signifie pas qu'il est indifférent aux services gérés. A ce titre, ces derniers ne doivent pas avoir pour effet de dégrader la qualité de l'accès à l'internet : *ibid.*, p. 75.

⁹⁶³ *Ibid.*, p. 7.

⁹⁶⁴ N. CURIEN, W. MAXWELL, *La neutralité d'Internet*, *op. cit.*, p. 10.

⁹⁶⁵ ARCEP, *Rapport au Parlement et au Gouvernement sur la neutralité de l'internet*, précit., p. 12.

la couche basse à prendre des mesures qui ont pour effet de discriminer des flux, ce qui est admis à condition que celles-ci soient pertinentes, efficaces et proportionnées au but poursuivi⁹⁶⁶. Si ces mesures doivent trouver leur fondement dans une rationalité purement technique, la question se pose du bien-fondé d'une mesure de gestion qui revêtirait une autre nature. Il est vrai que ces dernières décennies ont vu le trafic s'accroître sur la couche haute, concomitamment à la diversification des usages : le développement de l'Internet mobile et du *streaming*, l'apparition du web 2.0, la dépendance au réseau pour le travail, les loisirs, la domotique, la santé entraînent *de facto* des tensions sur le trafic si l'architecture physique et logique du réseau ne se développe pas elle-même⁹⁶⁷. Par conséquent, de potentiels conflits peuvent surgir entre les « tuyaux » et les « contenus », les uns arguant de la congestion pour mettre en place des mesures de traitement discriminatoire des contenus, les autres critiquant la nature purement technique de cette discrimination⁹⁶⁸.

Le principe de neutralité comporte alors des enjeux économiques. En somme, il s'agit de savoir comment répartir les coûts d'investissement pour augmenter la capacité de flux du réseau entre la couche basse et la couche haute⁹⁶⁹, d'autant que dans le même temps se met en place une stratégie de convergence chez certains acteurs des deux couches⁹⁷⁰ : des fournisseurs d'accès à Internet peuvent proposer des services ou des applications sur la couche haute, tandis que des fournisseurs de services et d'applications investissent dans les infrastructures techniques.

262. Un enjeu de pouvoir et de liberté - Le contenu a donc partie liée au principe de neutralité du net tant dans ses aspects techniques qu'économiques. Mais, l'enjeu de ce principe et ses répercussions sur le contenu sont également politiques au sens large. Si ralentir l'acheminement d'un contenu, le bloquer ou dégrader sa qualité est admissible lorsque cela s'impose pour des raisons techniques et sous certaines conditions, mettre en place de telles mesures de gestion pour d'autres raisons a d'importantes conséquences sur les libertés fondamentales.

Un contenu informatif ou culturel peut ne pas être acheminé pour des raisons économiques, dans un contexte de concurrence entre un acteur de la couche haute et la couche

⁹⁶⁶ ARCEP, *Rapport au Parlement et au Gouvernement sur la neutralité de l'internet*, précit., p. 50.

⁹⁶⁷ *Ibid.*, p. 12 et s. V. également : B. BAYART, A. DE CORNULIER, « La neutralité du net », *Pouvoirs* 2018/1, n° 164, p. 131.

⁹⁶⁸ M. CORTEEL, « La neutralité du Net n'a pas eu lieu », *Multitudes* 2018/1, n° 70, p. 26.

⁹⁶⁹ N. CURIEN et W. MAXWELL, *La neutralité d'Internet*, op. cit., p. 12 et s.

⁹⁷⁰ V.-L. BENABOU (prés.), *Droit de la propriété littéraire et artistique, données et contenus numériques*, précit., p. 31.

basse, mais également politique en ce que sa teneur serait problématique pour un État donné par exemple. Certes, le principe de neutralité du net ne s'applique qu'à des contenus licites et n'est donc *a priori* pas remis en cause par des injonctions de blocage de contenus illicites formulées à l'encontre de fournisseurs d'accès à Internet⁹⁷¹. Mais d'une part, l'illicéité n'est pas toujours définie et il appartient au juge de l'apprécier ; d'autre part, même lorsque les catégories sont identifiées, ces dernières peuvent évoluer à la faveur du législateur.

L'enjeu autour du contenu n'est donc pas circonscrit à la couche basse qui se doit de rester neutre dans la mesure du possible ou à la rivalité entre couche basse et couche haute pour des questions de profit, mais s'avère beaucoup plus sensible lorsque l'on fait du contenu un enjeu de pouvoir dans la mesure où sa création, sa circulation, son accès sont au cœur au des libertés numériques en particulier et des libertés fondamentales en général, qu'il s'agisse de liberté d'expression, d'information ou de création.

B. Une notion reçue en droit

263. L'absence de définition du contenu en droit des communications électroniques - Le terme de contenu est omniprésent en droit des communications électroniques. La directive 2002/21/CE affirmait dans son considérant 5 qu'il était « *nécessaire de séparer la réglementation de la transmission de celle des contenus* »⁹⁷², précision reprise par la directive (UE) 2018/1972⁹⁷³. Le règlement (UE) 2015/2120 relatif à l'Internet ouvert dispose notamment en son article 3 §1 que « *les utilisateurs finals ont le droit d'accéder aux informations et aux contenus et de les diffuser, d'utiliser et de fournir des applications et services et d'utiliser les équipements terminaux de leur choix* »⁹⁷⁴. À aucun moment la notion de contenu n'est néanmoins définie. L'article précité semble donc opérer une distinction entre l'activité de

⁹⁷¹ Du moins, aux Etats-Unis, du temps où le principe de neutralité du net était en vigueur : N. CURIEN, W. MAXWELL, *La neutralité d'Internet*, La Découverte, coll. Repères, 2011, p. 66. La situation en France est moins claire. En 2012, l'ARCEP rappelle que le droit des utilisateurs à accéder aux différentes fonctionnalités de l'internet ne peut s'entendre que « dans le respect des dispositions législatives en vigueur » : ARCEP, *Rapport au Parlement et au Gouvernement sur la neutralité de l'internet*, sept. 2012, p. 83.

⁹⁷² Dir. 2002/21/CE du PE et du Conseil du 7 mars 2002 relative à un cadre réglementaire commun pour les réseaux et services de communications électroniques (directive « cadre »), JOUE L 108/33, 24 avr. 2002.

⁹⁷³ Dir. (UE) 2018/1972 du PE et du Conseil du 11 décembre 2018 établissant le code des communications électroniques européen (refonte), JOUE L 321/36, 17 déc. 2018.

⁹⁷⁴ Règl. (UE) 2015/2120 du PE et du Conseil du 25 novembre 2015 établissant des mesures relatives à l'accès à un internet ouvert et modifiant la directive 2002/22/CE concernant le service universel et les droits des utilisateurs au regard des réseaux et services de communications électroniques et le règlement (UE) 531/2012 concernant l'itinérance sur les réseaux publics de communications mobiles à l'intérieur de l'Union, JOUE L 310/1, 26 nov. 2015.

diffusion, l'activité d'utilisation et de fourniture d'applications et services et l'activité d'utilisation d'équipements terminaux. À la première se rattachent les « *informations et contenus* », aux secondes « *les applications et services* » et à la troisième les « *équipements* ».

264. Une notion pivot en droit des communications électroniques - Cette absence de définition se comprend si l'on considère le contenu comme une « *notion frontière* »⁹⁷⁵ du droit des communications électroniques. Le principe de neutralité du net précédemment exposé fait du contenu et de ses acteurs l'enjeu de la gouvernance du réseau.

Ce principe est reçu par le règlement (UE) 2015/2120 précité dont le premier considérant expose l'objectif, celui d'établir « *des règles communes destinées à garantir un traitement égal et non discriminatoire du trafic dans le cadre de la fourniture de services d'accès à l'internet et les droits correspondants des utilisateurs finals* ». Le considérant 8 affirme quant à lui que « *dans le cadre de la fourniture de services d'accès à l'internet, les fournisseurs de ces services devraient traiter l'ensemble du trafic de façon égale, sans discrimination, restriction ou interférence, quels que soient l'expéditeur, le destinataire, le contenu, l'application, le service ou les équipements terminaux* ». Concrètement, ce qui concerne les acteurs de la couche haute doit rester hors de portée des acteurs de la couche basse.

Par conséquent, le texte « *ne vise pas à réglementer la légalité des contenus, des applications ou des services, pas plus qu'il ne cherche à réglementer les procédures, exigences et garanties y afférentes* », ces questions continuant de « *relever du droit de l'Union, ou du droit national qui est conforme au droit de l'Union* »⁹⁷⁶. Le principe de « *l'Internet ouvert* » est donc indifférent aux contenus, comme doivent le rester les acteurs de la couche basse auxquels il s'applique. Le contenu fait par conséquent figure de pivot entre la régulation applicable à la couche basse et celle relative à la couche haute.

§2. Un objet juridique saisi par approximation

265. Entre confusion et méfiance - Faute d'être défini en propre, le contenu est abordé à travers des notions connexes, par ricochet. Le contenu est alors un objet confus (A) mais également péjoratif (B) au regard du droit.

⁹⁷⁵ V.-L. BENABOU (prés.), *Droit de la propriété littéraire et artistique, données et contenus numériques*, précit., p. 32.

⁹⁷⁶ Règl. (UE) 2015/2120, consid. 6.

A. Un objet confus

266. Le renvoi du contenu aux données - Le terme de contenu est très présent en droit de la consommation. L'ancien article L. 111-7, I du code de la consommation qui définissait les plateformes les envisageait sous l'angle de deux activités potentiellement en rapport avec un tel contenu : « *le classement ou le référencement, au moyen d'algorithmes informatiques, de contenus, de biens ou de services proposés ou mis en ligne par des tiers* » ou « *la mise en relation de plusieurs parties en vue de la vente d'un bien, de la fourniture d'un service ou de l'échange ou du partage d'un contenu, d'un bien ou d'un service* ».

Une expression contenant le terme de contenu est néanmoins définie dans plusieurs textes européens. La version initiale de la directive (UE) 2011/83 relative aux droits des consommateurs disposait en son article 2 (11) que le « *contenu numérique* » consistait en « *des données produites et fournies sous forme numérique* »⁹⁷⁷. Cette définition disparaît formellement dans la version modifiée issue de la directive (UE) 2019/2161 dite « *Omnibus* »⁹⁷⁸ qui renvoie au contenu numérique tel que défini par la directive (UE) 2019/770 relative aux contrats de fourniture de contenus numériques et de services numériques dont l'article 2 (1) reprend à son compte la définition de 2011⁹⁷⁹. Particulièrement large, puisque renvoyant à la notion de données⁹⁸⁰, le considérant 19 liste des exemples de ce qu'il faut entendre par contenu numérique mais également par « *service numérique* » sans préciser lesquels constituent des contenus et des services. Ainsi, « *pour préserver le caractère évolutif du concept de contenu numérique ou de service numérique, la présente directive devrait couvrir, entre autres, les programmes informatiques, les applications, les fichiers vidéo, les fichiers audio, les fichiers musicaux, les jeux numériques, les livres électroniques ou les autres publications électroniques* », la suite du texte donnant des exemples de services numériques particuliers. Le contenu est donc qualifié, puisqu'il est « *numérique* », et est renvoyé à une autre notion elle-même extrêmement vague.

⁹⁷⁷ Dir. (UE) 2011/83 du PE et du Conseil du 25 octobre 2011 relative aux droits des consommateurs, modifiant la directive 93/13/CEE du Conseil et la directive 1999/44/CE du Parlement européen et du Conseil et abrogeant la directive 85/577/CEE du Conseil et la directive 97/7/CE du Parlement européen et du Conseil, *JOUE* L 304/64, 22 nov. 2011.

⁹⁷⁸ Dir. (UE) 2019/2161 du PE et du Conseil du 27 novembre 2019 modifiant la directive 93/13/CEE du Conseil et les directives 98/6/CE, 2005/29/CE et 2011/83/UE du Parlement européen et du Conseil en ce qui concerne une meilleure application et une modernisation des règles de l'Union en matière de protection des consommateurs, *JOUE* L328/7, 18 déc. 2019.

⁹⁷⁹ Dir. 2019/770/UE du PE et du Conseil du 20 mai 2019 relative à certains aspects concernant les contrats de fourniture de contenus numériques et de services numériques, *JOUE* L 136/1, 22 mai 2019.

⁹⁸⁰ V.-L. BENABOU, « Entrée par effraction d'une notion juridique nouvelle et polymorphe : le contenu numérique », *Dalloz IP/IT* 2017, p. 7.

L'objet de la directive (UE) 2019/770 est en réalité de saisir deux types de contrats, le contrat de fourniture de contenu numérique⁹⁸¹ et le contrat de fourniture de services numériques⁹⁸². Le contenu est ici envisagé comme l'objet d'un contrat passé par le consommateur auquel il est offert des garanties sous forme d'obligation pesant sur la profession, notamment l'obligation de fourniture⁹⁸³, de conformité⁹⁸⁴ ou de droits reconnus aux consommateurs comme les recours⁹⁸⁵, la résolution⁹⁸⁶, le remboursement⁹⁸⁷, ... Saisir juridiquement le contenu numérique correspond en fait à la nécessité de prendre en compte la réalité des pratiques contractuelles qui ne se fondent pas dans la *summa divisio* du droit de la consommation⁹⁸⁸ – vente de bien *versus* prestation de service – et n'a d'autre fin que de garantir au consommateur un niveau de protection suffisant quel que soit le contrat qu'il souhaite passer avec un professionnel.

267. Le renvoi du contenu aux œuvres de l'esprit - Comme il a été vu précédemment, la directive (UE) 2019/770 relative aux contrats de fourniture de contenus numériques et de services numériques semble viser, au moins en partie, au titre des « *contenus numériques* » des œuvres de l'esprit à l'exemple des livres numériques ou des fichiers audio et vidéo⁹⁸⁹. Le contenu peut donc également être saisi comme un objet dont la protection peut s'opérer au moyen de la propriété intellectuelle.

La directive (UE) 2019/790 relative au droit d'auteur et aux droits voisins dans le marché unique numérique dite « *DAMUN* »⁹⁹⁰ s'est donnée pour objectif d'adapter les règles existantes aux évolutions technologiques. À ce titre, une partie du texte s'attache à fixer le cadre juridique dans lequel les fournisseurs de services de partage de contenus en ligne accueillent les contenus téléversés par leurs utilisateurs selon que les titulaires des droits portant sur ces contenus ont donné leur accord, ou non, à leur communication au public.

Malgré de très nombreuses occurrences, le terme de « *contenu* », auquel il est adjoint l'expression « *en ligne* », n'est pas défini. Il est néanmoins possible de tirer des enseignements

⁹⁸¹ PH. PUCHERAL *et al.*, « Directive Contenu numérique », CCC 2017, dossier 3.

⁹⁸² J. SÉNÉCHAL, « Le contrat de fourniture de contenu numérique en droit européen et français : une notion unitaire ou duale ? », *Rev. UE* 2015, p. 442.

⁹⁸³ Dir. (UE) 2019/770, art. 5.

⁹⁸⁴ Dir. (UE) 2019/770, art. 6, 7 et 8.

⁹⁸⁵ Dir. (UE) 2019/770, art. 13 et 14.

⁹⁸⁶ Dir. (UE) 2019/770, art. 15, 16 et 17.

⁹⁸⁷ Dir. (UE) 2019/770, art. 18.

⁹⁸⁸ V.-L. BENABOU (prés.), *Droit de la propriété littéraire et artistique, données et contenus numériques*, précit., p. 34.

⁹⁸⁹ Dir. (UE) 2019/770, consid. 19.

⁹⁹⁰ Dir. (UE) 2019/790 du PE et du Conseil du 17 avril 2019 sur le droit d'auteur et les droits voisins dans le marché unique numérique et modifiant les directives 96/9/CE et 2001/29/CE, JOUE L 130/92, 17 mai 2019.

de la définition donnée au « fournisseur de services de partage de contenus en ligne », lequel est « un fournisseur d'un service de la société de l'information dont l'objectif principal ou l'un des objectifs principaux est de stocker et de donner au public l'accès à une quantité importante d'œuvres protégées par le droit d'auteur ou d'autres objets protégés qui ont été téléversés par ses utilisateurs, qu'il organise et promeut à des fins lucratives »⁹⁹¹. Ainsi, il apparaît que le contenu est renvoyé aux œuvres protégées par le droit d'auteur et à des objets protégés par d'autres mécanismes sans que le texte ne soit pour autant très disert à ce sujet, un certain nombre de dispositions visant les « contenus protégés »⁹⁹² de manière générale. Un indice est présent à l'article 2 (4) qui définit la publication de presse comme « une collection composée principalement d'œuvres littéraires de nature journalistique, mais qui peut également comprendre d'autres œuvres ou objets protégés ». L'objet protégé ne serait donc pas autonome mais intégré dans une publication de presse, comme des « photos et des vidéos »⁹⁹³. Ces exemples s'avèrent malheureux puisque d'une part, rien n'empêche de tels objets de constituer des œuvres de l'esprit en eux-mêmes indépendamment de l'œuvre dans laquelle ils s'insèrent, et d'autre part, rien ne fait obstacle à ce que le « tout » soit considéré comme une œuvre.

B. Un objet péjoratif

268. La qualification péjorative du contenu - Le terme de contenu apparaît rarement isolé dans les textes, excepté dans le règlement (UE) 2015/2120 relatif à l'Internet ouvert⁹⁹⁴. Dans d'autres textes, le contenu est fréquemment qualifié, à l'exemple du règlement DSA⁹⁹⁵. Le contenu saisi par le texte peut ainsi être « *illicite* », voire « *préjudiciable* ». Jusqu'à l'adoption de la loi sur la sécurité et la régulation de l'espace numérique du 21 mai 2024, dite « *loi SREN* »⁹⁹⁶, l'article 6-I-3 de la LCEN exigeait, pour retenir la responsabilité des hébergeurs,

⁹⁹¹ Dir. DAMUN, art. 2 (6).

⁹⁹² V. not. les dispositions du chapitre 2 de la directive.

⁹⁹³ Dir. DAMUN, consid. 56.

⁹⁹⁴ Règl. (UE) 2015/2120 du PE et du Conseil du 25 novembre 2015 établissant des mesures relatives à l'accès à un internet ouvert et modifiant la directive 2002/22/CE concernant le service universel et les droits des utilisateurs au regard des réseaux et services de communications électroniques. V. également le règl. (UE) 531/2012 concernant l'itinérance sur les réseaux publics de communications mobiles à l'intérieur de l'Union (refonte), *JOUE* L 171/10, 30 juin 2012.

⁹⁹⁵ Règl. (UE) 2022/2065 du PE et du Conseil du 19 octobre 2022 relatif à un marché unique des services numériques et modifiant la directive 2000/31/CE (règlement sur les services numériques), *JOUE* L 277/1, 27 oct. 2022.

⁹⁹⁶ L. n° 2024-449 du 21 mai 2024 visant à sécuriser et à réguler l'espace numérique, *JORF* n° 0117, 22 mai 2024.

que le contenu dont il était demandé le retrait soit « *manifestement illicite* »⁹⁹⁷. Objet de méfiance ou de défiance de la part du législateur, ce dernier fait rarement œuvre de définition. Seuls deux textes font l'essai d'une délimitation, d'une part à l'égard de contenus « *qualifiés* », d'autre part, extrêmement large.

Le règlement (UE) 2021/784 relatif à la lutte contre la diffusion des contenus à caractère terroriste en ligne⁹⁹⁸ les envisage comme des « *types de matériels* » qui incitent à la commission d'une infraction terroriste, sollicitent une personne ou un groupe pour commettre ce type d'infraction ou participer aux activités d'un groupe terroriste, fournissent des instructions concernant la fabrication ou l'utilisation d'explosifs, d'armes à feu, de substances nocives pour commettre une infraction terroriste ou de manière générale constituent une menace quant à la commission de ce type d'infraction⁹⁹⁹.

Le règlement DSA, quant à lui, définit uniquement le contenu « *illicite* » comme « *toute information qui, en soi ou par rapport à une activité, y compris la vente de produits ou la fourniture de services, n'est pas conforme au droit de l'Union ou au droit d'un État membre qui est conforme au droit de l'Union, quel que soit l'objet précis ou la nature précise de ce droit* »¹⁰⁰⁰. Reste que le contenu cristallise l'équilibre à trouver entre les libertés d'un côté – d'expression, d'information, de communication – et les limites à y apporter de l'autre.

269. La focalisation du législateur sur certains contenus - Ce faisant, l'attention du législateur ne porte pas sur tous les contenus mais sur certains d'entre eux, à savoir les contenus

⁹⁹⁷ L'adverbe « *manifestement* » avait été introduit en droit interne à la suite d'une réserve d'interprétation du Conseil constitutionnel relatif à la LCEN (Cons. const., déc. n° 2024-496 du 10 juin 2024, loi pour la confiance dans l'économie numérique). Les juges avaient en effet estimé que « *ces dispositions ne sauraient avoir pour effet d'engager la responsabilité d'un hébergeur qui n'a pas retiré une information dénoncée comme illicite par un tiers si celle-ci ne présente pas manifestement un tel caractère ou si son retrait n'a pas été ordonné par un juge* » (§9). Ce « *manifestement* », qui n'apparaissait pas dans l'art. 14 de la dir. 2000/31/CE, pas plus que dans l'art. 6 du règl. DSA, a été supprimé de la LCEN depuis la L. n° 2024-449 du 21 mai 2024 visant à sécuriser et à réguler l'espace numérique (SREN). Le contenu notifié aux hébergeurs doit-il encore être manifestement illicite pour engager leur responsabilité dans les conditions prévues par les textes actuels ? Pour certains auteurs, il suffit maintenant que le contenu soit « *simplement illicite* » : M. BENAUT, H. SKRZYPNIAK, « Responsabilité civile, pénale et para-pénale des fournisseurs de services intermédiaires », *J.-Cl. Communication*, fasc. 670, 2025, §65. La situation n'est pas claire, d'autant que le règl. DSA fait référence au caractère « *manifestement illicite* » des contenus mais uniquement en ce qui concerne l'utilisation abusive des utilisateurs fournissant fréquemment de tels contenus (art. 23 §1). Pour d'autres auteurs, l'abandon de ce « *standard* » ne change rien en réalité puisque l'engagement de la responsabilité de ces acteurs ne se conçoit que lorsque l'illicéité est « *certaine* » : G. LOISEAU, « Injonction de retrait d'un contenu en ligne : l'illicéité doit être certaine », comm. sous Cass. civ. 1^{ère}, 26 févr. 2025, n° 23-16.762, *CCE* 2025, comm. 31. V. également : N. MALLET-POUJOL, « Plateformes en ligne et modération des contenus : la liberté d'expression à l'épreuve du concept d'évidence », *Légipresse* 2024, p. 348.

⁹⁹⁸ Règl. (UE) 2021/784 du PE et du Conseil du 29 avril 2021 relatif à la lutte contre la diffusion des contenus à caractère terroriste en ligne, *JOUE* L 172/79, 17 mai 2021.

⁹⁹⁹ Règl. (UE) 2021/784, art. 2 (7).

¹⁰⁰⁰ Règl. DSA, art. 3 (h).

les plus « *polluants* »¹⁰⁰¹. L'arbitrage entre la liberté de circulation des contenus sur la couche haute et la nécessité d'en retirer certains de la circulation est particulièrement prégnant s'agissant des discours de haine tenus en ligne qui constituent « *un dilemme démocratique* »¹⁰⁰² pour le législateur.

L'actualité juridique interne récente a été marquée par l'adoption de textes destinés à réguler de tel discours¹⁰⁰³ qui se matérialisent sous la forme de contenus en ligne à l'exemple de la loi Avia¹⁰⁰⁴, la loi « *séparatisme* » du 24 août 2021¹⁰⁰⁵, la loi du 2 mars 2022 relative au harcèlement scolaire¹⁰⁰⁶, la loi du 16 août 2022 transposant le règlement (UE) 2021/784 relatif aux contenus terroristes en ligne¹⁰⁰⁷ ou encore la loi SREN.

Il convient de préciser que le règlement DSA insiste sur la nécessité d'une appréhension large de la notion de « *contenu illicite* » dans son considérant 12 : « *En particulier, cette notion devrait être comprise comme se référant à des informations, quelle que soit leur forme, qui, en vertu du droit applicable, sont soit elles-mêmes illicites, comme les discours haineux illégaux ou les contenus à caractère terroriste et les contenus discriminatoires illégaux, soit rendues illicites par les règles applicables en raison du fait qu'elles se rapportent à des activités illégales. Il peut s'agir, par exemple, du partage d'images représentant des abus sexuels commis sur des enfants, du partage illégal d'images privées sans consentement, du harcèlement en ligne, de la vente de produits non conformes ou contrefaits, de la vente de produits ou de la fourniture de services en violation du droit en matière de protection des*

¹⁰⁰¹ K. FAVRO, C. ZOLYNSKI, « Penser la régulation à l'ère de la conversation », in *Penser le droit de la pensée, Mélanges en l'honneur de Michel Vivant*, LexisNexis-Dalloz, 2020, p. 122.

¹⁰⁰² CH. GIRARD, « Le droit et la haine. Liberté d'expression et « discours de haine » en démocratie », *Raison publique, La Revue des Humanités Numériques*, 22 avr. 2014, accessible en ligne : <https://raison-publique.fr/735/>.

¹⁰⁰³ Textes contraignants qui coexistent avec du droit souple à l'instar du code de conduite pour la lutte contre les discours haineux illégaux en ligne mis en place par la Commission européenne en 2016 avec le concours de Facebook, Twitter (devenu X), Microsoft et YouTube.

¹⁰⁰⁴ L. n° 2020-766 du 24 juin 2020 visant à lutter contre les contenus haineux sur internet, *JORF* n° 0156, 25 juin 2020. Une partie de ses dispositions a été censurée par le Conseil constitutionnel pour contrariété à la liberté de communication notamment en raison de l'obligation de retrait de certains contenus dans le délai de 24 heures sans intervention d'un juge. Sur ce point, v. : Cons. const., déc. n° 2020-801 du 18 juin 2020 ; E. DERIEUX, « Lutte contre les contenus haineux sur internet », *RLDI* 2020, n° 172, pp. 47-52 ; M. GHASSIA, « Après la censure de la loi contre la haine en ligne, quel avenir pour la répression des contenus haineux sur internet ? », *Légipresse* 2020, p. 419.

¹⁰⁰⁵ L. n° 2021-1109 du 24 août 2021 confortant le respect des principes de la République, *JORF* n° 0197, 25 août 2021. V. : CH. BIGOT, « Les discours de haine et les contenus illicites en ligne », *RFDA* 2021, p. 835, n° 16 ; X. BIOY, « La loi confortant le respect des principes de la République et la liberté d'expression », *AJDA* 2021, p. 2084 ; E. DREYER, « L'apport de la loi confortant le respect des principes de la République au droit de la communication », *JCP G* 2021, 890.

¹⁰⁰⁶ L. n° 2022-299 du 2 mars 2022 visant à combattre le harcèlement scolaire, *JORF* n°0052, 3 mars 2022.

¹⁰⁰⁷ L. n° 2022-1159 du 16 août 2022 portant diverses dispositions d'adaptation au droit de l'Union européenne en matière de prévention de la diffusion de contenus à caractère terroriste en ligne, *JORF* n° 0189, 17 août 2022. V. : E. DREYER, « Adaptation du droit interne au règlement européen sur le retrait de la propagande terroriste », *JCP G* 2022, act. 955.

consommateurs, de l'utilisation non autorisée de matériel protégé par le droit d'auteur, de l'offre illégale de services de logement ou de la vente illégale d'animaux vivants ».

En droit interne, deux groupes de contenus illicites font l'objet d'attentions. L'article 6-IV-A de la LCEN impose par exemple aux hébergeurs de concourir à la lutte contre des contenus illicites relevant de certaines infractions comme la provocation au génocide, le harcèlement moral et sexuel, la provocation au suicide, ... De son côté, l'article 6-1 de la LCEN impose aux hébergeurs et aux éditeurs de service de communication au public en ligne de retirer dans un délai de 24 heures les contenus pédopornographiques ou faisant l'apologie du terrorisme à la demande de l'ARCOM.

270. La gradation des contenus péjoratifs - Deux observations peuvent être faites à l'égard de ces contenus dits « *haineux* », catégorie qui n'est pas définie par la loi. Il s'agit d'un ensemble de contenus dont « *l'appellation s'est imposée au fil du temps* » et dont « *le noyau dur est assurément constitué des infractions relatives à la lutte contre le racisme, l'antisémitisme et les discriminations, mais elle s'étend ensuite de manière anarchique, au gré des textes et des enjeux politiques du moment* »¹⁰⁰⁸. La régulation des contenus serait donc constituée de trois « *cercles* »¹⁰⁰⁹ : le régime général de responsabilité des prestataires techniques en cas de faute dans la cessation de l'illicite du fait d'un contenu revêtant ce caractère ; les obligations relatives aux contenus haineux proprement dits bien qu'ils soient hétérogènes ; les obligations relatives aux contenus terroristes et pédopornographiques. De la sorte, les contenus négativement qualifiés par le législateur obéiraient à une sorte de gradation dans leur illicéité sans pour autant que le terme de contenu lui-même ne soit clarifié.

Section 2. Le contenu, mal nommé du numérique

271. Le contenu, une espèce du genre « *information* » - Comme l'information, le contenu est alternativement envisagé comme une substance ou une forme (§1) mais il serait plus juste de l'envisager comme un objet informationnel total dans l'univers numérique (§2).

¹⁰⁰⁸ CH. BIGOT, « La liberté de communication dans la loi du 24 août 2021, les nouvelles obligations de collaboration des plateformes sous le contrôle de l'ARCOM », *Légipresse* 2022, p. 31.

¹⁰⁰⁹ *Ibid.*

§1. Le contenu, alternativement substance et forme

272. L’appréhension duale du contenu - La difficulté à cerner le contenu provient également de sa nature duale. Le terme renvoie tour à tour à une substance (A) et à une forme (B).

A. Le contenu, une substance

273. Un terme défini par opposition - Le terme « *contenu* » est le participe passé substantivé du verbe « *contenir* » qui provient du latin *continere*, c’est-à-dire « *maintenir uni, renfermer, réprimer* »¹⁰¹⁰. Le dictionnaire de l’*Académie française* donne deux acceptions du contenu qu’elle présente en opposition avec d’autres termes selon deux perspectives. Dans une dimension matérielle, le contenu s’oppose au « *contenant* », c’est-à-dire à « *ce qui se trouve enfermé à l’intérieur d’un récipient, d’un sac, d’un emballage* »¹⁰¹¹. Dans une dimension immatérielle, il s’oppose à la forme ou à l’expression et s’entend comme « *la signification d’un énoncé, d’un message, d’un texte* »¹⁰¹².

L’opposition contenu/contenant est bien connue en propriété intellectuelle, notamment en matière de bases de données dont la protection s’articule autour de cette distinction¹⁰¹³. La base elle-même, c’est-à-dire le « *recueil d’œuvres, de données ou d’autres éléments indépendants, disposés de manière systématique ou méthodique, et individuellement accessibles par des moyens électroniques ou par tout autre moyen* »¹⁰¹⁴, est protégeable au titre du droit d’auteur tandis que son contenu bénéficie d’une protection au titre du droit *sui generis* du producteur de la base¹⁰¹⁵.

¹⁰¹⁰ V^o Contenir, *Dictionnaire de l’Académie Française*, 9^{ème} éd., accessible en ligne : <https://www.dictionnaire-academie.fr/article/A9C3815>

¹⁰¹¹ V^o Contenu, 1^o, *Dictionnaire de l’Académie Française*, 9^{ème} éd., accessible en ligne : <https://www.dictionnaire-academie.fr/article/A9C3823>

¹⁰¹² V^o Contenu, 2^o, *Dictionnaire de l’Académie Française*, 9^{ème} éd., accessible en ligne : <https://www.dictionnaire-academie.fr/article/A9C3823>

¹⁰¹³ S. CHATRY, « La légitimité du droit *sui generis* du producteur de bases de données », *Légipresse* 2019, p. 115 ; M. VIVANT, « Recueils, bases, banques de données, compilations, collections ... : l’introuvable notion ? », *D.* 1995, p. 197.

¹⁰¹⁴ CPI, art. L. 112-3.

¹⁰¹⁵ CPI, art. L. 341-1.

274. Le contenu, appréhendé comme substance par la CJUE - Le contenu semble bel et bien pouvoir être envisagé comme un contenu au sens de substance d'un contenant. C'est en tout cas ce qui peut être déduit d'un arrêt de la CJUE du 4 octobre 2019¹⁰¹⁶.

Cette affaire débute par la publication de la part d'un utilisateur de Facebook, sur sa page personnelle, d'un article de presse relatif à une personne qui a généré un « *aperçu vignette* » du site d'origine comportant le titre de l'article, un bref résumé de celui-ci et la photographie de la personne en question, le tout accompagné d'un commentaire désobligeant rédigé par l'internaute lui-même. Facebook n'ayant pas retiré le commentaire à la demande de la requérante, celle-ci saisit la justice et obtient que le réseau social fasse cesser la publication et/ou la diffusion de photos accompagnées du message, qu'il contienne les mêmes allégations ou des allégations de « *contenu équivalent* ». La question soumise à la CJUE portait sur l'étendue de l'injonction faite à un hébergeur de retirer des contenus ou d'en empêcher la réapparition, c'est-à-dire si elle devait se limiter aux contenus identiques à ceux précédemment déclarés illicites ou pouvait s'étendre aux contenus équivalents.

Dans la première hypothèse, la CJUE considère que l'injonction faite à Facebook de les supprimer ne crée pas d'obligation générale de surveillance à sa charge dans la mesure où cette obligation est limitée à une « *information précise [...] dont le contenu a été analysé et apprécié par une juridiction compétente de l'État membre qui, à l'issue de son appréciation, l'a déclarée illicite* »¹⁰¹⁷. C'est notamment le cas, selon l'avocat général, lorsque l'information en cause est reproduite de façon exacte soit manuellement soit automatiquement grâce à la fonction de partage du réseau social¹⁰¹⁸.

La chose est moins évidente en ce qui concerne les informations, non plus identiques, mais équivalentes à celle qui a été précédemment jugée illicite. Pour l'avocat général, il s'agit des informations qui en divergent « *à peine* » en ce qu'elles contiennent par exemple une erreur de frappe ou une syntaxe et une ponctuation différentes tout en admettant que la notion d'information équivalente pourrait être plus large¹⁰¹⁹. Pour les juges, l'illicéité d'un contenu ne résulte pas « *en soi de l'emploi de certains termes, combinés d'une certaine manière, mais du fait que le message véhiculé par ce contenu est qualifié d'illicite* »¹⁰²⁰. Dès lors, l'injonction

¹⁰¹⁶ CJUE, 3 oct. 2019, aff. C-18/18, *Glawischnig-Piesczek* : *Légipresse* 2020, p. 29, étude V. Varet ; *Dalloz IP/IT* 2020, p. 198, obs. O. de Maison Rouge ; *RTD eur.* 2020, p. 322, obs. F. Benoît-Rohmer ; *CCE* 2019, comm. 67, obs. G. Loiseau ; *RLDI* 2020/167, n° 5650, note E. Derieux.

¹⁰¹⁷ *Glawischnig-Piesczek*, §35.

¹⁰¹⁸ CJUE, concl. M. Szpunar, 4 juin 2019, aff. C-18/18, *Glawischnig-Piesczek*, §56, reprenant l'appréciation des juges autrichiens.

¹⁰¹⁹ *Ibid.*, §67.

¹⁰²⁰ *Glawischnig-Piesczek*, §40.

visant à faire cesser l'illicéité et à prévenir sa réitération « *doit pouvoir s'étendre aux informations dont le contenu, tout en véhiculant en substance le même message, est formulé de manière légèrement différente, en raison des mots employés ou de leur combinaison, par rapport à l'information dont le contenu a été déclaré illicite* »¹⁰²¹ mais les juges posent deux limites : l'injonction doit comporter « *les éléments spécifiés* » relatifs à l'information initiale et « *les différences dans la formulation de ce contenu équivalent par rapport à celle caractérisant l'information déclarée illicite précédemment ne sont pas de nature à contraindre l'hébergeur à procéder à une appréciation autonome de ce contenu* »¹⁰²². Mais un doute demeure ici quant à ce qu'il faut entendre par « *information* » et « *contenu* ».

275. Le contenu, appréhendé comme substance dans les textes européens - Il est vrai que l'arrêt précité l'a été sous l'empire de la directive 2000/31/CE qui ne vise que des « *informations* » transmises, accessibles ou mises à disposition du public en ligne. Il semble donc que l'information ici corresponde au « *contenu* » visé par les textes actuels, notamment le règlement DSA, et que le terme de « *contenu* » utilisé dans l'arrêt corresponde à la substance de l'information, c'est-à-dire à sa signification.

Il en va de même s'agissant de la directive SMA qui distingue la publicité du contenu éditorial¹⁰²³. Le texte définit également le programme comme « *un ensemble d'images animées, combinées ou non à du son, constituant un seul élément dans le cadre d'une grille ou d'un catalogue établi par un fournisseur de services de médias et dont la forme et le contenu sont comparables à ceux de la radiodiffusion télévisuelle* »¹⁰²⁴. Le contenu ici visé est la substance d'un programme, par exemple « *un film de long métrage, une manifestation sportive, une comédie de situation, un documentaire, un programme pour enfants ou une fiction originale* »¹⁰²⁵.

B. Le contenu, une forme

276. Le contenu, appréhendé comme contenant en droit européen de la consommation
Le contenu est parfois envisagé au sens de contenu mais potentiellement en tant que contenant.

¹⁰²¹ Gławischnig-Piesczek, §41.

¹⁰²² Gławischnig-Piesczek, §46 et 53.

¹⁰²³ Dir. SMA, art. 19.

¹⁰²⁴ Dir. SMA, art. 1 (b).

¹⁰²⁵ Dir. SMA, art. 1 (b).

À première vue, le droit de la consommation semble opter pour la première conception en ce qui concerne les « *contenus numériques* ». La directive (UE) 2019/770 relative aux contrats de fourniture de contenus numériques et de services numériques semble viser, au moins en partie, au titre des « *contenus numériques* » des œuvres de l'esprit à l'exemple des livres numériques ou des fichiers audio et vidéo¹⁰²⁶.

Mais l'on se souvient que l'œuvre de l'esprit, comme l'information, relève à la fois de la substance et de la forme¹⁰²⁷. Le texte ferait davantage référence à un « *contenu culturel* », non en tant qu'œuvre de l'esprit mais en tant que « *siège d'un usage* » consumériste¹⁰²⁸. Pour une auteure, « *le contenu n'est donc pas envisagé dans sa dimension cognitive ou sensorielle mais plutôt comme le "support" de l'œuvre, son véhicule, à la manière d'un support matériel, sauf qu'ici manque la dimension tangible. Contrairement à l'intitulé trompeur, la notion de contenu numérique se rapporte donc essentiellement à celle de "contenant" puisqu'il s'agit de s'assurer que le support dont le consommateur fait l'acquisition lui offre la possibilité de prendre connaissance de l'œuvre, à l'instar des objets "matériels" tels qu'un livre ou un tirage photographique* »¹⁰²⁹. Le contenant ici envisagé n'est donc pas la forme de l'œuvre ou de l'objet protégé mais un support permettant d'en prendre connaissance.

§2. Le contenu, objet informationnel total dans l'univers numérique

277. La proximité textuelle du contenu avec l'information - La directive 2000/31/CE n'évoque pas le « *contenu* » pour envisager les prestataires intermédiaires et leur régime de responsabilité, mais les « *informations* », tout comme la LCEN. Le règlement DMA, en revanche, opte pour le terme de contenu, à l'instar des définitions données aux réseaux sociaux¹⁰³⁰ ou aux navigateurs internet¹⁰³¹.

S'agissant du règlement DSA, les deux termes sont employés. Pour définir les services intermédiaires, le texte maintient le terme d'information, comme la directive 2000/31/CE. Les services de transport et de mise en cache consistent ainsi à « *transmettre, sur un réseau de communication, des informations fournies un destinataire du service* »¹⁰³². Le service

¹⁰²⁶ Dir. (UE) 2019/770, consid. 19. V. *supra* n° 267.

¹⁰²⁷ V. *supra* n° 107 et s.

¹⁰²⁸ V.-L. BENABOU, « Entrée par effraction d'une notion juridique nouvelle et polymorphe : le contenu numérique », *Dalloz IP/IT* 2017, p. 7.

¹⁰²⁹ *Ibid.*

¹⁰³⁰ Règl. DMA, art. 2 (7).

¹⁰³¹ Règl. DMA, art. 2 (11).

¹⁰³² Règl. DSA, art. 3 (g) (i) et (ii).

d'hébergement stocke ces « *informations* »¹⁰³³, tandis que la plateforme en ligne s'attache à les stocker et les diffuser au public¹⁰³⁴.

Parfois, le texte assimile les notions d'information et de contenu. Le « *contenu illicite* » est par exemple défini comme « *toute information qui, en soi ou par rapport à une activité [...] n'est pas conforme au droit de l'Union au droit d'un État membre ...* »¹⁰³⁵. *A contrario*, un contenu licite désigne donc une information conforme au droit, et le contenu, une information. Cette assimilation est confirmée dans les dispositions relatives aux injonctions d'agir contre les contenus illicites qui évoquent l'exposé des motifs « *expliquant pourquoi les informations constituent un contenu illicite* »¹⁰³⁶. Le considérant 12 précise à cet égard que la notion de contenu illicite doit s'entendre de manière large « *de façon à ce qu'elle couvre les informations relatives aux contenus, produits, services et activités illégaux. En particulier, cette notion devrait être comprise comme se référant à des informations, quelle que soit leur forme, qui, en vertu du droit applicable, sont soit elles-mêmes illicites, [...], soit rendues illicites par les règles applicables en raison du fait qu'elles se rapportent à des activités illégales* ». Le contenu est donc assimilé à l'information, tout en étant affirmé que les informations peuvent n'être « *qu'en rapport* » avec le contenu. Cette formulation se retrouve également dans la définition du moteur de recherche en ligne « *qui renvoie des résultats dans quelque format que ce soit dans lesquels il est possible de trouver des informations en rapport avec le contenu demandé* »¹⁰³⁷ et dans celle de la modération des contenus qui évoque « *les contenus illicites ou les informations incompatibles* » avec les conditions générales des fournisseurs de services intermédiaires¹⁰³⁸.

278. La proximité conceptuelle de l'information avec le contenu - Tantôt assimilé à un « *contenu* » ou à un « *contenant* », le contenu entretient des liens textuels ténus avec l'information. De deux choses l'une. Ou bien il existe une différence entre le contenu et l'information mais aucune raison ne se dégage des dispositions précitées, ou bien le législateur a voulu éviter les répétitions pour ne pas alourdir les dispositions.

Il semble à cet égard que la seconde hypothèse soit la plus logique. L'information est en effet un terme générique défini précédemment comme un ensemble de signes produisant du

¹⁰³³ Règl. DSA art. 3 (g) (iii).

¹⁰³⁴ Règl. DSA, art. 3 (i).

¹⁰³⁵ Règl. DSA, art. 3 (h).

¹⁰³⁶ Règl. DSA, art. 9 §2 (a) (ii).

¹⁰³⁷ Règl. DSA, art. 3 (j). V. également : Règl. P2B, art. 2 (5).

¹⁰³⁸ Règl. DSA, art. 3 (t).

sens. Elle est à la fois une forme et une substance, c'est-à-dire un contenant et un contenu qu'il serait malaisé, voire impossible à dissocier¹⁰³⁹.

La tension entre forme et substance a déjà été évoquée en droit d'auteur, à propos de l'absence de protection des idées¹⁰⁴⁰. Un parallèle peut également être fait avec les bases de données. En la matière, il est d'usage d'affirmer que leur protection au titre du droit d'auteur porte sur le contenant, tandis que leur protection au titre du droit *sui generis* porte sur leurs contenus. Mais la distinction entre les deux n'est pas si évidente¹⁰⁴¹. D'une part, appréhender l'architecture et les liens logiques entre les données peut glisser vers l'appréhension du contenu¹⁰⁴². D'autre part, il peut être soutenu que la protection du contenu de la base ne porte pas tant sur les données que sur l'investissement réalisé pour les constituer, vérifier et les présenter, en somme sur la valeur de ces données¹⁰⁴³.

279. Le contenu, information totale dans l'univers numérique - *A priori*, rien ne distingue le contenu de l'information. Qu'il soit une vidéo, une musique, une photo, une annonce, un commentaire, un article, il constitue un objet, à la fois forme et substance à laquelle est attachée une valeur¹⁰⁴⁴.

Mais dans l'univers numérique, le contenu est également le support de ces dernières. Non rival, il se duplique et circule « *naturellement* » et ce n'est qu'au prix du recours à une technologie particulière ou d'un artifice juridique que sa rivalité est restaurée au profit des titulaires de droit¹⁰⁴⁵. Le contenu est en ce sens un objet numérique mobile dont le droit du numérique s'attache à contrebalancer les effets néfastes pour assurer la protection du consommateur en cas de fourniture de ce contenu, de l'ayant droit en cas d'absence d'autorisation de communication au public du contenu protégé, ou plus généralement, du public en cas de contenus à l'évidence illicites. À la différence de l'information dans l'univers physique dont le couple substance et forme peut être dissocié de son support papier par exemple, l'information de l'univers numérique intègre son propre support pour pouvoir

¹⁰³⁹ V. *supra* n° 106 et s.

¹⁰⁴⁰ V. *supra* n° 107 et s.

¹⁰⁴¹ F. MACREZ, *Créations informatiques : bouleversement des droits de propriété intellectuelle ? Essai sur la cohérence des droits*, préf. M. Vivant, LexisNexis-Litec, coll. CEIPI, 2011, p. 256, n° 318.

¹⁰⁴² PH. GAUDRAT, « Loi de transposition de la directive 96/9 du 11 mars 1996 sur les bases de données : dispositions relatives au droit d'auteur », *RTD com.* 1998, p. 598.

¹⁰⁴³ Le droit d'auteur protégerait la réalisation intellectuelle tandis que le droit *sui generis* du producteur de la base de données s'attache à une vision économique de cette dernière : H. Bitan, « Le droit des bases de données. Entre droit d'auteur et droit *sui generis* », *Propri. intell.* 2008, n° 27, p. 164.

¹⁰⁴⁴ V.-L. BENABOU, « Entrée par effraction d'une notion juridique nouvelle et polymorphe : le contenu numérique », art. précit., p. 7.

¹⁰⁴⁵ *Ibid.*

circuler. Cette dimension circulatoire est également présente dans l'acception non juridique du terme de contenu qui en fait tout ce qui transite sur la couche haute¹⁰⁴⁶. Par conséquent, le contenu doit être défini comme un objet informationnel circulant dans l'univers numérique, un objet informationnel total qui intègre sa forme, sa substance mais également son support.

280. La distinction purement sémantique entre information, contenu et données - Les termes d'information, de contenu et de donnée sont donc extrêmement imbriqués et dans une certaine perspective, synonymes. Le contenu est parfois envisagé comme une information¹⁰⁴⁷ et un ensemble de données¹⁰⁴⁸. La donnée peut se définir également comme une information¹⁰⁴⁹, une représentation numérique de l'information¹⁰⁵⁰ ou son format¹⁰⁵¹. En réalité, tout ce qui peut circuler et a vocation à circuler numériquement peut et doit être qualifié de contenu, dont le terme est historiquement rattaché à la couche haute des réseaux.

Ce qui distingue l'information du contenu et de la donnée relève du champ lexical de ces termes. L'information est un terme neutre tandis que le contenu et la donnée sont extrêmement connotés dans l'univers numérique. Le contenu est ce qui circule sur la couche haute, c'est-à-dire visible du réseau, tandis que la donnée est le contenu tel qu'il transite sur la couche basse.

281. Conclusion de chapitre - Envisager le contenu en soi s'avère nécessaire pour délimiter la notion de recommandation d'un point de vue matériel. Le contenu est d'abord un objet extra-juridique. Techniquement, il s'agit d'un objet circulant au niveau de la couche haute des réseaux. Sa teneur reste indifférente au niveau de la couche basse des réseaux en vertu du principe de neutralité. Mais des limites techniques et des stratégies économiques peuvent mettre à mal cette stricte distinction entre couches et donc impacter le contenu. Enjeu économique, il constitue également un enjeu politique dans la mesure où le contenu est le siège

¹⁰⁴⁶ L. LESSIG, *L'avenir des idées. Le sort des biens communs à l'heure des réseaux numériques*, PUL, 2005, p. 30.

¹⁰⁴⁷ V. par ex. la définition que le règl. DSA donne au contenu illicite et donc au contenu tout court en son article 3 (h).

¹⁰⁴⁸ V. par ex. dir. (UE) 2019/770 art. 2 (1).

¹⁰⁴⁹ V. par ex., la définition des termes « données à caractère personnel » à l'article 4 (1) du règl. (UE) 2016/679 du PE et du Conseil relatif à la protection des personnes physiques à l'égard du traitement des données à caractère personnel et à la libre circulation de ces données et abrogeant la directive 95/46/CE (RGPD), *JOUE* L119/1, 4 mai 2016.

¹⁰⁵⁰ Règl. (UE) 2022/868 du PE et du Conseil du 30 mai 2022 portant sur la gouvernance européenne des données et modifiant le règlement (UE) 2018/1724 (règlement sur la gouvernance des données), *JOUE* L152/1, 3 juin 2022, art. 2 (1).

¹⁰⁵¹ Règl. DMA, art. 2 (24).

d'expression des libertés fondamentales, à commencer par la liberté d'expression. En droit, il ne s'agit que d'une condition frontière de l'application de certains textes, saisie dès lors par approximation. D'une part, le contenu est peu, voire rarement défini, et lorsqu'il l'est, cela se fait par renvoi à d'autres notions. D'autre part, le législateur a fait montre de sa méfiance dans la mesure où le contenu est appréhendé essentiellement de façon péjorative.

Mal aimé du droit du numérique, le contenu est également mal nommé. Le contenu n'est en effet pas réductible à une substance ou à un contenant. Il est une espèce du genre « *information* » qui excède la somme de la forme et de la substance, qui possède une valeur et, dans l'univers numérique, intègre son support.

Chapitre 2. La dissociation du contenu et de la recommandation numérique

282. La restriction de la notion de recommandation numérique - En tant qu'objet informationnel, le contenu peut *a priori* se confondre avec la notion de recommandation. Défini en soi comme un objet composé d'une forme et d'une substance, c'est-à-dire d'un corps et d'une matière première, il retrouve son appréhension substantivée dans ses rapports avec la recommandation numérique. Il en constitue en effet sa matière première (Section 2), la recommandation constituant son corps, c'est-à-dire un ordonnancement lui-même suggestif (Section 1).

Section 1. La matérialisation de la recommandation numérique : un ordonnancement suggestif de contenus

283. L'irréductibilité de la recommandation numérique aux contenus qui la composent - Ce n'est pas tant l'existence de contenus qui fait la recommandation, que leur disposition. La recommandation numérique n'est pas assimilable à sa matière première. Elle est une forme propre à accueillir des contenus qui se manifeste par leur ordonnancement (§1) qui porte en lui-même un effet suggestif (§2).

§1. La forme de la recommandation numérique : un ordonnancement de contenus

284. Deux formes de structuration de contenus - Si le classement de contenus paraît la forme privilégiée de la recommandation numérique, elle en est en réalité un cas particulier (A). Plus généralement, la recommandation prend la forme d'un ordonnancement de contenus, c'est-à-dire d'une structuration de ces derniers (B).

A. Le classement de contenus, forme spécifique de la recommandation numérique

285. L'inclusion du classement dans la notion de recommandation numérique - Considéré comme marqueur distinctif des plateformes, le classement a peu à peu été consacré par les textes, à commencer par le droit de la consommation, avant d'essaimer dans d'autres corpus. En retraçant l'irruption de la notion de classement en droit positif (1), il convient de l'intégrer dans la notion de recommandation numérique (2).

1. L'irruption du classement de contenus en droit positif

286. Le classement, activité distinctive des plateformes - Si le classement de contenus est inscrit dans les textes (a), sa distinction avec le référencement s'avère délicate (b).

a. L'inscription textuelle du classement de contenus

287. Le classement ou les prémisses de l'encadrement des plateformes en droit interne : l'apport des contributions administratives et doctrinales - Dans son étude annuelle de 2014¹⁰⁵², le Conseil d'État fait du classement une activité discriminante des plateformes qu'ils recommandent d'introduire explicitement en droit positif afin de créer une « *troisième voie* » entre les hébergeurs d'une part, qui n'exerce pas de rôle actif sur les contenus et dont la responsabilité est dès lors conditionnée à leur connaissance de l'illicéité des contenus en cause, et les éditeurs qui, déterminant les contenus, en sont responsables¹⁰⁵³. Pour le Conseil d'État, les plateformes se caractérisent par leur « *service de référencement ou de classement de contenus, biens ou services édités ou fournis par des tiers et partagés sur le site de la plateforme* »¹⁰⁵⁴ qui manifestent donc un rôle actif, non dans la détermination des contenus eux-mêmes, mais dans l'accès aux contenus que cette dernière ne produit pas. Ce pouvoir de « *prescription* »¹⁰⁵⁵ doit alors être contrebalancé par une obligation de loyauté et non un principe de neutralité puisque leur activité n'est par nature pas neutre contrairement aux

¹⁰⁵² Conseil d'État, *Étude annuelle 2014. Le numérique et les droits fondamentaux*, La Documentation Française, 2014.

¹⁰⁵³ *Ibid.*, p. 272.

¹⁰⁵⁴ *Ibid.*, p. 274.

¹⁰⁵⁵ *Ibid.*, p. 216.

opérateurs de communication électroniques qui se contentent d'acheminer les contenus de la couche basse à la couche haute¹⁰⁵⁶.

Cette loyauté avait déjà été proposée par le chercheur américain James Grimmelmann à propos des moteurs de recherche qu'il assimile à des « *conseillers* » de l'utilisateur à qui ils proposent des sites classés selon un certain ordre qu'ils déterminent selon ses requêtes, c'est-à-dire ses besoins¹⁰⁵⁷. La liberté éditoriale du moteur de recherche n'est donc pas totale comme pour les éditeurs, mais en quelque sorte contrainte par la prise en compte de l'utilisateur. En ce sens, cette loyauté se situe entre la neutralité – des prestataires intermédiaires techniques vis-à-vis des contenus qu'ils stockent – et la liberté éditoriale totale – des éditeurs vis-à-vis des contenus qu'ils déterminent – que le Conseil d'État propose d'étendre à tous les acteurs qui exercent une activité de classement ou de référencement de contenus provenant de tiers : moteurs de recherche, réseaux sociaux, places de marché, boutiques d'application, agrégateurs de contenus ou comparateurs de prix¹⁰⁵⁸.

Le Conseil d'État n'était pas le seul, à l'époque, à faire du classement un critère matériel de qualification des plateformes. Le Conseil national du numérique (CNNum) avait également pointé le rôle de « *prescripteurs* » de ces acteurs qui « *façonnent et déterminent les conditions d'accès aux informations* » mais qui « *ne permettent pas toujours de déterminer facilement si ce qui est présenté relève de la publicité, d'une sélection algorithmique générique, d'une adaptation personnalisée ou d'une préférence pour l'offre de la plateforme hôte* » d'où il apparaît « *essentiel que leurs mécanismes de classement et d'éditorialisation soient présentés en toute transparence et lisibilité* »¹⁰⁵⁹. Envisageant d'adapter le droit existant dans son rapport de 2014¹⁰⁶⁰, le CNNum recommande quelques mois plus tard de consacrer une obligation de loyauté à la charge des plateformes qui « *organisent et hiérarchisent les contenus en vue de leur présentation et leur mise en relation aux utilisateurs finaux* »¹⁰⁶¹, notamment en ce qui concerne les « *algorithmes destinés à la personnalisation, au classement et au référencement* »¹⁰⁶². Contrairement au Conseil d'État, le CNNum se montre en revanche

¹⁰⁵⁶ *Ibid.*, p. 270 et s.

¹⁰⁵⁷ J. GRIMMELMANN, "Speech Engines", *Minnesota Law Review* 2014, vol. 98, n° 3, pp. 868-952.

¹⁰⁵⁸ Conseil d'État, *Étude annuelle 2014. Le numérique et les droits fondamentaux*, précit., p. 273.

¹⁰⁵⁹ CNNum, *Neutralité des plateformes. Réunir les conditions d'un environnement numérique ouvert et soutenable*, mai 2014, p. 9.

¹⁰⁶⁰ *Ibid.*, p. 11.

¹⁰⁶¹ CNNum, *Ambition numérique. Pour une politique française et européenne de la transition numérique*, rapp. remis au Premier Ministre, juin 2015, p. 59.

¹⁰⁶² *Ibid.*, p. 64.

réticent à ce que la qualification et le régime de ces plateformes constituent une voie médiane entre les hébergeurs et les éditeurs¹⁰⁶³.

288. La consécration du classement de contenus opéré par les plateformes en droit interne - En droit positif et interne, le classement apparaissait en 2015 en droit de la consommation à la faveur de la loi n° 2015-990 du 6 août 2015, dite « *loi Macron* »¹⁰⁶⁴. Sans recourir au terme de « *plateforme* », l'ancien article L. 111-5-1 du code de la consommation imposait une obligation d'information « *sur les conditions générales d'utilisation du service d'intermédiation et sur les modalités de référencement, de classement et de déréférencement des offres mises en ligne* » à la charge de « *toute personne dont l'activité consiste à mettre en relation, par voie électronique, plusieurs parties en vue de la vente d'un bien, de la fourniture d'un service ou de l'échange ou du partage d'un bien ou d'un service* ».

La loi pour une République numérique du 7 octobre 2016¹⁰⁶⁵ s'inscrivait dans le prolongement des rapports précités¹⁰⁶⁶ et de la loi Macron du 6 août 2015, en imposant une obligation de loyauté à la charge des opérateurs de plateforme en ligne définis comme « *toute personne physique ou morale proposant, à titre professionnel, de manière rémunérée ou non, un service de communication au public en ligne reposant sur : 1° Le classement ou le référencement, au moyen d'algorithmes informatiques, de contenus, de biens ou de services proposés ou mis en ligne par des tiers ; 2° Ou la mise en relation de plusieurs parties en vue de la vente d'un bien, de la fourniture d'un service ou de l'échange ou du partage d'un contenu, d'un bien ou d'un service* »¹⁰⁶⁷. Ce faisant, les plateformes se répartissaient selon leurs activités. Le classement et le référencement concernaient principalement les moteurs de recherche, les sites de référencement, les comparateurs de prix, les sites de partage de contenus, les réseaux sociaux et la mise en relation intéressait les places de marché, les sites d'économie de partage et collaboratifs¹⁰⁶⁸. En revanche, les travaux préparatoires prenaient le soin de préciser qu'il ne

¹⁰⁶³ *Ibid.*, p. 59.

¹⁰⁶⁴ L. n° 2015-990 du 6 août 2015 pour la croissance, l'activité et l'égalité des chances économiques, *JORF* n° 0181, 7 août 2015.

¹⁰⁶⁵ L. n° 2016-1321 du 7 octobre 2016 pour une République numérique, *JORF* n° 0235, 8 oct. 2016.

¹⁰⁶⁶ Conseil d'État, *Étude annuelle 2014. Le numérique et les droits fondamentaux*, précit. ; CNNum, *Neutralité des plateformes. Réunir les conditions d'un environnement numérique ouvert et soutenable*, précit. ; CNNum, *Ambition numérique. Pour une politique française et européenne de la transition numérique*, précit. V. également : Commission de réflexion et de propositions sur le droit et les libertés à l'âge du numérique (prés. C. Féral-Schuhl et C. Paul), *Rapport d'information déposé par la commission de réflexion et de propositions sur le droit et les libertés à l'âge du numérique*, 2015.

¹⁰⁶⁷ C. consom., art. L. 111-7, I (ancien).

¹⁰⁶⁸ AN, rapp. n° 3399 de L. Belot sur le projet de loi pour une République numérique, 15 janv. 2016, p. 366 et s.

s'agissait pas de remettre en cause la *summa divisio* hébergeurs *versus* éditeurs¹⁰⁶⁹ et que cette nouvelle catégorie d'acteurs ne valait que pour le droit de la consommation¹⁰⁷⁰.

La loi SREN¹⁰⁷¹ a modifié, voire supprimé certains de ces articles afin de mettre le droit interne et conformité avec le règlement DSA. Le texte européen connaît en la matière deux types d'acteurs : les plateformes (qualifiées d'hébergeurs) d'un côté et les moteurs de recherche de l'autre. En droit de la consommation désormais, la qualification de plateforme s'attache seulement aux places de marché en ligne et aux comparateurs de prix. L'article L. 111-7, II, dispose à cet égard que : « *Tout fournisseur de place de marché en ligne ou de comparateur en ligne est tenu de délivrer au consommateur une information loyale, claire et transparente sur : 1° Les conditions générales d'utilisation du service d'intermédiation qu'il propose et sur les modalités de classement ainsi que, s'agissant des comparateurs en ligne, de référencement et de déréférencement des contenus, des biens ou des services auxquels ce service permet d'accéder* ».

289. La consécration du classement de contenus opéré par les plateformes en droit européen - La notion de classement n'est pas inconnue en droit européen qui prend d'ailleurs soin de le définir.

La directive (UE) 2019/2161 dite « *Omnibus* »¹⁰⁷² modifie la directive 2005/29/CE afin de prendre en compte l'impact sur le consommateur du « *meilleur classement d'offres commerciales ou leur placement au premier plan dans le cadre de recherches en ligne effectués par les fournisseurs de la fonction recherche* »¹⁰⁷³. Bien qu'elle l'envisage comme « *une priorité relative accordée aux offres des professionnels ou de la pertinence données aux résultats de recherche* »¹⁰⁷⁴, la définition retenue apparaît plus stricte puisque le classement est défini seulement comme « *la priorité relative accordée aux produits, tels qu'ils sont présentés, organisés ou communiqués par le professionnel, quelle que soit la technologie utilisée pour une telle présentation, organisation ou communication* ».

¹⁰⁶⁹ *Ibid.*, p. 373 et s.

¹⁰⁷⁰ *Ibid.*, p. 378.

¹⁰⁷¹ L. n° 2024-449 du 21 mai 2024 visant à sécuriser et à réguler l'espace numérique, *JORF* n° 0117, 22 mai 2024.

¹⁰⁷² Dir. (UE) 2019/2161 du PE et du Conseil du 27 novembre 2019 modifiant la directive 93/13/CEE du Conseil et les directives 98/6/CE, 2005/29/CE et 2011/83/UE du Parlement européen et du Conseil en ce qui concerne une meilleure application et une modernisation des règles de l'Union en matière de protection des consommateurs, *JOUE* L 328/7, 18 déc. 2019.

¹⁰⁷³ Dir. (UE) 2019/2161, consid. 18.

¹⁰⁷⁴ Dir. (UE) 2019/2161, art. 3 (1) (b) ; Dir. 2005/29/CE, art. 2 (m).

Le règlement P2B clarifie la définition en distinguant deux types de classements selon leurs fournisseurs : la priorité relative accordée aux biens ou services proposés en ce qui concerne les services d'intermédiation en ligne et la pertinence reconnue aux résultats de recherche s'agissant des moteurs de recherche en ligne¹⁰⁷⁵.

Cette double appréhension du classement est confirmée dans le règlement DMA qui, tout en élargissant la liste des fournisseurs, l'appréhende comme « *la priorité relative accordée aux biens ou services proposés par le biais de services d'intermédiation en ligne, de services de réseaux sociaux en ligne, de services de plateformes de partage de vidéos ou d'assistants virtuels, ou la pertinence reconnue aux résultats de recherche par les moteurs de recherche en ligne, tels qu'ils sont présentés, organisés ou communiqués par les entreprises fournissant des services d'intermédiation en ligne, des services de plateformes de partage de vidéos, des assistants virtuels ou des moteurs de recherche en ligne* »¹⁰⁷⁶.

Enfin, s'agissant de la directive DAMUN, celle-ci envisage « *l'organisation* » et « *la promotion* » des contenus « *y compris en les classant et en faisant une promotion ciblée parmi ceux-ci* »¹⁰⁷⁷. En revanche, le texte se concentre sur l'organisation et la promotion de ces derniers dans la définition donnée au fournisseur de services de partage de contenus en ligne¹⁰⁷⁸.

Par conséquent, le classement semble être la forme privilégiée de la recommandation numérique par le législateur, bien que des différences perdurent s'agissant des acteurs et des matières concernés.

b. La délicate distinction entre le classement et le référencement

290. La double approche des relations entre classement et référencement - Si classement et référencement apparaissent souvent ensemble, c'est parce qu'ils relèvent d'un même mécanisme de structuration des contenus. Il semble possible, et opportun, d'expliquer pourquoi ces deux termes vont souvent de pair. Leur distinction est de nature technique en droit européen (i), et de nature sectorielle en droit interne (ii).

¹⁰⁷⁵ Règl. P2B, art. 2 (8).

¹⁰⁷⁶ Règl. DMA, art. 2 (22).

¹⁰⁷⁷ Dir. DAMUN, consid. 62.

¹⁰⁷⁸ Dir. DAMUN, art. 2 (6).

i. Une distinction de nature technique en droit européen

291. Le référencement, une notion précédant le classement : l'exemple de la jurisprudence relative aux moteurs de recherche et aux places de marché - La notion de classement, au cœur de nombreux textes récents, n'est pas ignorée par la jurisprudence en vigueur antérieurement à leur adoption, même si le terme lui-même n'apparaît pas systématiquement dans les décisions. Les juges se réfèrent en effet au « *référencement* » qu'ils distinguent selon sa nature payante ou naturelle.

À propos du moteur de recherche Google, la CJUE opère une différence entre le référencement payant qui consiste à afficher des « *liens promotionnels à la suite de l'introduction par l'internaute d'un mot de recherche correspondant à la marque sélectionnée en tant que mot clé* » par l'annonceur moyennant rémunération et le référencement naturel au terme duquel « *l'ordre des résultats naturels découle de la pertinence des sites respectifs par rapport au mot de recherche introduit par l'internaute* » sans rémunération au profit de Google¹⁰⁷⁹. Les juges notent ensuite que « *lorsque l'internaute introduit le nom d'une marque en tant que mot de recherche, le site d'accueil et promotionnel du titulaire de ladite marque va apparaître dans la liste des résultats naturels et cela, normalement, sur l'un des premiers rangs de cette liste. Cet affichage, qui est en outre gratuit, a pour conséquence que la visibilité pour l'internaute des produits ou services du titulaire de la marque est garantie, indépendamment de la question de savoir si ce titulaire réussit ou non à faire également afficher, sur l'un des premiers rangs, une annonce dans la rubrique "liens commerciaux"* ». Le terme de classement qui apparaissait dans les conclusions de l'avocat général¹⁰⁸⁰ fait place à celui de référencement et d'affichage dans la décision.

Dans l'affaire *eBay*, la Cour se réfère également au référencement opéré par la place de marché en ligne sur le moteur de recherche Google¹⁰⁸¹ et évoque l'optimisation de la présentation des offres ou leurs promotions de nature à caractériser le rôle actif de la place de

¹⁰⁷⁹ CJUE, 23 mars 2010, aff. C-236/08 à C-238/08, *Sté Google c/ Sté Louis Vuitton Malletier*, §97 : JCP G 2010, note 642, L. Marino ; JCP G 2011, 1175, doct. F. Terré ; CCE 2010, comm. 88, note Ph. Stoffel-Munck ; *ibid.*, comm. 70, note Ch. Caron ; *ibid.*, étude 12, G. Bonet ; D. 2010, p. 885, obs. C. Manara ; RTD eur. 2010, p. 939, obs. E. Treppoz ; CCC 2010, comm. 132, note M. Malaurie-Vignal ; RLDI 2010/60, n° 1980, note L. Grynbaum ; RLDI 2010/61, n° 1999, note C. Castets-Renard ; Légipresse 2010, p. 158, note C. Maréchal ; Propr. industr. 2010, comm. 31, note P. Tréfigny-Goy.

¹⁰⁸⁰ CJUE, concl. M. Poiares Maduro, 22 sept. 2009, aff. C-236/08 à C-238/08, *Sté Google c/ Sté Louis Vuitton Malletier*, §9.

¹⁰⁸¹ CJUE, 12 juill. 2011, aff. C-324/09, *L'Oréal et a. c/ eBay International et a.*, §97.

marché en ligne¹⁰⁸², rôle actif qui, selon le Conseil d'État, ouvre une troisième voie entre le statut d'hébergeur, passif vis-à-vis des contenus stockés, et d'éditeur qui détermine les contenus eux-mêmes¹⁰⁸³.

292. Le référencement, opération essentiellement technique dans le numérique - Le référencement peut se définir comme « *l'ensemble des moyens qui permettent d'identifier des contenus et d'orienter l'utilisateur, grâce à des liens qui connectent sa recherche avec une liste de résultats pertinents* »¹⁰⁸⁴. Techniquement, s'agissant par exemple des moteurs de recherche et singulièrement Google, le référencement consiste à « *crawler* » le web, c'est-à-dire à utiliser un « *robot* » pour circuler entre les sites et leurs pages, puis indexer les contenus qui s'y trouvent en prenant en compte leur sujet, leur langue, leur contenu sémantique avant de les « *ranker* », c'est-à-dire de les classer suivant de nombreux critères. Le classement de Google repose sur l'utilisation d'algorithmes qui combinent divers critères, pas tous connus, comme le *PageRank*, c'est-à-dire le nombre de liens qui renvoie vers le site indexé, la présence dans les pages du site des mots-clefs tapés par l'internaute, leur mise en forme, etc. Enfin, les résultats sont restitués sous la forme d'une liste de sites en fonction de ces critères, auxquels il est possible d'accéder en cliquant sur les liens hypertextes créés à cet effet. Ces résultats sont dits naturels lorsque le moteur de recherche n'est pas rémunéré pour déterminer l'ordre des sites ou y inclure certains sites et se distinguent des résultats payants qui apparaissent en haut et séparément lorsque les mots-clefs tapés par l'internaute sont ceux que des annonceurs ont « *achetés* » auprès du moteur de recherche¹⁰⁸⁵.

Le référencement n'est pas propre aux moteurs de recherche. Leur particularité s'agissant de ces derniers, est leur périmètre d'activité dans la mesure où ils ont pour ambition de scanner l'ensemble des pages du web. Mais le référencement peut tout aussi bien être davantage local dans le cadre des recherches effectuées sur et au sein des sites eux-mêmes. Un

¹⁰⁸² *L'Oréal et a. c/ eBay International et a.*, §123.

¹⁰⁸³ Conseil d'État, *Etude annuelle 2014. Le numérique et les droits fondamentaux*, précit., p. 219 et s.

¹⁰⁸⁴ V.-L. BENABOU et al. (prés.), *Le référencement des œuvres sur Internet*, rapp. du CSPLA, juill. 2013, p. 3.

¹⁰⁸⁵ G. SIRE, *Les moteurs de recherche*, La Découverte, coll. Repères, 2016, p. 19 et s. ; B. SIMONNOT, *L'Accès à l'information en ligne. Moteurs, dispositifs et médiations*, Hermès Science Lavoisier, 2012 ; J. FARCHY, C. MÉADEL, « Moteurs de recherche et référencement : chassez le naturel ... », *Hermès* 2013/2, n° 66, p. 147 ; D. CARDON, « Dans l'esprit du PageRank. Une enquête sur l'algorithme de Google », *Réseaux* 2013/1, n° 177, p. 63 ; D. CARDON, « L'ordre du web », *Medium* 2011/4, n° 29, p. 191. La distinction entre référencement naturel, supposé neutre, et référencement payant, vu comme intéressé, n'est pas si aisée : G. SIRE, B. RIEDER, « Dans les ramifications de l'arbre hypertexte. Analyse des incitations générées par l'opacité du moteur Google », *French Journal for Media Research* 2015/3, accessible en ligne : <https://frenchjournalformediaresearch.com/lodel-1.0/main/index.php?id=468#bodyftn3>.

site de *e-commerce*, un réseau social, une plateforme de VOD proposent à leurs utilisateurs de rechercher directement des contenus en tapant des mots-clefs dans une barre de recherche.

293. Le référencement, phase immergée du classement - Si d'un point de vue technique, le référencement inclut le classement¹⁰⁸⁶, le règlement DMA fait du référencement, sans le nommer, une partie du classement. L'article 6 §5 dispose en effet que « *le contrôleur d'accès n'accorde pas, en matière de classement ainsi que pour l'indexation et l'exploration qui y sont liées, un traitement plus favorable aux services et produits proposés par le contrôleur d'accès lui-même qu'aux services ou produits similaires d'un tiers* ». Le considérant 51 précise à cet égard que l'exploration est un « *processus de découverte permettant de trouver des contenus nouveaux et mis à jour* » ce qui fait référence au *crawling*, et que l'indexation « *implique le stockage et l'organisation des contenus trouvés au cours du processus d'exploration* ».

En d'autres termes, le référencement n'est que la phase immergée du classement. Il suffit, pour s'en convaincre parfaitement, de se pencher sur la phase inverse du référencement à savoir le déréférencement dont la reconnaissance juridique en tant que droit opposable naît de l'arrêt *Google Spain* de la CJUE du 13 mai 2014¹⁰⁸⁷. Les juges y ont en effet considéré que l'activité du moteur de recherche « *est susceptible d'affecter significativement les droits fondamentaux au respect de la vie privée et à la protection des données à caractère personnel lorsque la recherche à l'aide de ce moteur est effectuée à partir du nom d'une personne physique, dès lors que ledit traitement permet à tout internaute d'obtenir par la liste de résultats un aperçu structuré des informations relatives à cette personne trouvables sur Internet, qui touchent potentiellement à une multitude d'aspects de sa vie privée* »¹⁰⁸⁸. Concrètement, la CJUE tranche en faveur du déréférencement, c'est-à-dire de la « *désindexation* »¹⁰⁸⁹ ou de la « *décorrélation* »¹⁰⁹⁰, qui « *n'implique pas d'effacer les données, mais d'effacer le résultat obtenu par le moteur de recherche, de manière à ce que les informations relatives à un individu ne soient plus liées à son nom dans la liste des résultats du*

¹⁰⁸⁶ C. MANARA, « Le droit d'auteur contre l'accès à l'information mondiale ? Le cas des moteurs de recherche », *RIDE* 2011/2, t. XXV, p. 143.

¹⁰⁸⁷ CJUE, 13 mai 2014, aff. C-131/12, *Google Spain* : D. 2014, p. 1476, note V.-L. Benabou et J. Rochfeld ; *ibid.*, p. 1481, note N. Martial-Braz et J. Rochfeld ; *RTD eur.* 2014, p. 879, étude B. Hardy ; *JCP E* 2014, 1326, note M. Griguer ; *ibid.*, 1327, note G. Busseuil ; *CCE* 2014, étude 13, note A. Debet ; *RLDI* 2014/106, n° 3535 note C. Castets-Renard ; *ibid.*, note D. Forest ; *ibid.*, n° 3537, note A. Casanova ; *RLDI* 2014/107, n° 3550, note O. Pignatari ; *ibid.*, n° 3569, note J. Le Clainche ; *RLDI* 2014/109, n° 3609, note R. Perray et P. Salen ; *Gaz. Pal.* 19 juin 2014, n° 170, p. 3, obs. C. Kleitz ; *ibid.*, n° 183, note G. de Malafosse ; *Légipresse* 2014, p. 319, chron. N. Mallet-Poujol ; *Expertises* 2015, p. 255, note G. Desgens-Pasanau.

¹⁰⁸⁸ *Google Spain*, §80.

¹⁰⁸⁹ L. GRYNBAUM *et al.*, *Droit des activités numériques*, Dalloz, coll. Précis, 2^{ème} éd., 2023, n° 1276.

¹⁰⁹⁰ E. GEFRAY, « La protection des données personnelles, élément clef à l'ère numérique », *Légipresse* 2014, p. 515.

moteur de recherche. Dès lors, c'est simplement l'accès à l'information qui devient peu aisé, mais l'information en elle-même est toujours disponible »¹⁰⁹¹.

ii. Une distinction de nature sectorielle en droit français

294. Le référencement, équivalent ou alternative au classement ? - Le référencement consiste en droit de la distribution *« dans la négociation par les agents du groupement ou de la centrale d'une offre de vente aux conditions les plus avantageuses possibles ; cette offre émanant d'un fournisseur éventuel ne peut avoir pour destinataire la centrale ou le groupement qui n'entendent conclure aucun contrat d'achat-vente de marchandises ; elle a, en conséquence, pour seuls destinataires les membres du groupement ou les affiliés de la centrale qui, alléchés par l'intérêt de l'offre [...] l'accepteront »¹⁰⁹².*

Le référencement était également présent aux côtés du classement dans le code de la consommation qui prévoyait *« qu'est qualifiée d'opérateur de plateforme en ligne toute personne physique ou morale proposant, à titre professionnel, de manière rémunérée ou non, un service de communication au public en ligne reposant sur le classement ou le référencement, au moyen d'algorithmes informatiques, de contenus, de biens ou de services proposés ou mis en ligne par des tiers »¹⁰⁹³.* La conjonction « ou » pouvait signifier que le classement et le référencement étaient soit des équivalents, soit des alternatives. Il était d'ailleurs intéressant que le « ou », présent dans la définition de l'opérateur de plateforme en ligne, cède la place au « et » dans l'obligation de loyauté qui lui était imposée s'agissant des conditions générales d'utilisation¹⁰⁹⁴.

En dépit de la loi SREN qui a supprimé cette disposition, des références au classement « ou » au référencement de contenus perdurent dans certains textes. Par exemple, l'article 6-4 alinéa 2 de la LCEN dispose que *« dans les mêmes conditions et pour la même durée, l'autorité administrative peut demander à l'exploitant d'un service reposant sur le classement ou le référencement, au moyen d'algorithmes informatiques, de contenus proposés ou mis en ligne*

¹⁰⁹¹ CH. FÉRAL-SCHUHL, *Cyberdroit. Le droit à l'épreuve de l'Internet (édition 2020/2021)*, Dalloz, coll. Praxis, 2021, 8^{ème} éd., n° 112-61.

¹⁰⁹² M.-E. ANDRÉ, « Le contrat de référencement. Reconnaissance jurisprudentielle », *Cah. dr. entr.* 1984, n° 2, p. 1.

¹⁰⁹³ C. consom., art. L. 111-7, I, 1° (ancien).

¹⁰⁹⁴ *Ibid.* Cette oscillation entre le « ou » et le « et » se retrouve également dans l'étude annuelle du Conseil d'État, *Étude annuelle 2014. Le numérique et les droits fondamentaux*, précit., 2014. V. également : Commission de réflexion et de propositions sur le droit et les libertés à l'âge du numérique (prés. C. Féral-Schuhl et C. Paul), précit.

par des tiers de faire cesser le référencement des adresses électroniques donnant accès aux services de communication au public en ligne ... »¹⁰⁹⁵.

295. L'insuffisance des critères de distinction proposés entre le référencement et le classement - Des tentatives de distinction entre le référencement et le classement semblaient dès lors mal aisées à opérer. Pour des auteurs, le classement consistait en « *la priorité accordée aux biens et services proposés par les services d'intermédiation ou la pertinence des résultats sur les moteurs de recherche* », reprenant les définitions données par le droit européen, tandis que le référencement se matérialisait sous deux formes : « *le référencement naturel qui fonctionne grâce à l'identification des liens les plus pertinents pour la recherche d'un utilisateur par les moteurs de recherche ; le référencement payant qui permet aux annonceurs d'obtenir une meilleure visibilité contre rémunération* »¹⁰⁹⁶. La Commission des lois saisie à l'occasion de l'examen du projet de loi pour une République numérique semblait également différencier le classement opéré par les moteurs de recherche et le référencement établi par les sites de référencement, « *c'est-à-dire les sites proposant une application permettant de trouver des ressources à partir d'une requête sous forme de mots* »¹⁰⁹⁷. Cette distinction apparaissait plus que nébuleuse dans la mesure où ces deux procédés fonctionnent techniquement de la même manière.

Un autre critère de distinction pouvait résider dans la source contractuelle du référencement. « *Moyennant une redevance, les moteurs de recherche permettent une publicité sur leurs pages* », c'est-à-dire que « *les liens commerciaux de l'annonceur (principalement l'adresse électronique de son site) apparaissent sur la page du résultat du moteur de recherche, lorsqu'il existe une concordance entre les mots de la requête de l'internaute et des mots-clés convenus entre l'annonceur et l'exploitant du moteur de recherche* »¹⁰⁹⁸. Ce critère contractuel apparaissait également dans le rapport de la Commission mixte paritaire relatif au projet de loi pour une République numérique dans lequel un député considère que « *l'existence d'une relation contractuelle inclut forcément un référencement* »¹⁰⁹⁹. Pour autant, cette distinction selon la source contractuelle du référencement – et donc son caractère payant – et la

¹⁰⁹⁵ V. également L. n° 47-585 relative au statut des entreprises de groupage et de distribution des journaux et publications périodiques, art. 15.

¹⁰⁹⁶ N. TARDIF, E. MURGUET, « Classement, référencement et plateformes : les outils de prévention et de répression », *Dalloz IP/IT* 2023, p. 568.

¹⁰⁹⁷ AN, rapp. n° 3399 de L. Belot sur le projet de loi pour une République numérique, précit., p. 51.

¹⁰⁹⁸ PH. LE TOURNEAU, *Contrats du numérique 2025/2026*, Dalloz, coll. Dalloz Référence, 13^{ème} éd., 2025, p. 671, n° 431.11.

¹⁰⁹⁹ AN, rapp. n° 3902, Sénat, rapp. n° 743, rapp. de L. Belot et de Ch.-A. Frassa sur les dispositions restant en discussion du projet de loi pour une République numérique, 29 juin 2016, p. 22.

source extra-contractuelle – et donc son caractère non payant – du classement n'était pas pertinente, le référencement pouvant être payant ou naturel¹¹⁰⁰.

296. Une distinction en réalité doublement sectorielle entre le référencement et le classement - Le critère opérant entre le classement et le référencement est en réalité sectoriel et de façon double : par la matière juridique qu'il concerne, et les acteurs qu'il vise en son sein.

Comme l'indiquait le rapport de la Commission mixte paritaire relatif au projet de loi pour une République numérique, le terme de référencement « *permet d'inclure les comparateurs de prix* »¹¹⁰¹, ce que confirme la loi SREN. Son article 52 a modifié l'article L. 111-7 du code de la consommation en supprimant le I qui posait une définition des opérateurs de plateformes en ligne dont ceux dont l'activité consistait à classer ou référencer. Le II, qui pose une obligation de transparence, subsiste mais restreint les acteurs concernés puisque sont visés les fournisseurs de place de marché en ligne ou de comparateur en ligne. Cette obligation de transparence porte notamment sur « *les conditions générales d'utilisation du service d'intermédiation qu'il propose et sur les modalités de classement ainsi que, s'agissant des comparateurs en ligne, de référencement et de déréférencement des contenus, des biens ou des services auxquels ce service permet d'accéder* »¹¹⁰². Autrement dit, le classement concerne les fournisseurs de place de marché en ligne tandis que le référencement s'attache aux fournisseurs de comparateurs en ligne. Il faut y voir un maintien, voire une résurgence de l'attention apportée par le législateur français aux services de comparaison déjà dans le viseur de la jurisprudence dans la mesure où ils laissent entendre qu'ils exercent une comparaison objective sans informer le consommateur qu'ils sont rémunérés par les commerçants dont ils référencent les produits¹¹⁰³, jurisprudence confortée à l'époque par l'article 147 de la loi Hamon du 17 mars 2014¹¹⁰⁴.

297. Une distinction indifférente en dehors du droit de la consommation - La distinction entre classement et référencement semblait inopérante dans la mesure où l'expression « *classement ou référencement* » était reprise dans de nombreux textes qui n'étaient pas

¹¹⁰⁰ V. *supra* n° 291.

¹¹⁰¹ AN, rapp. n° 3902, Sénat, rapp. n° 743, rapp. de L. Belot et de Ch.-A. Frassa sur les dispositions restant en discussion du projet de loi pour une République numérique, précit., p. 22.

¹¹⁰² C. consom., art. L. 111-7, II, 1°.

¹¹⁰³ Cass. com., 29 nov. 2011, n° 10-27.402, *Kelkoo* : CCC 2012, comm. 56, obs. G. Raymond ; *Propr. ind.* 2012, comm. 28, note J. Larrieu – Cass. com., 4 déc. 2012, n° 11-27.729, *Le Guide* : CCC 2013, comm. 68, obs. G. Raymond ; *ibid.*, comm. 14, obs. G. Loiseau.

¹¹⁰⁴ Sur la question des faux comparateurs de prix, v. : L. GRYNBAUM *et al.*, *Droit des activités numériques*, Dalloz, coll. Précis, 2^{ème} éd., 2023, n° 230 et s.

proprement consuméristes comme la loi relative à la lutte contre la manipulation de l'information¹¹⁰⁵. Aujourd'hui encore, LCEN y fait référence¹¹⁰⁶, comme la loi relative au statut des entreprises de groupage et de distribution des journaux et publications périodiques¹¹⁰⁷. Le maintien du terme de référencement en droit français qui serait réservé à un acteur en particulier ne doit donc pas faire oublier que « *le référencement est de la nature de la "toile", sa clé de voûte, car seul il permet d'assurer la publicité de son contenu au sein de l'immensité des données qu'elle véhicule. Il assure la diffusion des informations et, dans le commerce par voie électronique, les ventes de produits et les prestations de services* »¹¹⁰⁸. Le référencement conditionne la « *découvrabilité* »¹¹⁰⁹ et donc à l'accès aux contenus.

2. L'intégration du classement à la recommandation numérique

298. L'emboîtement du classement à la recommandation numérique - Les textes oscillent entre assimilation, distinction et recoupement des notions de classement et de recommandation. Tantôt le classement semble absorber la recommandation, tantôt la recommandation englobe le classement. Si leur analyse révèle l'existence de liens ténus entre ces deux notions (i), il est néanmoins possible de les distinguer (ii).

i. Des relations ténues entre classement et recommandation numérique

299. La confusion textuelle entre classement et recommandation avant la loi SREN - L'analyse de certains textes, aujourd'hui modifiés, sous-entendait une distinction entre le classement et la recommandation. La loi relative à la lutte contre la manipulation de

¹¹⁰⁵ L. n° 2018-1202 du 22 déc. 2018 relative à la lutte contre la manipulation de l'information, art. 14 (ancien).

¹¹⁰⁶ LCEN, art. 6-4.

¹¹⁰⁷ L. n° 47-585 du 2 avr. 1947 relative au statut des entreprises de groupage et de distribution des journaux et publications périodiques, art. 15, II.

¹¹⁰⁸ PH. LE TOURNEAU, *Contrats du numérique 2025/2026*, op. cit., p. 669, n° 43.05.

¹¹⁰⁹ Observatoire de la Culture et des Communications du Québec, *État des lieux sur les métadonnées relatives aux contenus culturels*, Institut de la statistique du Québec, Gouvernement du Québec, oct. 2017, p. 10. Au sens strict, la découvrabilité désigne la capacité à trouver ce que l'on recherche précisément mais peut également désigner la capacité d'un contenu connexe à ce que l'on cherche à « émerger » spontanément lors d'une recherche en ligne. Plus généralement, la découvrabilité d'un contenu peut se définir comme « *sa disponibilité en ligne et sa capacité à être repéré parmi un vaste ensemble d'autres contenus, notamment par une personne qui n'en faisait pas la recherche* » : Ministère de la Culture et des Communications du Québec, Ministère de la Culture de France, *Rapport de la mission franco-qubécoise sur la découvrabilité en ligne des contenus culturels francophones*, 2020, p. 5. Si le terme se réfère aux contenus culturels, il peut tout à fait être transposé aux contenus en général.

l'information par exemple évoquait les opérateurs de plateformes en ligne tels que définis par le code électoral – lequel renvoyait à la définition donnée par le code de la consommation – qui « *recourent à des algorithmes de recommandation, classement ou référencement de contenus d'information* »¹¹¹⁰ sous-entendant encore que les termes étaient soit alternatifs, soit équivalents. Or, la loi SREN a supprimé cette disposition dans la mesure où elle excédait ce qu'impose le règlement DSA¹¹¹¹. En effet, la loi relative à la manipulation de l'information concerne spécifiquement « *les fausses informations* »¹¹¹² tandis que le règlement DSA vise les contenus « *illicites* ». S'agissant de l'article 14 alors en vigueur, l'obligation de transparence concernait l'hypothèse d'un accès direct à un contenu sans recours à un algorithme, celle d'un accès *via* un moteur de recherche interne à une plateforme et celle d'un accès *via* un autre algorithme de recommandation, classement ou référencement. Or, le règlement DSA s'attache à la transparence des seuls systèmes de recommandation¹¹¹³, ce qui aurait sous-entendu une restriction de la recommandation sans pour autant que les critères de distinction entre ces notions n'aient été explicités.

300. Le classement, mode de recommandation au sens du règlement DSA - Certaines formulations semblent pourtant faire du classement un mode de recommandation. Au sens du règlement DSA, le système de recommandation est en effet défini comme un « *système entièrement ou partiellement automatisé utilisé par une plateforme en ligne pour suggérer sur son interface en ligne des informations spécifiques aux destinataires du service ou pour hiérarchiser ces informations, notamment à la suite d'une recherche lancée par le destinataire du service ou en déterminant de toute autre manière l'ordre relatif ou d'importance des informations affichées* »¹¹¹⁴. Le considérant 70 insiste de son côté sur la place essentielle tenue par « *la manière dont les informations sont hiérarchisées et présentées sur l'interface en ligne d'une plateforme en ligne* » qui peut consister à « *suggérer, classer et hiérarchiser les informations de manière algorithmique, en les distinguant par le texte ou par d'autres représentations visuelles, ou en organisant de toute autre manière les informations fournies par les destinataires* »¹¹¹⁵. La hiérarchisation de contenus, c'est-à-dire leur classement

¹¹¹⁰ L. n° 2018-1202 du 22 déc. 2018 relative à la lutte contre la manipulation de l'information, art. 14 (ancien).

¹¹¹¹ AN, rapp. n° 1674 de P. Midy sur le projet de loi visant à sécuriser et réguler l'espace numérique, 21 sept. 2023, art. 29.

¹¹¹² Avec toutes les difficultés que représente cette qualification : PH. MOURON, « De la rumeur aux fausses informations. Remarques sur la proposition de loi relative à la lutte contre la manipulation de l'information », *Légicom* 2018, p. 53.

¹¹¹³ Projet de loi visant à sécuriser et à réguler l'espace numérique, étude d'impact, 9 mai 2023, p. 274.

¹¹¹⁴ Règl. DSA, art. 3 (s).

¹¹¹⁵ Règl. DSA, consid. 70.

qui consiste à définir un ordre de priorité ou de pertinence à des contenus, est donc un mode de recommandation.

301. Le classement, mode de recommandation selon le Conseil d'État - De son côté, le Conseil d'État constate que « *nombre de plateformes ne se contentent pas de stocker passivement les offres des sociétés tierces ou les contenus mis en ligne, elles les organisent en les indexant et en faisant le cas échéant des recommandations personnalisées aux internautes* »¹¹¹⁶. De même, dans son étude consacrée aux réseaux sociaux, il évoque « *les algorithmes de tri et de recommandation* » et l'intervention de la plupart des réseaux sociaux « *sur l'agencement des contenus, soit qu'ils les classent et en recommandent certains aux utilisateurs, soit qu'ils les « modèrent » en les supprimant ou les « invisibilisant* »¹¹¹⁷. Ce faisant, le classement inclurait la recommandation.

ii. La distinction du classement et de la recommandation

302. Le rejet du critère du mode de communication - Un premier critère de distinction entre le classement et la recommandation pourrait résider dans ses modalités de communication. À cet égard, le règlement DSA évoque le rôle actif de l'utilisateur comme un élément indifférent à la qualification de la recommandation. Celle-ci peut faire suite à une recherche d'un utilisateur mais cela reste une possibilité ce dont l'adverbe « *notamment* » témoigne¹¹¹⁸.

Cette référence au rôle actif n'apparaît pas dans les textes relatifs au classement en droit européen et n'apparaissait pas en droit interne avant la loi SREN lorsque le droit de la consommation traitait spécifiquement des classements par les opérateurs de plateformes¹¹¹⁹. D'un côté, cela ouvre la porte à son indifférence. De l'autre, il peut être soutenu qu'il est en réalité sous-entendu. Si cela semble évident pour les résultats de recherche qui sont la conséquence d'une requête, cela est plus contestable pour ce qui est de la priorité accordée aux

¹¹¹⁶ Conseil d'État, *Étude annuelle 2014. Le numérique et les droits fondamentaux*, La Documentation Française, 2014, p. 219.

¹¹¹⁷ Conseil d'État, *Étude annuelle 2022. Les réseaux sociaux : enjeux et opportunités pour la puissance publique*, La Documentation Française, 2022, p. 45.

¹¹¹⁸ Règl. DSA, art. 3 (s).

¹¹¹⁹ C. consom., art. L. 111-7, I, 1^o (ancien).

biens ou services dont on imagine qu'ils font suite à une recherche mais dont on ne peut exclure la possibilité qu'ils n'y fassent pas suite.

303. Le rejet du critère de personnalisation - Un autre critère envisageable semble pouvoir résider dans le caractère personnalisé de la recommandation par rapport au classement. Le Conseil d'État note en effet que le pouvoir de prescription des plateformes sur l'accès aux biens et services « *s'exerce souvent par l'application d'un algorithme classant les services tiers ou les proposant de manière personnalisée à l'internaute* »¹¹²⁰ et emploie l'expression de « *recommandations personnalisées* »¹¹²¹. Dans son étude consacrée aux réseaux sociaux, il relève l'omniprésence du service qui consiste en « *la recommandation automatisée qui utilise également les algorithmes d'apprentissage pour personnaliser ces contenus* »¹¹²². Le CNNum quant à lui évoque également les algorithmes destinés à la « *personnalisation, au classement et au référencement* »¹¹²³. Il est vrai qu'à certains égards, la recommandation en tant que « *conseil* » sous-entend une prise en compte du destinataire.

Pour autant, ce critère semble bien fragile. En effet, le règlement DSA mentionne explicitement que le système de recommandation peut consister à suggérer « *des informations spécifiques aux destinataires du service* » ou « *hiérarchiser ces informations* ». Mais la suite de l'article ouvre la porte à des recommandations qui ne seraient pas spécifiques à l'utilisateur puisqu'il envisage qu'elles consistent à déterminer « *de toute autre manière l'ordre relatif ou d'importance des informations affichées* »¹¹²⁴. Le considérant 70 va en ce sens lorsqu'il évoque les paramètres des systèmes de recommandation qui « *devraient inclure au moins les critères les plus importants utilisés pour déterminer les informations suggérées au destinataire du service et les raisons de leur importance respective, y compris lorsque les informations sont hiérarchisées sur la base du profilage et du comportement en ligne des destinataires* ». « *Y compris* », mais pas exclusivement, la recommandation peut être personnalisée ou non personnalisée. Aucun texte relatif au classement, que ce soit en droit européen ou en droit interne, n'évoque cette possibilité, ce qui plaide pour l'indifférence de ce critère.

¹¹²⁰ Conseil d'État, *Étude annuelle 2014. Le numérique et les droits fondamentaux*, précit., p. 216.

¹¹²¹ *Ibid.*, p. 219.

¹¹²² Conseil d'État, *Étude annuelle 2022. Les réseaux sociaux : enjeux et opportunités pour la puissance publique*, précit., p. 46.

¹¹²³ CNNum, *Ambition numérique. Pour une politique française et européenne de la transition numérique*, rapp. remis au Premier Ministre, juin 2015, p. 64.

¹¹²⁴ Règl. DSA, art. 3 (s).

304. L'admission du critère du périmètre : le classement, manifestation économique de recommandation - L'analyse des textes, des diverses études et rapports révèle des liens ambigus entre le classement et la recommandation, soit que le classement intègre la recommandation, soit que la recommandation relève du classement.

Il semble en réalité que les deux se distinguent par leur périmètre, le classement étant connoté par son inclusion dans des matières marquées économiquement – consommation, concurrence – tandis que l'appréhension de la recommandation porte en elle une certaine transversalité. Pour preuve, les dispositions actuelles du code de la consommation mentionnant le classement depuis la loi SREN réservent ce terme aux places de marché¹¹²⁵. Même avant l'adoption de la loi SREN, l'expression « *le classement ou le référencement* » était reprise par renvoi dans des textes non consuméristes¹¹²⁶. Mais son siège résidant en droit de la consommation, cela invite donc à une sectorialisation du classement.

En droit européen, il n'est certainement pas innocent que le terme de « *classement* », pourtant explicitement utilisé et défini dans la directive Omnibus et les règlements P2B et DMA, soit absent du règlement DSA. En effet, ce texte s'attache aux « *services numériques* » et non aux rapports entre professionnels et consommateur ou aux rapports entre professionnels et plateformes aux « *marchés numériques* ». De même, si le classement en droit français concerne les « *contenus* », « *les biens* » et les « *services* »¹¹²⁷, les textes européens se focalisent sur les « *produits* »¹¹²⁸, les « *biens* » et les « *services* »¹¹²⁹. Quant au règlement DSA, celui-ci s'attache aux « *informations* », c'est-à-dire aux « *contenus* ». Dès lors, la recommandation apparaît plus transversale que le classement et peut concerner les « *tops des ventes* », les « *articles les plus lus* », « *les vidéos les plus streamées* », mais également les fils d'actualités qui « *verticalisent* » les contenus sur les réseaux sociaux.

B. L'ordonnancement de contenus, forme générique de la recommandation numérique

305. La profusion sémantique en dehors de la hiérarchisation - La lecture des différentes études et rapports met en évidence une profusion sémantique autour des recommandations numériques avant le vote du DSA. En dehors de la hiérarchisation, il est en effet fait référence

¹¹²⁵ C. consom., art. L. 111-7, II, 1°.

¹¹²⁶ V. *supra* n° 294.

¹¹²⁷ C. consom., art. L. 111-7, II, 1° et 2°. V. l'ancien article L. 111-7, I du code de la consommation, supprimé par la loi SREN.

¹¹²⁸ Dir. (UE) 2019/2161, art. 3 (1) (b) ; Dir. 2005/29/CE, art. 2 (m).

¹¹²⁹ Règl. P2B, art. 2 (8) ; Règl. DMA, art. 2 (22).

au pouvoir de prescription des plateformes en ligne¹¹³⁰, à la présentation¹¹³¹, à l'agencement¹¹³², à l'ordre d'apparition¹¹³³, à l'éditorialisation¹¹³⁴, à la structuration¹¹³⁵, à la classification des contenus¹¹³⁶, à l'organisation¹¹³⁷, à la sélection¹¹³⁸ voire à l'ordonnancement¹¹³⁹ des contenus.

306. La hiérarchisation de contenus, forme tardive de la recommandation numérique dans le règlement DSA - Dans un document accompagnant la proposition de règlement sur les services numériques, la Commission européenne définit les systèmes de recommandation comme des « *systèmes algorithmiques utilisés par des plateformes en ligne pour donner la priorité à des contenus ou des offres, facilitant leur découverte par les utilisateurs. Les systèmes de recommandation obéissent à une variété de critères et de design, parfois personnalisés pour les utilisateurs, fondés sur leur historique de navigation, profils, etc., parfois fondés uniquement sur l'analogie entre contenus ou leurs évaluations* »¹¹⁴⁰. Cette

¹¹³⁰ Conseil d'État, *Étude annuelle 2014. Le numérique et les droits fondamentaux*, précit., p. 39 ; CNNum, *Ambition numérique. Pour une politique française et européenne de la transition numérique*, rapport remis au Premier Ministre, juin 2015, p. 58.

¹¹³¹ Conseil d'État, *Étude annuelle 2014. Le numérique et les droits fondamentaux*, précit. ; Conseil d'État, *Étude annuelle 2022. Les réseaux sociaux : enjeux et opportunités pour la puissance publique*, précit., p. 61 ; CNNum, *Ambition numérique. Pour une politique française et européenne de la transition numérique*, précit., p. 59 ; Mission de régulation des réseaux sociaux, *Créer un cadre français de responsabilisation des réseaux sociaux : agir en France avec une ambition européenne*, rapp. remis au Secrétaire d'État en charge du numérique, mai 2019, p. 7 ; V.-L. BENABOU, J. FARCHY (prés.), *Les dispositifs de recommandation des œuvres audiovisuelles et musicales sur les services en ligne*, rapp. de mission à l'attention du CSPLA, déc. 2021, p. 11.

¹¹³² Conseil d'État, *Étude annuelle 2022. Les réseaux sociaux : enjeux et opportunités pour la puissance publique*, précit., p. 45.

¹¹³³ Mission de régulation des réseaux sociaux, *Créer un cadre français de responsabilisation des réseaux sociaux : agir en France avec une ambition européenne*, précit. p. 9 ; Conseil d'État, *Étude annuelle 2022. Les réseaux sociaux : enjeux et opportunités pour la puissance publique*, précit., p. 45.

¹¹³⁴ Mission de régulation des réseaux sociaux, *Créer un cadre français de responsabilisation des réseaux sociaux : agir en France avec une ambition européenne*, précit., p. 9

¹¹³⁵ *Ibid.*

¹¹³⁶ V.-L. BENABOU, J. FARCHY (prés.), *Les dispositifs de recommandation des œuvres audiovisuelles et musicales sur les services en ligne*, précit., p. 14.

¹¹³⁷ Conseil d'État, *Étude annuelle 2014. Le numérique et les droits fondamentaux*, précit., p. 219 ; CNNum, *Ambition numérique. Pour une politique française et européenne de la transition numérique*, précit., p. 59 ; CSA, Recommandation n° 2019-03 du 15 mai 2019 aux opérateurs de plateforme en ligne dans le cadre du devoir de coopération en matière de lutte contre la diffusion de fausses informations, p. 3.

¹¹³⁸ CSA, Recommandation n° 2019-03 du 15 mai 2019 aux opérateurs de plateforme en ligne dans le cadre du devoir de coopération en matière de lutte contre la diffusion de fausses informations, p. 3 ; V.-L. BENABOU, J. FARCHY (prés.), *Les dispositifs de recommandation des œuvres audiovisuelles et musicales sur les services en ligne*, précit., p. 11.

¹¹³⁹ CSA, Recommandation n° 2019-03 du 15 mai 2019 aux opérateurs de plateforme en ligne dans le cadre du devoir de coopération en matière de lutte contre la diffusion de fausses informations, p. 3 ; Mission de régulation des réseaux sociaux, *Créer un cadre français de responsabilisation des réseaux sociaux : agir en France avec une ambition européenne*, précit., p. 7 ; Conseil d'État, *Étude annuelle 2022. Les réseaux sociaux : enjeux et opportunités pour la puissance publique*, précit., p. 45.

¹¹⁴⁰ Commission européenne, *Commission Staff Working Document, Impact Assessment accompanying the Proposal for a Regulation of the European Parliament and of the Council on a Single Market for Digital Services (Digital Services Act) and amending Directive 2000/31/CE*, SWD(2020) 348 final, 15 déc. 2020, p. 4.

définition fait écho dans une certaine mesure à celle du classement par le recours aux termes « *d'offres* » et de « *priorité* », sans la dimension hiérarchique.

Dans la proposition de règlement elle-même, le système de recommandation est défini comme « *un système entièrement ou partiellement automatisé utilisé par une plateforme en ligne pour suggérer dans son interface en ligne des informations spécifiques aux bénéficiaires du service, notamment à la suite d'une recherche lancée par le bénéficiaire ou en déterminant de toute autre manière l'ordre relatif des informations affichées* »¹¹⁴¹. Cette dernière définition est plus neutre en ce qu'elle vise uniquement des « *informations* » et ne fait pas référence à la priorité qui peut leur être donnée. La lecture conjointe avec la première définition permet d'éclairer la structure de l'article puisque l'on comprend qu'il y a d'un côté les recommandations personnalisées qui peuvent faire suite ou non à une recherche de la part de l'utilisateur, de l'autre les recommandations non personnalisées. Il est patent à ce stade que le terme de classement ou de hiérarchisation est absent des définitions mais bien présent dans le considérant 62 qui évoque « *la manière dont les informations sont hiérarchisées* », qui peut consister à « *classer et hiérarchiser* ».

Les amendements déposés à propos de la définition des systèmes de recommandation témoignent d'une volonté mais également d'une difficulté à appréhender la forme de la recommandation numérique au regard des modifications proposées, notamment en ce qui concerne la première partie de la définition du système de recommandation utilisé pour « *classer* », « *hiérarchiser* » et « *suggérer* »¹¹⁴², « *pour suggérer, classer, hiérarchiser ou organiser* »¹¹⁴³, pour « *suggérer, classer ou hiérarchiser* »¹¹⁴⁴, « *pour suggérer, classer, hiérarchiser, sélectionner et afficher* »¹¹⁴⁵, pour « *suggérer, classer, hiérarchiser ou organiser* »¹¹⁴⁶ ou enfin pour « *suggérer, classer ou organiser* »¹¹⁴⁷.

¹¹⁴¹ Proposition de règlement du PE et du Conseil relatif à un marché intérieur des services numériques (législation sur les services numériques) et modifiant la directive 2000/31/CE, COM(2020) 825 final, 15 déc. 2020, art. 2 (o).

¹¹⁴² Amendement 72, Parlement européen, Commission de l'industrie, de la recherche et de l'énergie, 2020/0361(COD), 29 sept. 2021.

¹¹⁴³ Amendement 56, Parlement européen, Commission des libertés civiles, de la justice et des affaires intérieures, 2020/0361(COD), 28 juill. 2021.

¹¹⁴⁴ Amendement 33, Parlement européen, Commission des transports et du tourisme, 2020/0361(COD), 30 sept. 2021.

¹¹⁴⁵ Amendement 66, Parlement européen, Commission de la culture et de l'éducation, 2020/0361(COD), 5 oct. 2021.

¹¹⁴⁶ Amendement 102, Parlement européen, Commission des affaires juridiques, 2020/0361 (COD), 11 oct. 2021.

¹¹⁴⁷ Amendement 123, Projet de résolution législative du Parlement européen sur la proposition de règlement du Parlement européen et du Conseil relatif à un marché unique des services numériques (législation sur les services numériques) et modifiant la directive 2000/31/CE (COM(2020)0825 – C9-0418/2020 – 2020/0361(CNS))

307. La nature architecturale de la recommandation numérique - À la lecture du règlement DSA et des études et rapports précités, la hiérarchisation de contenus n'est donc pas la seule forme de recommandation, bien que certaines distinctions semblent ténues.

Le règlement DSA semble distinguer les suggestions et hiérarchisations de contenus de l'ordre relatif des contenus, lequel fait penser à une priorisation, c'est-à-dire également à une hiérarchisation. En première intention, la distinction entre ces deux formes de recommandations semble ne résider que dans le caractère personnalisé des premières et non personnalisé des secondes.

Il convient en réalité de donner un sens plus large au terme d'ordre, qui peut faire référence à « *l'arrangement* », la « *disposition régulière des choses les unes par rapport aux autres* », « *la relation nécessaire qui règle l'organisation d'un tout en ses parties* »¹¹⁴⁸. En cela, le terme est proche de l'ordonnancement en tant que « *disposition, mise en forme* » et renvoie aux termes d'organisation, agencement, présentation, structuration. Cet ordonnancement généralisé des contenus, quel que soit le nom qu'on lui donne, constitue une façon particulière d'architecturer un espace numérique pour accéder à des contenus, donner une cohérence à une masse informationnelle. Dès lors, la recommandation peut être hiérarchisée, à l'instar des classements, des fils d'actualités, mais peut également prendre la forme de rubriquage, de classification de contenus.

Cette matérialisation a d'ailleurs été traitée dans l'arrêt *YouTube et Cyando* rendu le 22 juin 2021 par la CJUE et dans lequel elle a considéré que YouTube effectuait certes « *un traitement des résultats de recherche sous forme de listes de classement et de rubriques de contenus* » et présentées « *aux utilisateurs enregistrés un aperçu de vidéos recommandées en fonction des vidéos déjà visualisées par ces utilisateurs* » bien que « *ces listes de classement, ces rubriques de contenus et ces aperçus de vidéos recommandées ne visent pas à faciliter le partage illicite de contenus protégés ni à promouvoir de tels partages* »¹¹⁴⁹.

¹¹⁴⁸ V° Ordre, I, *Dictionnaire de l'Académie française*, 9^{ème} éd., accessible en ligne : <https://www.dictionnaire-academie.fr/article/A9O0676>.

¹¹⁴⁹ CJUE, 22 juin 2021, aff. jtes C-682/18 et C-683/18, *YouTube et Cyando* : CCE 2021, comm. 62, note G. Loiseau et comm. 61, note P. Kamina ; *Dalloz IP/IT* 2022, p. 448, obs. P. Sirinelli ; *RTD eur.* 2021, p. 991, obs. E. Treppoz.

§2. L'effet de la recommandation numérique : une suggestion de contenus

308. Le paradoxe de la recommandation - Tout comme la combinaison de signes porte en elle leur signification, la forme de la recommandation numérique produit en elle-même son effet. Cette prédominance de l'effet suggestif de la recommandation numérique (A) révèle néanmoins des insuffisances (B).

A. La prédominance de l'effet suggestif de la recommandation numérique

309. L'insistance de la suggestion dans la définition de la recommandation numérique au sens du règlement DSA et de la directive Omnibus - Contrairement aux textes relatifs au classement, le règlement DSA accorde une place centrale à la suggestion, bien qu'il soit difficile de déterminer quelle place elle occupe exactement. En première intention, il est possible de considérer la suggestion comme l'effet de la recommandation, c'est-à-dire l'effet du classement ou de l'organisation des contenus, en bref de la manière dont les informations sont délivrées à l'utilisateur.

Cette prédominance de l'effet est sensible dans le règlement DSA dans la mesure où le texte a justement pour objet de contrebalancer les impacts potentiellement néfastes des recommandations sur les utilisateurs. À ce titre, le considérant 70 affirme qu'elles « *peuvent avoir une incidence significative sur la capacité des destinataires à récupérer les informations en ligne et à interagir avec elles, y compris pour faciliter la recherche d'informations pertinentes pour les destinataires du service et contribuer à améliorer l'expérience utilisateur* » et « *jouent également un rôle important dans l'amplification de certains messages, la diffusion virale de l'information et la stimulation du comportement en ligne* ».

En matière économique, la directive Omnibus rappelle dans un considérant que « *les consommateurs s'appuient de plus en plus sur les avis et les recommandations d'autres consommateurs lorsqu'ils prennent des décisions d'achat* »¹¹⁵⁰. La référence au rôle suggestif de la recommandation est déterminante dans leur caractérisation, qu'elle impacte l'attitude ou le comportement de l'utilisateur. S'agissant du comportement en particulier, cela ouvre la voie à un effet suggestif qui n'est pas forcément identifiable par les récepteurs des recommandations.

¹¹⁵⁰ Dir. (UE) 2019/2161, consid. 47.

310. Des recommandations numériques patentes ... - Lorsque l'utilisateur émet une requête sur un moteur de recherche en ligne généraliste ou sur un espace numérique disposant d'une fonctionnalité recherche, il s'attend à voir affichée une liste de résultats correspondant à ce qu'il recherche.

Ce rôle actif de l'utilisateur est expressément prévu par le règlement P2B¹¹⁵¹, le règlement DSA¹¹⁵² et implicitement dans le règlement DMA qui évoque les « *requêtes* » des utilisateurs¹¹⁵³. Les résultats de recherche en ligne, sur des moteurs de recherche ou au sein d'autres espaces numériques, appartiennent donc à la catégorie des recommandations explicites parce que désirées par l'utilisateur.

La recommandation peut également être explicite parce qu'elle énonce son propre statut de recommandation à l'exemple des « *vidéos les plus vues* », « *tops des ventes* », « *titres de la semaine* », « *les utilisateurs les mieux notés* », « *les avis les plus utiles* », « *vous pourriez aimer* ». La recommandation s'adresse ainsi à l'utilisateur afin que ce dernier la considère telle qu'elle est : une suggestion. L'énonciation a donc pour seule fonction d'identifier la recommandation et un parallèle peut être ici fait avec la publicité. Si cette dernière n'est pas identifiée comme telle, elle n'en reste pas moins une publicité mais une publicité illicite, car clandestine¹¹⁵⁴. La conscientisation – par action volontaire de la part de l'utilisateur ou par énonciation – n'est donc pas une condition d'existence de la recommandation.

311. ... aux recommandations numériques latentes - La recommandation peut donc être patente lorsqu'elle est « *surlignée* » ou désirée par son destinataire. Elle peut même être latente lorsqu'elle est totalement invisible. Mais son existence n'est pas remise en cause. C'est en ce sens que le DSA précise que la recommandation peut faire suite « *notamment* » à une recherche lancée par le destinataire, ce qui signifie que cette hypothèse n'est pas exclusive¹¹⁵⁵.

Les fils d'actualités sont l'exemple typique de recommandation à laquelle est confronté chaque utilisateur d'un réseau social et, ce, lors de sa connexion. Les contenus de tous ordres – textes, vidéos, liens hypertextes – sont présentés verticalement dans une logique qui reste, dans le détail, extrêmement floue. S'agissant du *Edge Rank* à l'œuvre sur Facebook par exemple, l'algorithme de classement tient compte des liens forts et faibles que le membre entretient avec d'autres membres pour afficher de préférence des contenus provenant de ces derniers, des

¹¹⁵¹ Règl. P2B, art. 2 (5).

¹¹⁵² Règl. DSA, art. 3 (s).

¹¹⁵³ Règl. DMA, art. 11 §10.

¹¹⁵⁴ V. *supra* n° 234 et s.

¹¹⁵⁵ Règl. DSA, art. 3 (s).

contenus sur lesquels il a précédemment cliqué, qu'il a *likés* ou commentés, des contenus sur lesquels ses « amis » ont également cliqué, qu'ils ont *likés* et commentés, du temps passé à consulter un contenu sur la plateforme, de son historique de recherche, de ses centres d'intérêt déclarés ou inférés de sa navigation, etc. Le critère du classement n'est donc pas tant la fraîcheur des contenus qui en font l'objet que leur pertinence vis-à-vis d'un utilisateur donné¹¹⁵⁶.

Par ailleurs, il n'est pas rare que des espaces numériques mêlent recommandations énoncées et recommandations non énoncées afin de multiplier les itinéraires de navigation de leurs utilisateurs. De ce point de vue, l'énonciation peut avoir pour fonction de baliser la circulation afin d'augmenter les points de contact entre utilisateurs et contenus. X par exemple affiche à droite du fil d'actualités la rubrique « *Tendances pour vous* » qui rassemblent les *hashtags* utilisés par d'autres utilisateurs du réseau qui apparaissent les plus pertinents pour l'utilisateur. Mieux, l'énonciation de certaines recommandations peut avoir pour effet, si ce n'était pas déjà le cas, d'euphémiser le caractère suggestif des recommandations non énoncées. Par exemple, la rubrique « *Tendances pour vous* » tend à créer ou renforcer l'illusion que le fil d'actualité, lui, n'est pas une recommandation mais un état du monde, ce qui n'est pas sans conséquence sur la perception de ce dernier par les utilisateurs : la carte devient le territoire.

312. La performativité ou l'effet suggestif de la forme - Réfutant l'idée selon laquelle le langage ne serait que constatif, c'est-à-dire apte à représenter un état de fait qui peut être vrai ou faux, le linguiste Austin met au jour l'existence d'énoncés performatifs lesquels, ni vrais, ni faux, sont envisagés comme de véritables actes en ce qu'ils réalisent l'action en même temps qu'ils l'énoncent, à l'instar de « *je vous unis par les liens du mariage, au nom de la loi, je vous arrête* » ou « *je jure de dire la vérité* »¹¹⁵⁷. Contrairement aux actes constatifs où le langage se conforme à la réalité, ceux-ci ont vocation à faire que la réalité se conforme au langage¹¹⁵⁸.

Pour autant, la nature exclusivement constative d'un acte de langage est sujette à caution : la performativité peut être implicite en ce qu'elle ne dépend pas de l'utilisation d'un lexique spécifique et peut dès lors s'inférer du contexte d'énonciation¹¹⁵⁹. En d'autres termes, le langage, verbal ou non verbal, peut toujours être performatif¹¹⁶⁰.

¹¹⁵⁶ D. CARDON, « Du lien au like sur Internet. Deux mesures de la réputation », *Communications* 2013/2, n° 93, p. 173 ; F. TARISSAN, *Au cœur des réseaux. Des sciences aux citoyens*, Le Pommier, coll. Essais, 2019, pp. 109-112.

¹¹⁵⁷ J. L. AUSTIN, *How to do Things With Words*, Clarendon Press, 1962.

¹¹⁵⁸ F. RÉCANATI, *Les énoncés performatifs*, Éditions de Minuit, 1982.

¹¹⁵⁹ J. L. AUSTIN, *How to do Things With Words*, Clarendon Press, 1962.

¹¹⁶⁰ P. ATTAL, « La pragmatique est-elle une forme honteuse de behaviorisme ? », *L'Information Grammaticale* 1995, n° 66, p. 13.

Bien que la notion de performativité ait été peu à peu remise en cause, voire abandonnée en sciences du langage¹¹⁶¹, elle demeure pertinente pour caractériser les actions qui ne relèvent justement pas du langage, verbal du moins, à l'exemple de la recommandation telle qu'elle se matérialise en ligne. Il semble en effet difficile à première vue de distinguer la matérialisation de la recommandation des objets sur lesquels elle porte. Dans sa version hiérarchisation, recommander consiste à placer, ranger des objets dans un certain ordre et produit un effet incitatif par la seule disposition des informations en liste¹¹⁶², de haut en bas mais également de gauche à droite, à l'exemple des carrousels. Il en est de même s'agissant de l'ordonnancement des contenus. Les rassembler, les classer induit un effet suggestif. La recommandation est en cela performative dans la mesure où elle produit *de facto* cet effet, par sa simple existence.

313. Le paradoxe de la recommandation numérique : la suppression du choix -

Suggérer quelque chose à quelqu'un consiste à « *inspirer à quelqu'un quelque chose (une idée, une action) par insinuation ; faire naître dans l'esprit de quelqu'un une idée, une image, une action* »¹¹⁶³. Mais il peut également s'agir de « *donner l'idée ; de présenter un projet comme un conseil* »¹¹⁶⁴. La suggestion peut donc être vue comme « *une proposition qui laisse la liberté d'accepter ou de refuser* »¹¹⁶⁵ ou comme « *l'action de suggérer* », « *l'art de faire naître une idée, un sentiment sans l'exposer ouvertement* », voire comme en psychologie, le « *fait d'inspirer (ou de se laisser inspirer), par le jeu de phénomènes subconscients, une idée, une*

¹¹⁶¹ Par la suite, Austin envisagera le langage comme mode d'action prenant la forme d'un acte locutionnaire (dire quelque chose indépendamment de sa signification), perlocutionnaire (dire quelque chose en espérant obtenir un effet chez le récepteur) et illocutionnaire (réaliser quelque chose en disant quelque chose). Cette dernière forme d'acte rassemble cinq catégories de verbes : verdictifs (acquiescer, estimer, évaluer), exercitifs (commander, exhorter, conseiller), promissifs (garantir, promettre), comportatifs (approuver, critiquer, s'excuser, remercier) et expositifs (citer, nier, témoigner). A la suite d'Austin, Searle propose une typologie des actes de langage illocutoires selon leur valeur : les actes assertifs qui engagent le locuteur à la vérité de la proposition exprimée (conclure, déduire), les directifs par lesquels le locuteur entend obtenir du récepteur la réalisation d'un acte (demander, ordonner, conseiller), les promissifs par lesquels le locuteur s'engage à réaliser une action auprès du récepteur (promettre, jurer), les expressifs au moyen desquels le locuteur exprime son état mental (s'excuser, féliciter) et les déclaratifs, c'est-à-dire les actes par lesquels le locuteur fait correspondre son acte à la réalité (licencier, nommer, baptiser). Sur cette évolution, v. notamment : J. MOESCHLER, A. AUCLIN, *Introduction à la linguistique contemporaine*, A. Colin, éd. Cursus, 4^{ème} éd., 2023, p. 159 et s. ; S. LAUGIER, « Performativité, normativité et droit », *Archives de Philosophie* 2004/4, t. 67, p. 607. V. également le dossier « Performativité : relectures et usages d'une notion frontière », dir. J. Denis, *Études de communication* 2006, n° 29, accessible en ligne : <https://journals.openedition.org/edc/63>.

¹¹⁶² E. BERTIN, J.-M. GRANIER, « La société de l'évaluation : nouveaux enjeux de l'âge numérique », *Communication & langages* 2015/2, n° 184, p. 128. V. également : dossier « Classer, penser, contrôler », *Hermès* 2013/2, n° 66.

¹¹⁶³ V° Suggérer, A, 1°, *Centre National de Ressources Textuelles et Lexicales*, accessible en ligne : <https://www.cnrtl.fr/definition/sugg%C3%A9rer>.

¹¹⁶⁴ V° Suggérer, A, 2°, *Centre National de Ressources Textuelles et Lexicales*, accessible en ligne : <https://www.cnrtl.fr/definition/sugg%C3%A9rer>.

¹¹⁶⁵ V° Suggestion, A, 2°, *Centre National de Ressources Textuelles et Lexicales*, accessible en ligne : <https://www.cnrtl.fr/definition/suggestion>.

pensée, un comportement sans intervention de la volonté ni de la conscience du sujet récepteur »¹¹⁶⁶. Il y aurait donc d'un côté des recommandations dont l'effet suggestif est explicite et qui placent l'utilisateur en situation de choix en le mettant face à des alternatives comme à la suite d'une requête qu'il a lui-même introduite dans une barre de recherche ou en lui adressant des recommandations du type « *vous pourriez aimer* ». De l'autre, il existerait des recommandations dont l'effet suggestif est totalement inconscient à l'exemple des fils d'actualités des réseaux sociaux.

Certes, il pourrait être objecté que, même dans le cas de recommandations explicites, l'utilisateur voit son choix déjà réduit car les contenus objets de la recommandation ont déjà été sélectionnés. Mais ils le sont en raison d'un lien d'intérêt potentiel entre l'utilisateur et les contenus qui en font l'objet et l'utilisateur, conscient du statut suggestif de ce qu'il voit, conserve sa latitude d'action même si cette dernière porte sur un périmètre de contenus réduit. Il n'en va pas de même s'agissant des recommandations implicites qui ont un effet suggestif inconscient et dont on peut se demander s'il s'agit encore de recommandations ou s'il ne s'agit pas plutôt d'assignations. L'utilisateur de X, d'Instagram, de TikTok n'est en effet pas mis face à un choix au sens d'alternative d'action. Au contraire, il est mis face à un choix qui a été fait pour lui et qui, parce qu'on ne l'en informe pas, n'apparaît pas comme une proposition d'options mais comme un état du monde.

B. L'insuffisance de l'effet suggestif de la recommandation numérique

314. Le caractère totalisant de la recommandation numérique d'un point de vue matériel et ses limites - L'approche de la recommandation par sa matérialisation amène à considérer que toute organisation, toute structuration de contenus constitue une recommandation en ce qu'elle produit nécessairement un effet suggestif, conscient ou inconscient. Cette affirmation, pour pertinente qu'elle soit d'un point de strictement matériel, aboutit à une conception totalisante de la recommandation qui doit cependant être relativisée. En effet, à plusieurs reprises, le règlement DSA recourt à l'expression « *pour suggérer* » dans sa définition de la recommandation¹¹⁶⁷.

¹¹⁶⁶ *V*^o Suggestion, B, Centre National de Ressources Textuelles et Lexicales, accessible en ligne : <https://www.cnrtl.fr/definition/suggestion>.

¹¹⁶⁷ Règl. DSA, consid. 70 et art. 3 (s).

Or, cette préposition peut faire référence à une conséquence – c'est-à-dire un effet suggestif – mais également à un but que l'on recherche lorsqu'il est suivi d'un nom ou d'un verbe à l'infinitif,¹¹⁶⁸ ce qui ferait de la suggestion davantage un objet, une finalité à atteindre. En ce sens, toute structuration de contenus, si elle a *de facto* un effet suggestif, n'a pas nécessairement pour objet la suggestion, ce qui doit amener à resserrer la notion de recommandation. Cette dernière se distingue de l'architecture des espaces numériques (1) et de la promotion de contenu (2).

1. La distinction de la recommandation numérique et de l'architecture des espaces numériques

315. La proximité de la recommandation numérique et de l'architecture des espaces numériques - Un espace numérique est rarement anarchique d'un point de vue structurel. Tout espace numérique – site, application – est rationalisé, c'est-à-dire organisé, « *designé* » de façon logique compte tenu du nombre de contenus mis à disposition de l'utilisateur : un site de presse en ligne regroupe ses articles de presse selon le sujet qu'ils traitent, un site de *e-commerce* ou une *marketplace* rubrique les offres selon le type de biens qui en font l'objet, une plateforme de distribution de vidéos en ligne les distingue selon leur genre, une application de livraison de plats sépare les gastronomies selon les régions du monde, etc.

Cette idée d'architecture des espaces numériques, de *design*, est proche de la notion de *nudge*¹¹⁶⁹. Ces derniers, également qualifiés de « *dark patterns* » ou d'interfaces trompeuses, font l'objet d'une attention particulière en matière de droit des données personnelles¹¹⁷⁰ et de pratiques commerciales trompeuses¹¹⁷¹, qu'importe l'espace numérique dans lequel il s'insère (site, application) et l'activité de ce dernier (réseau social, site de *e-commerce* et *marketplace*, moteur de recherche, plateforme de distribution). Ces *dark patterns* peuvent prendre plusieurs

¹¹⁶⁸ V° Pour, I, 1°, *Dictionnaire de l'Académie Française*, 9^{ème} éd., accessible en ligne : <https://www.dictionnaire-academie.fr/article/A9P3767>.

¹¹⁶⁹ V. *supra* n° 155 et s.

¹¹⁷⁰ EDPB, *Guidelines 03/2022 on deceptive design patterns in social media platform interfaces : how to recognize and avoid them*, 2023. V. également : Règl. DMA, consid. 37 et 70, articles 13 §4 et §6.

¹¹⁷¹ OECD, *Dark commercial patterns*, n° 336, oct. 2022 ; Commission européenne, *Behavioural study on unfair commercial practices in the digital environment : dark patterns and manipulative personalization : final report*, 2022 ; Commission européenne, *Orientations concernant l'interprétation et l'application de la directive 2005/29/CE du Parlement européen et du Conseil relative aux pratiques commerciales déloyales des entreprises vis-à-vis des consommateurs dans le marché intérieur*, C/2021/9320, 29 déc. 2021, pt. 4. 2. 7.

formes : fausse hiérarchie entre informations/information cachée¹¹⁷², la présélection de choix¹¹⁷³, la pression¹¹⁷⁴, l'annulation empêchée¹¹⁷⁵, l'enregistrement forcé¹¹⁷⁶ mais également l'*autoplay* et l'*infinite scrolling*¹¹⁷⁷. Si plusieurs classifications des *dark patterns* ont été proposées¹¹⁷⁸, une en particulier s'attache à les distinguer selon qu'ils portent sur le contenu de l'interface numérique (texte, contexte) ou sur l'interface elle-même, c'est-à-dire la façon dont le contenu est délivré, dont l'utilisateur navigue et interagit avec ce contenu¹¹⁷⁹. Partant, si la recommandation numérique partage cette dimension formelle avec les *dark patterns*, toutes les recommandations ne relèvent pas de cette pratique, de la même façon que tous les *dark patterns* ne peuvent systématiquement s'analyser en recommandations numériques.

La distinction entre ces deux types de pratiques reste malaisée en pratique, le contenu ne se laissant séparer du contenant qu'avec complexité. Une auteure a pu émettre l'idée qu'il fallait distinguer non pas deux, mais trois techniques de persuasion selon l'intention de leur concepteur : celles qui ont pour intention d'exploiter les vulnérabilités des individus (*dark patterns*, *sludges*), celles qui ne recèlent pas cette intention (*nudges*, micro-ciblages) et d'autres qui pourraient produire cet effet (algorithmes de recommandation)¹¹⁸⁰. Ce critère, critiqué par une partie de la doctrine¹¹⁸¹, n'est pas reçu par le règlement DSA puisqu'il envisage les « interfaces en ligne trompeuses de plateformes en ligne » comme des « pratiques qui ont pour

¹¹⁷² Commission européenne, *Behavioural study on unfair commercial practices in the digital environment : dark patterns and manipulative personalization : final report*, précit., p. 45.

¹¹⁷³ *Ibid.*

¹¹⁷⁴ *Ibid.*

¹¹⁷⁵ *Ibid.*

¹¹⁷⁶ *Ibid.*

¹¹⁷⁷ *Ibid.*, p. 33.

¹¹⁷⁸ *Ibid.*, p. 29. V. également : M. LE ROY, *La loyauté des plateformes à l'égard des consommateurs*, préf. C. Zolynski et N. Sauphanor-Brouillaud, Dalloz, coll. Nouvelle Bibliothèque de Thèses, vol. 224, 2023, p. 212, n° 184 ; LINC, *La forme des choix, Données personnelles, design et frictions désirables*, Cahier IP n° 6, 2019 ; C. AUBERT DE VINCELLES, « Quelle appréhension des *dark patterns* au sein de la réglementation des pratiques commerciales déloyales ? », in *Vers un droit neuroéthique ? Réflexion à partir des pratiques numériques d'influence et de manipulation des consommateurs*, dir. Sabine Bernheim-Desvaux et J. Sénéchal, IRJS Éditions, coll. Bibliothèque de l'IRJS-André Tunc, t. 136, 2025, p. 313 ; N. MARTIAL-BRAZ, « Les *dark patterns* à l'épreuve du RGPD », *ibid.*, p. 330 ; M. C. GRAY *et al.*, "The Dark (Patterns) Side of UX Design", *Proceedings of the 2018 CHI Conference on Human Factors in Computing Systems*, Montréal, Paper 534, accessible en ligne : <https://dl.acm.org/doi/10.1145/3173574.3174108>.

¹¹⁷⁹ EDPB, *Guidelines 03/2022 on deceptive design patterns in social media platform interfaces : how to recognize and avoid them*, précit., p. 10 ; Commission européenne, *Behavioural study on unfair commercial practices in the digital environment : dark patterns and manipulative personalization : final report*, précit., p. 35.

¹¹⁸⁰ B. ROUSSILLON, « Comment les *nudges* et le micro-ciblage sont-ils appliqués aux consommateurs et quelle influence exercent-ils sur leur comportement ? », in *Vers un droit neuroéthique ? Réflexion à partir des pratiques numériques d'influence et de manipulation des consommateurs*, *op. cit.*, p. 154 et s.

¹¹⁸¹ C. AUBERT DE VINCELLES, « Quelle appréhension des *dark patterns* au sein de la réglementation des pratiques commerciales déloyales ? », précit., p. 312. D'un point de vue juridique, et spécifiquement en matière de pratiques commerciales déloyales, ce serait ajouter une condition non prévue par les textes qui pourrait, de surcroît, être contre-productif car un *dark pattern* non intentionnel, en dépit de ses effets sur le comportement du consommateur, ne constituerait donc pas une pratique commerciale déloyale.

*objectif ou pour effet d'altérer ou d'entraver sensiblement la capacité des destinataires du service de prendre une décision ou de faire un choix, de manière autonome et éclairée »*¹¹⁸².

Il apparaît par conséquent extrêmement difficile de distinguer ce qui ressort d'une organisation rationnelle d'un espace numérique, qui produit un effet suggestif, d'une tentative de manipulation architecturale.

316. Le rejet du critère tenant au rôle de l'utilisateur - La question des interfaces et de leur rapport à la recommandation n'est pas ignorée par le droit positif. La directive Omnibus et le règlement P2B mentionnent au sujet du classement « *la mise en surbrillance, d'autres outils de mise en évidence* »¹¹⁸³ pendant que le règlement DSA évoque la distinction des informations « *par le texte ou par d'autres représentations visuelles* »¹¹⁸⁴. Parmi les critères envisageables, celui du rôle actif de l'internaute peut à première vue apparaître pertinent pour distinguer ce qui ressort d'une recommandation et ce qui ressort d'une rationalisation des contenus. La directive 2005/29/CE sur les pratiques commerciales déloyales traite du classement obtenu à la suite d'une recherche de la part d'un utilisateur¹¹⁸⁵, ses lignes directrices précisant que l'obligation d'information sur les paramètres du classement « *ne s'applique pas à l'organisation par défaut de l'interface en ligne qui est présentée au consommateur et qui ne résulte pas d'une requête spécifique introduite dans cette interface en ligne* »¹¹⁸⁶.

En revanche, ni le règlement P2B, ni le règlement DMA, ni le règlement DSA ne font du rôle actif de l'internaute la ligne de partage entre l'organisation générale de l'interface et du classement¹¹⁸⁷, excepté en ce qui concerne les résultats de recherche s'agissant du règlement DMA puisqu'ils résultent par nature d'une requête d'un utilisateur¹¹⁸⁸. Par conséquent, le critère du rôle actif de l'internaute n'apparaît pas pertinent pour distinguer la recommandation de la rationalisation de contenus.

¹¹⁸² Règl. DSA, consid. 67.

¹¹⁸³ Dir. (UE) 2019/2161, consid. 19 ; Règl. P2B, consid. 24.

¹¹⁸⁴ Règl. DSA, consid. 70..

¹¹⁸⁵ Dir. 2005/29/CE, art. 7 §4 bis.

¹¹⁸⁶ Commission européenne, *Orientations concernant l'interprétation et l'application de la directive 2005/29/CE du Parlement européen et du Conseil relative aux pratiques commerciales déloyales des entreprises vis-à-vis des consommateurs dans le marché intérieur*, précit., pt. 4. 2. 3.

¹¹⁸⁷ Évoquant « l'agencement par défaut » : Commission européenne, *Lignes directrices concernant la transparence en matière de classement conformément au règlement (UE) 2019/1150 du Parlement européen et du Conseil*, JOUE C 424/1, 8 déc. 2020, C/2020/8579, pt. 36.

¹¹⁸⁸ Règl. DMA, art. 2 (23).

317. Le rejet du critère tenant à l'identification - Il pourrait ensuite être soutenu que la recommandation est nécessairement explicite et dès lors conscientisée par l'utilisateur, au contraire de l'architecture qui est implicite.

Rien ne permet cependant de l'affirmer. Si le règlement DSA fait de nombreuses références à la suggestion¹¹⁸⁹, cette dernière peut aussi bien être explicite ou implicite, raison pour laquelle le texte ne mentionne pas cet aspect¹¹⁹⁰. D'un autre côté, l'incitation par l'architecture n'est pas nécessairement explicite même si elle est plus efficace dans l'ombre¹¹⁹¹.

318. Le rejet du critère tenant à la source des contenus - La source des contenus recommandés peut sembler pouvoir servir de critère organique pour différencier la recommandation de la rationalisation, au moins en filigrane. Le règlement DSA indique en effet dans un considérant que la recommandation peut consister à organiser « *de toute autre manière les informations fournies par les destinataires* »¹¹⁹². Il en va de même dans la directive DAMUN qui concerne l'organisation et la promotion de « *contenus téléversés par les utilisateurs* »¹¹⁹³. Autrement dit, la recommandation porterait sur des contenus de tiers tandis que la rationalisation concernerait les contenus « *propriétaires* ».

Ce critère ne semble néanmoins pas pertinent dans la mesure où l'inclusion de contenus relevant du fournisseur du classement est clairement visée dans les obligations de transparence des règlements P2B¹¹⁹⁴ et DMA¹¹⁹⁵. De même, la référence aux « *informations fournies par les destinataires* » dans le règlement DSA n'est présente que dans un considérant et non dans la définition du système de recommandation lui-même. Certes, le texte fait peser des obligations relatives à ce système aux plateformes en ligne, aux très grandes plateformes en ligne et aux très grands moteurs de recherche dont les définitions sous-entendent que les contenus ne sont pas fournis par eux. Mais il n'est pas exclu que leurs systèmes de recommandation mêlent contenus de tiers et contenus « *propriétaires* ».

319. Le rejet du critère tenant à la personnalisation - Un autre critère envisageable réside dans le caractère personnalisé de la recommandation. Les contenus qui en font l'objet peuvent

¹¹⁸⁹ A commencer lorsqu'il définit le système de recommandation : Règl. DSA, art. 3 (s).

¹¹⁹⁰ V.-L. BENABOU, J. FARCHY (prés.), *Les dispositifs de recommandation des œuvres audiovisuelles et musicales sur les services en ligne*, rapp. de mission à l'attention du CSPLA, déc. 2021, p. 14.

¹¹⁹¹ V. *supra* n° 157.

¹¹⁹² Règl. DSA, consid. 70.

¹¹⁹³ Dir. DAMUN, art. 2 (6).

¹¹⁹⁴ Règl. P2B, art. 4, 5 et 7.

¹¹⁹⁵ Règl. DMA, art. 6 §5.

en effet différer selon la personne de l'internaute qui effectue une recherche ou navigue sur l'interface¹¹⁹⁶, hypothèse qui n'est pas envisagée dans les textes relatifs au classement mais que le règlement DSA suggère clairement¹¹⁹⁷, sans pour autant en faire un critère certain. En effet, le texte vise la suggestion « *d'informations spécifiques aux destinataires du service* », la hiérarchisation de ces informations ou la détermination « *de toute autre manière l'ordre relatif ou d'importance des informations affichées* », ce qui ouvre la porte à une recommandation qui ne serait pas personnalisée. Le considérant 70 va en ce sens lorsqu'il évoque les paramètres des systèmes de recommandation qui « *devraient inclure au moins les critères les plus importants utilisés pour déterminer les informations suggérées au destinataire du service et les raisons de leur importance respective, y compris lorsque les informations sont hiérarchisées sur la base du profilage et du comportement en ligne des destinataires* ». « *Y compris* », mais pas exclusivement, la recommandation peut être personnalisée ou non personnalisée. Pour une partie de la doctrine, la recommandation et l'architecture de présentation des contenus au sein des espaces numériques se distinguent par le « *critère d'intérêt potentiel entre le destinataire de la recommandation et le contenu* » qui doit « *écarter les systèmes de présentation des contenus indifférenciés à un public en général, qui ne développent aucun processus d'adaptation de "l'offre", de sélection à l'égard d'une demande potentielle mais déterminée* »¹¹⁹⁸. Cette affirmation recoupe la conception du classement en matière de pratiques commerciales qui exclut « *l'organisation par défaut* » de l'interface¹¹⁹⁹.

Ce resserrement de la notion de recommandation apparaît en réalité trop stricte. L'agencement des contenus peut non pas se fonder sur le profil de l'utilisateur mais plus généralement reposer sur l'activité générale de tous les utilisateurs comme « *les vidéos les plus vues* », « *les articles les plus lus* », « *les titres les plus écoutés* », les « *tops tweets* »¹²⁰⁰.

320. L'admission du critère tenant à l'adaptabilité - En réalité, la spécificité de la recommandation vis-à-vis de l'architecture numérique se fonde sur son adaptabilité, son caractère modulable en fonction des utilisateurs. La recommandation est personnalisée lorsqu'elle s'attache au profil de l'utilisateur mais elle peut ne pas l'être lorsqu'elle se fonde sur

¹¹⁹⁶ V.-L. BENABOU, J. FARCHY (prés.), *Les dispositifs de recommandation des œuvres audiovisuelles et musicales sur les services en ligne*, précit., p. 12.

¹¹⁹⁷ Règl. DSA, art. 3 (s).

¹¹⁹⁸ V.-L. BENABOU, J. FARCHY (prés.), *Les dispositifs de recommandation des œuvres audiovisuelles et musicales sur les services en ligne*, précit., p. 12.

¹¹⁹⁹ V. *supra* n° 316.

¹²⁰⁰ V. *supra* n° 79.

l'activité personnelle de tous les utilisateurs de l'espace concerné¹²⁰¹. C'est d'ailleurs l'approche du système de recommandation évoquée par la Commission européenne dans l'un de ses documents de travail, dans lequel elle définit le système de recommandation comme « *un système algorithmique utilisé par des plateformes en ligne qui met en avant des contenus ou des offres, facilitant leur découverte par les utilisateurs. Les systèmes de recommandation obéissent à divers critères et designs, parfois personnalisés pour l'utilisateur, fondés sur leur historique de navigation, profils, etc., parfois fondés uniquement sur des analogies ou des évaluations du contenu* »¹²⁰².

2. La distinction de la recommandation numérique et de la promotion de contenus

321. La proximité de la recommandation numérique vis-à-vis de la promotion de contenus - Le terme de promotion vient du latin *pro* signifiant « *en avant, devant* » et *movere*, « *mouvoir, pousser* »¹²⁰³. La promotion peut donc être envisagée comme la mise en avant de personnes et de toute sorte de choses. En ce sens, la recommandation peut être considérée comme son synonyme puisque recommander consiste précisément à suggérer une personne, une chose ou une action à autrui, voire les sélectionner, et ce faisant les mettre en avant. C'est d'ailleurs cette conception particulièrement large de la promotion qui est retenue dans la directive DAMUN qui définit le fournisseur de services de partage de contenus en ligne comme « *le fournisseur d'un service de la société de l'information dont l'objectif principal ou l'un des objectifs principaux est de stocker et de donner au public l'accès à une quantité importante d'œuvres protégées par le droit d'auteur ou d'autres objets protégés qui ont été téléversés par ses utilisateurs, qu'il organise et promeut à des fins lucratives* »¹²⁰⁴. À ce titre, le considérant 62 précise que l'organisation et la promotion de contenus incluent leur classement et leur promotion ciblée, sans préciser toutefois si le classement ressort de l'organisation ou de la promotion elle-même.

¹²⁰¹ V. *supra* n° 79.

¹²⁰² Commission européenne, *Commission Staff Working Document, Impact Assessment accompanying the Proposal for a Regulation of the European Parliament and of the Council on a Single Market for Digital Services (Digital Services Act) and amending Directive 2000/31/EC*, SWD (2020) 348 final, 15 déc. 2020, p. 4 : « *Recommender systems refer to the algorithmic systems used by online platforms to give prominence to content or offers, facilitating their discovery by the users. Recommender systems follow a variety of criteria and designs, sometimes personalised for the users, based on their navigation history, profiles, etc., other times based purely on the content analogy or ratings* ».

¹²⁰³ V° Promotion, *Dictionnaire de l'Académie Française*, 9^{ème} éd., accessible en ligne : <https://www.dictionnaire-academie.fr/article/A9P4571>.

¹²⁰⁴ Dir. DAMUN, art. 2 (6).

Les liens entre recommandation et promotion apparaissent dès lors extrêmement ténus dans la mesure où un contenu peut simplement être mis en avant parce qu'il correspond à la requête effectuée par un internaute ou à ses centres d'intérêt. En matière de référencement, et singulièrement dans le domaine du *e-commerce*, la « mise en avant » de certaines offres, parce qu'elles le sont au détriment d'autres et parce que la raison de cette mise en avant n'est pas précisée, équivaut à une promotion de ces offres. Ce faisant, certaines décisions font du référencement une pratique *de facto* suspecte¹²⁰⁵, et assimilent la promotion au sens large à la promotion au sens strict.

322. L'admission du critère tenant à finalité - La notion de promotion peut être resserrée en tenant compte de son appréhension commerciale. La promotion désigne en ce sens « l'ensemble des techniques et des opérations de publicités permettant de faire connaître un nouveau produit, un nouveau service afin d'en augmenter les ventes »¹²⁰⁶. En *marketing*, la promotion n'est pas limitée à la publicité *stricto sensu* puisqu'elle inclut également la promotion des ventes ou le *marketing* direct¹²⁰⁷. En d'autres termes, la promotion consiste à mettre en avant des produits, des actions dans le but de développer le chiffre d'affaires de celui qui la met en œuvre et cela peut passer par l'inclusion de contenus dans un classement moyennant rémunération – la publicité *stricto sensu* – ou la mise en avant d'un contenu « propriétaire » au bénéfice de ce dernier – la promotion des ventes.

Dès lors, si toute recommandation a pour effet, dans le langage commun, la promotion au sens de mise en avant, son caractère promotionnel doit cependant être circonscrit dans le cadre de son analyse juridique dans la mesure où la recommandation n'a pas nécessairement pour objet le développement des ventes.

Section 2. La matière première de la recommandation numérique : les contenus

323. Les contenus, substance de la recommandation numérique - Relativement à la recommandation numérique, les contenus en constituent la substance. D'une grande diversité (§1), ils ne sont pas réductibles à des recommandations numériques *per se* (§2).

¹²⁰⁵ C. MANARA, obs. sous Cass. com., 4 déc. 2012, n° 11-27.729, *D.* 2012, p. 2956.

¹²⁰⁶ 1^{er} Promotion, 2^o, *Dictionnaire de l'Académie Française*, 9^{ème} éd., accessible en ligne : <https://www.dictionnaire-academie.fr/article/A9P4571>.

¹²⁰⁷ V. *supra* n° 175 et s.

§1. La diversité des contenus, objets de la recommandation numérique

324. De la généralité à la diversité des contenus - Information au sens générique du terme, les contenus s'avèrent très divers d'un point de vue objectif (A) mais également subjectif (B).

A. La diversité objective des contenus, objets de la recommandation numérique

325. La diversité des objets de la recommandation numérique - Le terme de contenus, objet du classement, apparaît dans peu de textes. La directive DAMUN vise clairement les « *fournisseurs de services de partage de contenus en ligne* »¹²⁰⁸ et les « *utilisations particulières, par des services en ligne de contenus protégés* »¹²⁰⁹ mais l'objectif du texte est en réalité d'appréhender la communication non autorisée d'œuvres de l'esprit¹²¹⁰. L'objet du classement est en réalité extrêmement divers.

La directive Omnibus, qui envisage le classement obtenu à l'issue de l'utilisation par un consommateur de la fonction recherche sur le site ou l'application d'un professionnel, évoque dans ses considérants les « *offres commerciales* »¹²¹¹ et les « *résultats de recherche* »¹²¹² mais tranche en faveur des « *produits* » dans sa définition du classement¹²¹³.

Le règlement P2B distingue selon que le fournisseur du classement est un service d'intermédiation en ligne ou un moteur de recherche en ligne. Le premier fournit des « *offres* »¹²¹⁴, « *des biens et services* »¹²¹⁵ tandis que le second propose « *des résultats de recherche* »¹²¹⁶, c'est-à-dire des « *sites internet* »¹²¹⁷.

Le règlement DMA va plus loin puisqu'il envisage les « *produits et services* » pour les moteurs de recherche généralistes, les réseaux sociaux, les places de marché en ligne et les assistants virtuels, les « *applications* » pour les boutiques d'applications et des « *vidéos* » pour les plateformes de vidéos¹²¹⁸. Néanmoins, la définition donnée au classement est plus resserrée puisqu'il distingue seulement les « *résultats de recherche* » pour les moteurs de recherche et les

¹²⁰⁸ Dir. DAMUN, art. 2 (6).

¹²⁰⁹ Dir. DAMUN, art. 17.

¹²¹⁰ V. *supra* n° 267.

¹²¹¹ Dir. (UE) 2019/21/61, consid. 18.

¹²¹² Dir. (UE) 2019/21/61, consid. 19.

¹²¹³ Qui correspond à l'art. 2 (m) de la dir. 2005/29/CE sur les pratiques commerciales déloyales.

¹²¹⁴ Règl. P2B, consid. 24.

¹²¹⁵ Règl. P2B, art. 2 (8).

¹²¹⁶ Règl. P2B, art. 2 (8).

¹²¹⁷ Règl. P2B, consid. 26.

¹²¹⁸ Règl. DMA, consid. 51.

« biens et services » pour les autres services¹²¹⁹. Le texte accorde d'ailleurs une attention particulière aux résultats de recherche qu'il définit comme « toute information, sous quelque format que ce soit, y compris des données textuelles, graphiques, vocales ou autres, renvoyées en réponse à une recherche, et en rapport avec celle-ci, que l'information renvoyée soit un résultat payant ou non, une réponse directe ou tout produit, service ou renseignement proposé en lien avec les résultats organiques, affiché en même temps que ceux-ci ou partiellement ou entièrement intégré dans ceux-ci »¹²²⁰.

Si un considérant du règlement DSA évoque les « messages »¹²²¹, le texte affiche sa préférence pour les termes d'information dans sa définition du système de recommandation qui consiste en « un système entièrement ou partiellement automatisé utilisé par une plateforme en ligne pour suggérer sur son interface en ligne des informations spécifiques aux destinataires du service ou pour hiérarchiser ces informations, notamment à la suite d'une recherche lancée par le destinataire du service ou en déterminant de toute autre manière l'ordre relatif ou d'importance des informations affichées »¹²²².

Tous les termes évoqués reviennent en réalité au même. Il s'agit d'appréhender ce qui peut faire l'objet d'un classement : des biens et des services, c'est-à-dire des produits, des vidéos, des articles, des *tweets*, des *stories*, des photos, des audios, voire des individus au travers de leurs comptes d'utilisateurs.

326. La nature numérique ou non numérique de l'objet du contenu - L'analyse portant sur le contenu peut encore être poussée en désossant ce dernier. Le contenu désigne une forme, une substance et un support circulant dans l'univers numérique. À ce titre, donner accès à un contenu revient à donner accès au couple forme/substance, grâce au support, mettant l'utilisateur en capacité d'en prendre connaissance, c'est-à-dire de le consommer. C'est d'ailleurs l'objet informationnel au sens cognitif du terme qui fait la valeur du contenu. En ce sens, la nature numérique du contenu se fonde sur sa capacité à circuler et à être consommé dans l'espace numérique. La suppression du contenu, son déréférencement ou le blocage du site sur lequel il a été publié consiste précisément à empêcher ou rendre impossible sa localisation et sa circulation et donc sa consommation.

Mais cela ne signifie pas pour autant qu'il existe une étanchéité entre l'univers numérique et l'univers physique. D'ailleurs, le règlement DSA envisage deux cas d'illicéité du

¹²¹⁹ Règl. DMA, art. 2 (22).

¹²²⁰ Règl. DMA, art. 2 (23).

¹²²¹ Règl. DSA, consid. 70.

¹²²² Règl. DSA, art. 3 (s).

contenu : l'illicéité du contenu lui-même et celle de l'activité à laquelle il se rapporte¹²²³ ce qui amène à distinguer le contenu et son objet qui n'est pas nécessairement numérique. L'objet du contenu ne concerne pas ici la matérialisation du contenu lui-même mais ce sur quoi il porte. Un contenu peut être numérique parce qu'il circule et se consomme dans l'univers numérique tout en portant sur quelque chose qui n'existe que dans l'univers physique.

L'exemple d'une offre de vente d'un vélo électrique publiée sur le Bon Coin permet d'éclaircir les choses. Le contenu est ici l'annonce, c'est-à-dire le texte et sa signification (description du vélo, prix, lieu de la vente) ainsi que des photos tandis que l'objet du contenu est le vélo. Il existe donc a priori une séparation nette entre le contenu – numérique – et son objet – non numérique – qui doit cependant être relativisée. D'une part, il n'existe pas de stricte étanchéité entre ce qui se joue en ligne et hors ligne. L'acheteur dudit vélo qui aurait été escroqué par le vendeur pourrait se retourner contre Le Bon Coin au motif que l'annonce est illicite et que le site ne pouvait l'ignorer ou n'a pas retiré l'annonce dans un prompt délai une fois averti en vertu de l'article 6 du règlement DSA. Ce texte conditionne en effet la responsabilité des hébergeurs, dont les plateformes, à la connaissance du caractère illicite d'un contenu qu'ils n'auraient pas retiré à la suite d'une notification d'un utilisateur ou d'un retrait trop tardif à la suite d'une telle notification. D'autre part, il peut être soutenu que l'objet du contenu n'est pas le vélo lui-même mais l'offre en ligne de vente portant sur le vélo.

Un contenu peut également porter sur un objet numérique constituant lui-même un contenu. La jaquette d'un film disponible sur Netflix et sa description ne sont pas le film lui-même. Le film est en réalité un contenu qui constitue l'objet d'un autre contenu.

En d'autres termes, le contenu et son objet peuvent s'imbriquer à l'infini, parfois dans un *continuum* entre l'univers numérique et l'univers physique.

B. La diversité subjective des contenus, objets de la recommandation numérique

327. Les fournisseurs de contenus : tiers et/ou fournisseurs de la recommandation ? -

S'il semble évident que les contenus proviennent de tiers (1), l'analyse des textes et la pratique invitent à élargir la catégorie des fournisseurs de contenus, ces derniers pouvant provenir en tout ou partie du fournisseur de la recommandation lui-même (2).

¹²²³ Règl. DSA, art. 3 (h).

1. Les contenus provenant de tiers

328. Les contenus provenant de tiers sans rémunération du fournisseur de la recommandation - La lecture de certains textes invite à penser que le contenu, objet de la recommandation, doit provenir d'un tiers, c'est-à-dire d'une personne autre que le fournisseur de la recommandation.

L'ancien article L. 111-7, I, 1° du code de la consommation qualifiait d'opérateur de plateforme en ligne « *toute personne physique ou morale proposant, à titre professionnel, de manière rémunérée ou non, un service de communication au public en ligne reposant sur le classement ou le référencement, au moyen d'algorithmes informatiques, de contenus, de biens ou de services proposés ou mis en ligne par des tiers* », disposition supprimée par la loi SREN. L'actuel article L. 111-7, II, 1° du code de la consommation impose aujourd'hui une obligation de transparence aux places de marché et aux comparateurs en ligne portant sur leurs conditions générales d'utilisation et sur les modalités de classement « *ainsi que, s'agissant des comparateurs en ligne, de référencement et de déréférencement des contenus, des biens ou des services auxquels ce service permet d'accéder* ». Si la référence aux « tiers » n'apparaît plus, ceux-ci sont en réalité suggérés au moins dans la définition de la place de marché en ligne puisqu'il s'agit d'« *un service [...] qui permet aux consommateurs de conclure des contrats à distance avec d'autres professionnels ou consommateurs* »¹²²⁴.

De même, les lignes directrices relatives aux pratiques commerciales déloyales précisent que l'obligation d'information sur la transparence du classement « *s'applique uniquement aux professionnels qui permettent aux consommateurs de rechercher des produits offerts par d'autres professionnels tiers ou par des consommateurs, c'est-à-dire les places de marché et les outils de comparaison* »¹²²⁵.

En dehors du droit de la consommation, le règlement DSA précise dans son considérant 70 relatif au système de recommandation que ce dernier consiste par exemple « *à suggérer, classer et hiérarchiser les informations de manière algorithmique, en les distinguant par le texte ou d'autres représentations visuelles, ou en organisant de toute autre manière les informations fournies par les destinataires* ».

Cette idée que le contenu doit provenir d'un tiers est également présente dans la directive DAMUN qui définit le fournisseur de services de partage de contenus en ligne comme

¹²²⁴ C. consom., art. liminaire, 14°.

¹²²⁵ Commission européenne, *Orientations concernant l'interprétation et l'application de la directive 2005/29/CE du Parlement européen et du Conseil relative aux pratiques commerciales déloyales des entreprises vis-à-vis des consommateurs dans le marché intérieur*, C/2021/9320, 29 déc. 2021, pt. 4. 2. 3.

*« un fournisseur d'un service de la société de l'information dont l'objectif principal ou l'un des objectifs principaux est de stocker et de donner au public l'accès à une quantité importante d'œuvres protégées par le droit d'auteur ou d'autres objets protégés qui ont été téléversés par ses utilisateurs, qu'il organise et promeut à des fins lucratives »*¹²²⁶.

Enfin, la directive SMA définit le service de plateformes de partage de vidéos comme un service *« dont l'objet principal est la fourniture au grand public de programmes, de vidéos créés par l'utilisateur, ou des deux, qui ne relèvent pas de la responsabilité éditoriale du fournisseur »*¹²²⁷.

329. Les contenus provenant d'un tiers contre rémunération : l'exemple du classement publicitaire - Comme il a été vu précédemment, la publicité peut être vue au sens strict comme la communication d'un message incitatif moyennant contrepartie¹²²⁸. L'hypothèse traditionnelle consiste pour un annonceur à payer un média pour que ce dernier communique son message publicitaire. Dans l'univers numérique, la publicité peut se matérialiser par un contenu lui-même promotionnel, c'est-à-dire incitatif, ou consister à payer l'exploitant d'un espace pour qu'il mette en avant un contenu.

Sur ce point, le règlement DSA n'est pas limpide puisqu'il définit la publicité comme *« les informations destinées à promouvoir le message d'une personne physique ou morale, qu'elles aient des visées commerciales ou non commerciales, et présentées par une plateforme en ligne sur son interface en ligne, moyennant rémunération, dans le but spécifique de promouvoir ces informations »*¹²²⁹. D'une part, la publicité ne serait donc pas le message lui-même mais les informations relatives à ce message. D'autre part, un doute demeure quant à ce que recouvrent ces informations puisqu'il pourrait s'agir de celles fournies par l'annonceur à la plateforme et visées par l'obligation d'information de l'article 26¹²³⁰ ou d'une simple adresse URL.

Il faut ensuite rappeler le flou qui entoure le terme de publicité dans les textes traitant des contenus inclus dans des classements moyennant contrepartie. La directive 2005/29/CE sur les pratiques commerciales déloyales telle que modifiée par la directive Omnibus qualifie par exemple de pratique commerciale trompeuse *per se* le fait de *« fournir des résultats de recherche en réponse à une requête de recherche en ligne d'un consommateur sans l'informer*

¹²²⁶ Dir. DAMUN, art. 2 (6).

¹²²⁷ Dir. SMA, art. 1 (a) (bis).

¹²²⁸ V. *supra* n° 200.

¹²²⁹ Règl. DSA, art. 3 (r).

¹²³⁰ Marquage, identité du bénéficiaire, identité de celui qui rémunère la plateforme, les paramètres utilisés pour déterminer le destinataire de la publicité.

*clairement de toute publicité payante ou tout paiement effectué spécifiquement pour obtenir un meilleur classement des produits dans les résultats de recherche »*¹²³¹. Non seulement la disposition sous-entend qu'une publicité n'est pas nécessairement payante mais encore que le paiement pour inclure un contenu dans un classement ne vaut pas publicité. Les lignes directrices relatives à cet article précisent cette distinction entre la publicité, qui se matérialise par « *l'insertion, en haut ou à l'intérieur des « résultats naturels », de référencement qui n'auraient pas été présentés au consommateur sur la base de critères objectifs de recherche applicables* » et le « *meilleur classement* » qui consiste à améliorer le référencement au sein du classement en raison de paiement direct ou indirect¹²³².

Le règlement P2B semble adopter cette conception puisqu'il ne recourt pas au terme de publicité lorsqu'il traite de l'influence du paiement sur le classement¹²³³. En revanche, ses lignes directrices démontrent une conception plus large de la publicité puisqu'elles indiquent au sujet de cet article que, s'agissant des moteurs de recherche en ligne, « *le "classement payant" peut englober les possibilités de publicité impliquant la priorité rémunérée des sites internet ou des applications numériques* »¹²³⁴.

S'agissant du règlement DMA, si celui-ci traite bien de la publicité et de l'obligation d'information relative à la rémunération au bénéfice des annonceurs et des éditeurs¹²³⁵, il ne qualifie cependant pas les résultats de recherche payants de publicités¹²³⁶. S'agissant de la rémunération, celle-ci est à entendre de façon large. Elle peut en effet être monétaire et non monétaire¹²³⁷, directe comme les « *paiements effectués dans le but principal ou exclusif d'améliorer le classement* »¹²³⁸, le paiement du support par l'annonceur, ou indirecte comme lorsqu'elle prend la « *forme d'acceptation [...] d'obligations supplémentaires de toute nature* » dont l'application est susceptible d'améliorer le classement¹²³⁹ à l'exemple du versement d'une commission plus élevée au profit du fournisseur en cas de transaction¹²⁴⁰.

¹²³¹ Dir. 2005/29/CE, annexe I, 11° bis.

¹²³² Commission européenne, *Orientations concernant l'interprétation et l'application de la directive 2005/29/CE du Parlement européen et du Conseil relative aux pratiques commerciales déloyales des entreprises vis-à-vis des consommateurs dans le marché intérieur*, précit., pt. 4. 2. 3.

¹²³³ Règl. P2B, art. 5 §3.

¹²³⁴ Commission européenne, *Lignes directrices concernant la transparence en matière de classement conformément au règlement (UE) 2019/1150 du Parlement européen et du Conseil*, précit., pt. 34.

¹²³⁵ Règl. DMA, art. 5 §9 et §10.

¹²³⁶ Règl. DMA, art. 2 (23).

¹²³⁷ V. s'agissant des pratiques commerciales déloyales : CJUE, 2 sept. 2021, aff. C-371/20, *Peek & Cloppenburg* ; *Europe* 2021, comm. 405, note V. Bissani-Winckler.

¹²³⁸ Règl. P2B, consid. 25.

¹²³⁹ Commission européenne, *Lignes directrices concernant la transparence en matière de classement conformément au règlement (UE) 2019/1150 du Parlement européen et du Conseil*, précit., pt. 91.

¹²⁴⁰ *Ibid.*, annexe II.

330. La mise en parallèle avec le *marketing* d'influence - Il convient de noter qu'il existe la même ambiguïté s'agissant du *marketing* d'influence. L'hypothèse de plus en plus courante en ligne consiste à demander à un utilisateur d'émettre une opinion moyennant rémunération. Le cas typique est celui des « *influenceurs* » définis comme « *les personnes physiques ou morales qui, à titre onéreux, mobilisent leur notoriété auprès de leur audience pour communiquer au public par voie électronique des contenus visant à faire la promotion, directement ou indirectement, de biens, de services ou d'une cause quelconque exercent l'activité d'influence commerciale par voie électronique* »¹²⁴¹. Il peut s'agir de *posts* publiés contre rémunération, du partage de contenus affiliés (partages de codes ou de liens de réduction avec le public en échange d'une commission), de *retweets* ou d'un *tag* de la marque¹²⁴². La contrepartie à la publication du message peut être envisagée de façon large puisqu'elle inclut le paiement, la remise, les pourcentages sur les contenus affiliés, des produits gratuits, des voyages, etc.¹²⁴³. Si la distinction entre le caractère commercial et le caractère publicitaire des contenus n'est parfois pas très claire¹²⁴⁴, il s'agit bien selon la Commission européenne d'un type particulier de publicité¹²⁴⁵. De même, le législateur français assimile les deux¹²⁴⁶. Au-delà du cas du *marketing* d'influence, un professionnel ou une marque peut également rémunérer des utilisateurs pour qu'ils déposent des avis positifs sur leurs produits ou acheter des avis¹²⁴⁷.

331. La publicité, contenu potentiellement objet de la recommandation numérique - Si le droit positif, au-delà du numérique, fait volontairement de la publicité une notion large¹²⁴⁸, il convient de retenir ici une conception plus stricte. La publicité consiste à rémunérer l'exploitant d'un espace numérique en échange de la publication d'un message. Rapporté à la

¹²⁴¹ L. n° 2023-451 du 9 juin 2023 visant à encadrer l'influence commerciale et à lutter contre les dérives des influenceurs sur les réseaux sociaux, art. 1.

¹²⁴² Commission européenne, *Orientations concernant l'interprétation et l'application de la directive 2005/29/CE du Parlement européen et du Conseil relative aux pratiques commerciales déloyales des entreprises vis-à-vis des consommateurs dans le marché intérieur*, précit., pt. 4. 2. 6.

¹²⁴³ *Ibid.*

¹²⁴⁴ V. *supra* n° 236. V. également l'art. 5-2 de la L. n° 2023-451 du 9 juin 2023 visant à encadrer l'influence commerciale et à lutter contre les dérives des influenceurs sur les réseaux sociaux qui impose l'identification du contenu en question par la mention « publicité » ou « collaboration commerciale ».

¹²⁴⁵ Commission européenne, *Orientations concernant l'interprétation et l'application de la directive 2005/29/CE du Parlement européen et du Conseil relative aux pratiques commerciales déloyales des entreprises vis-à-vis des consommateurs dans le marché intérieur*, précit., pt. 4. 2. 5.

¹²⁴⁶ L. n° 2023-451 du 9 juin 2023 visant à encadrer l'influence commerciale et à lutter contre les dérives des influenceurs sur les réseaux sociaux, art. 5-2. V. *supra* n° 194.

¹²⁴⁷ Commission européenne, *Orientations concernant l'interprétation et l'application de la directive 2005/29/CE du Parlement européen et du Conseil relative aux pratiques commerciales déloyales des entreprises vis-à-vis des consommateurs dans le marché intérieur*, précit., pt. 4. 2. 4.

¹²⁴⁸ V. *supra* n° 215 et s.

recommandation, cela signifie que celle-ci peut être de nature publicitaire lorsque l'inclusion d'un contenu dans un classement ou la sélection d'un contenu se fait contre rémunération.

Si l'on reprend les termes de la définition du DSA, rien n'empêche que la publicité fasse partie d'un système de recommandation dans la mesure où il ne s'agit que d'information provenant d'un tiers. Dès lors, la publicité entendue comme l'insertion d'un contenu provenant d'un tiers n'est qu'un critère, non pas de la recommandation elle-même, mais de sa construction.

2. Les contenus provenant en tout ou partie du fournisseur de la recommandation numérique

332. Les contenus provenant en partie du fournisseur de la recommandation : l'autopromotion - L'origine des contenus objets de la recommandation ne semble pas un critère pertinent pour la qualifier comme telle.

En droit interne de la consommation, et avant l'adoption de la loi SREN, « *l'opérateur de plateforme en ligne* » pouvait également avoir pour activité « *la fourniture d'informations permettant la comparaison des prix et des caractéristiques de biens et de services proposés par des professionnels* »¹²⁴⁹. Si le législateur envisageait l'hypothèse où le classement des offres de biens et de services étaient influencé par la rémunération du site par les professionnels référencés¹²⁵⁰, c'est-à-dire la publicité, et qu'il semblait donc faire de l'origine du contenu un critère de la recommandation en soi, l'ancien article D. 111-10 alinéa 2 du code de la consommation envisageait clairement l'hypothèse où « *les sites de vente à distance [...] proposent, à titre principal, la comparaison de biens ou de services vendus par eux-mêmes ou par des tiers* ». La situation apparaît, à certains égards, moins certaine aujourd'hui. Désormais, le comparateur en ligne est défini comme « *tout service de communication au public en ligne consistant en la fourniture d'informations permettant la comparaison des prix et des caractéristiques de biens et de services proposés par des professionnels* »¹²⁵¹. *A priori*, le comparateur est distinct des professionnels visés, ce qui semble corroboré par la suppression de la disposition faisant explicitement référence aux biens ou services vendus également par le comparateur. Pour autant, il faut certainement se garder d'une lecture trop stricte des textes applicables aux comparateurs. D'une part, le droit de la consommation manie de façon très

¹²⁴⁹ C. consom., art. L-111-7 al. 9 (ancien).

¹²⁵⁰ C. consom., art. D. 111-11, al. 2, 3° (ancien).

¹²⁵¹ C. consom., art. liminaire, 18°.

accueillante les qualifications juridiques dans l'objectif de protéger le consommateur. D'autre part, si l'actuel article D. 111-7 du code de la consommation insiste en matière de transparence sur les relations entre comparateurs et professionnels référencés, c'est en réalité tout le service de comparaison, notamment les critères de classement des offres, qui sont visés.

En droit européen, le règlement P2B traite expressément du « *traitement différencié* » opéré par le fournisseur d'un service d'intermédiation en ligne ou d'un service de moteur en recherche en ligne notamment en matière de classement de contenus¹²⁵². Ce traitement différencié concerne le cas où un fournisseur de service d'intermédiation en ligne « *propose lui-même des biens ou services aux consommateurs dans le cadre de ses propres services d'intermédiation, ou via une entreprise utilisatrice qu'il contrôle* » et qu'il peut « *concurrencer directement les autres entreprises utilisatrices de ses services d'intermédiation en ligne qu'il ne contrôle pas, ce qui pourrait donner au fournisseur une motivation économique et la capacité de tirer parti du contrôle qu'il exerce sur les services d'intermédiation en ligne pour fournir des avantages techniques ou économiques à ses propres offres ou à celles qu'il propose par l'intermédiaire d'une entreprise qu'il contrôle, avantages qu'il pourrait refuser aux entreprises utilisatrices concurrentes* »¹²⁵³. La même crainte est d'ailleurs exprimée à l'égard des fournisseurs de moteurs de recherche en ligne qui pourraient être tentés de favoriser leurs propres services et ceux qu'ils contrôlent au détriment des autres utilisateurs de sites internet¹²⁵⁴.

Ce traitement différencié est également une préoccupation du règlement DMA qu'il qualifie parfois de « *préférentiel* »¹²⁵⁵. Pour les mêmes raisons que le règlement P2B, le texte impose au contrôleur d'accès de ne pas accorder, « *en matière de classement ainsi que pour l'indexation ou l'exploration qui y sont liées, un traitement plus favorable aux services et produits proposés par le contrôleur d'accès lui-même qu'aux services ou produits similaires d'un tiers* »¹²⁵⁶.

333. L'indifférence affichée de l'origine des contenus, objets de la recommandation numérique - La préoccupation du législateur en matière « *d'autopréférence* » démontre donc que le contenu peut ne pas provenir d'un tiers mais du fournisseur de la recommandation lui-

¹²⁵² Règl. P2B, art. 7.

¹²⁵³ Règl. P2B, consid. 30.

¹²⁵⁴ Règl. P2B, consid. 31.

¹²⁵⁵ Règl. DMA, consid. 52.

¹²⁵⁶ Règl. DMA, art. 6 §5.

même. L'indifférence relative à l'origine du contenu pour saisir la notion de recommandation doit être étendue à des domaines non économiques¹²⁵⁷.

L'origine du contenu n'est évoquée dans le règlement DSA que dans le considérant 70 qui évoque « *les informations fournies par les destinataires* » du service. Or, le fait que la définition du système de recommandation n'y fasse pas référence peut laisser penser que l'origine du contenu est indifférente. L'objectif du texte est en effet de lutter contre les contenus illicites circulant grâce à des fournisseurs de services intermédiaires et sur ces services. La difficulté provient du fait que ces acteurs n'ont pas nécessairement connaissance de leur illicéité parce que ces contenus proviennent majoritairement de tiers. Il s'agit donc d'organiser le retrait de ces contenus en distinguant selon que le fournisseur de service a connaissance ou n'a pas connaissance de l'illicéité des contenus qu'ils traitent, mais il serait réducteur de réduire le contenu à celui qui provient d'un tiers. La responsabilité conditionnée, singulièrement celle du fournisseur d'hébergement, ne joue en effet qu'à l'égard de contenus provenant de tiers et ne s'applique dès lors pas lorsque le destinataire du service, c'est-à-dire ce tiers qui demande à ce que son contenu soit stocké par l'hébergeur, « *agit sous l'autorité ou le contrôle du fournisseur* »¹²⁵⁸.

334. L'exclusion des contenus provenant en totalité du fournisseur de la recommandation - Les contenus objets de la recommandation peuvent donc provenir en totalité ou pour partie de tiers. Mais l'on peut se demander si la recommandation peut porter sur des contenus provenant en totalité du fournisseur de la recommandation. La réponse semble être négative dans la mesure où les textes visent bien souvent des contenus dont l'origine est

¹²⁵⁷ Jusqu'ici, l'autopréférence de certains acteurs à l'égard de leurs propres services est essentiellement envisagée sous l'angle économique, en particulier concurrentiel en ce qu'elle peut bloquer l'accès au marché des concurrents. Certains opérateurs ont d'ailleurs été sanctionnés pour s'être livrés à l'autopréférence sur le terrain de l'abus de position dominante comme Google ayant paramétré l'algorithme de son moteur de recherche afin de privilégier son service de comparaison (Trib. UE, 10 nov. 2021, aff. T-612/17, *Google Shopping : RTD eur.* 2022, p. 766, obs. L. Idot – Commission européenne, déc. AT. 39740, 27 juin 2017, *Google Shopping : CCC* 2018, comm. 52, obs. D. Bosco) et son service publicitaire (ADLC, 7 juin 2021, déc. n° 21-D-11 relative à des pratiques mises en œuvre dans le secteur de la publicité sur Internet : *CCC* 2021, comm. 140, obs. D. Bosco). La condamnation de Google par la Commission européenne pour son service de comparaison a d'ailleurs été confirmée en 2024 (CJUE, 10 sept. 2024, aff. C-48/22 P, *Google Shopping : CCE* 2024, étude 17, M. Behar-Touchais ; *Europe* 2024, comm. 406, L. Idot ; *CCC* 2024, comm. 164, D. Bosco). Une autre condamnation de Google pour autopréférence a été annoncée par la Commission européenne le 5 septembre 2025 à propos de son service de publicité : Commission européenne, communiqué de presse IP/25/1992, 5 sept. 2025, accessible en ligne : https://europa.eu/newsroom/ecpc-failover/pdf/ip-25-1992_fr.pdf. Il convient à cet égard de noter le changement d'approche en la matière. Alors que l'autopréférence devait jusqu'ici être caractérisée *in concreto*, l'article 6 §5 du règl. DMA en fait une pratique interdite *per se*. Sur la notion d'auto-préférence, v. : C. ZOLYNSKI (prés.), *Les assistants vocaux et les autres agents conversationnels*, rapp. du CSPLA, déc. 2022, p. 72 et s.

¹²⁵⁸ Règl. DSA, art. 6 §2.

hétérogène – contenus propriétaires et contenus tiers – ou homogène – contenus provenant uniquement de tiers.

En droit européen de la consommation, la recommandation de contenus « *propriétaires* » est d'ailleurs exclue. Les lignes directrices relatives aux pratiques commerciales déloyales précisent à cet égard que l'obligation d'information portant sur le classement « *ne s'applique pas aux professionnels qui laissent uniquement leurs consommateurs rechercher leurs propres offres de produits différents* »¹²⁵⁹. Il semble qu'en la matière, doivent être distingués le classement et l'obligation d'information portant sur le classement. Cette transparence n'est ici pas requise pour les propres contenus du fournisseur dans la mesure où la manipulation du consommateur ne tient pas au mélange de contenus provenant de tiers et de contenus propriétaires.

335. La critique de l'exclusion des contenus provenant en totalité du fournisseur de la recommandation - Cette restriction, implicite ou explicite, de la recommandation n'est pas satisfaisante. Les effets de la recommandation sur l'utilisateur de façon générale sont aussi problématiques en présence de contenus provenant exclusivement de son fournisseur. C'est le cas en droit de la consommation où il pourrait favoriser des biens ou des services plus onéreux selon la propension à payer du consommateur. Dans le domaine de la presse en ligne, un éditeur pourrait favoriser les articles selon les préférences tacites des lecteurs. Ces hypothèses, qui ont tous les traits du cas d'école, doivent amener à faire de l'origine du contenu objet de la recommandation un critère indifférent à la recommandation elle-même. Une recommandation peut être hétérogène lorsqu'elle porte sur des contenus provenant du fournisseur de la recommandation et des contenus provenant de tiers contre rémunération ou non. Elle peut être également homogène lorsqu'elle repose sur des contenus provenant uniquement de tiers ou seulement du fournisseur de la recommandation.

§2. L'irréductibilité du contenu à une recommandation numérique

336. La conséquence de la dissociation de la recommandation et sa matière première - Matière première de la recommandation numérique, et même si cette dernière se matérialise de

¹²⁵⁹ Commission européenne, *Orientations concernant l'interprétation et l'application de la directive 2005/29/CE du Parlement européen et du Conseil relative aux pratiques commerciales déloyales des entreprises vis-à-vis des consommateurs dans le marché intérieur*, C/2021/9320, 29 déc. 2021, pt. 4. 2. 3.

fait par des contenus, ces derniers ne peuvent y être réduits. Si une ambiguïté est entretenue par le législateur sur ce point (A), il faut néanmoins admettre une irréductibilité de nature entre la recommandation et des contenus (B).

A. L'ambiguïté entretenue par le législateur

337. Une distinction peu claire entre avis en ligne et recommandations : exemple du droit français - Auparavant objet d'une norme AFNOR d'application volontaire¹²⁶⁰, l'avis en ligne fait son entrée en droit positif par la loi pour une République numérique du 7 octobre 2016 et se définit comme « *l'expression de l'opinion d'un consommateur sur son expérience de consommation grâce à tout élément d'appréciation, qu'il soit qualitatif ou quantitatif* »¹²⁶¹. Bien que l'avis en ligne s'apprécie de façon large tant dans sa matérialisation que dans son objet¹²⁶², le texte opère une distinction entre ces avis et les recommandations. Selon le code de la consommation, ne sont pas considérés comme des avis en ligne « *les parrainages d'utilisateurs, les recommandations par des utilisateurs d'avis en ligne ainsi que les avis d'experts* »¹²⁶³.

Si l'exclusion des avis d'experts se conçoit en raison de la qualité de leur émetteur et celle des parrainages d'utilisateur en raison de leur nature qui les rapprochent de l'offre, la mise à l'écart des recommandations par des utilisateurs d'avis en ligne peut laisser perplexe. D'après le Centre Européen des Consommateurs France, il s'agit de recommandations d'un site marchand du type « *les clients ayant acheté cet article ont également acheté ...* »¹²⁶⁴.

338. Une distinction nébuleuse entre avis en ligne et recommandations : exemple en droit européen - La directive Omnibus modifiant la directive 2005/29/CE relative aux pratiques commerciales déloyales fait référence au « *fait de faire part aux autres consommateurs de leur expérience avec différents produits ou professionnels* »¹²⁶⁵ ce qui vise

¹²⁶⁰ Norme AFNOR NF Z74-501, 4 juill. 2013.

¹²⁶¹ C. consom., art. D. 111-9.

¹²⁶² Il importe peu que le rédacteur de l'avis ait effectivement « *consommé ou non* » : C. consom., art. D-111-9 al. 2.

¹²⁶³ C. consom., art. D-111-9 al. 3.

¹²⁶⁴ « Les avis sur Internet : comment leur faire confiance ? », CEC France, 20 juin 2022, accessible en ligne : <https://www.europe-consommateurs.eu/achats-internet/les-avis-en-ligne.html>.

¹²⁶⁵ Commission européenne, *Orientations concernant l'interprétation et l'application de la directive 2005/29/CE du Parlement européen et du Conseil relative aux pratiques commerciales déloyales des entreprises vis-à-vis des consommateurs dans le marché intérieur*, précit., pt. 4. 2. 4.

les avis qualitatifs¹²⁶⁶ comme les avis rédactionnels, les avis quantitatifs¹²⁶⁷ comme la notation¹²⁶⁸, portant sur des produits, leurs caractéristiques mais également les qualités et performances des professionnels offrant ou vendant ces produits¹²⁶⁹. La directive 2005/29/CE traite également des « *recommandations sociales* » aux côtés des avis en ligne, suggérant que les deux se distinguent. Non définies par la directive omnibus modifiant la directive 2005/29/CE, le considérant 49 en donne pourtant un exemple. Il s'agit des mentions « *j'aime* » sur les réseaux sociaux, sans préciser si elles relèvent des recommandations ou des avis.

La Commission européenne a été amenée à préciser la notion qu'elle considère comme devant être interprétée de façon large, « *couvrant les pratiques relatives aux faux suiveurs, aux fausses réactions et aux fausses opinions* »¹²⁷⁰. D'une part, la recommandation est qualifiée de façon péjorative puisqu'elle est forcément fausse, ce qui ne semble pas opportun. Elle n'est pas non plus mise sur le même plan que l'avis en ligne dont la définition ne préjuge pas de sa fausseté ou de sa véracité. D'autre part, les exemples donnés peuvent laisser songeur. Il apparaît en effet difficile de distinguer les fausses opinions, constitutives de recommandations, des avis en ligne qui ne sont pas des recommandations. Suivre un professionnel ne consiste pas en soi à inciter les consommateurs. De même, les réactions peuvent être très diverses et l'on peut se demander en quoi ils peuvent relever systématiquement d'une recommandation. Si cela peut se concevoir s'agissant de la notation, les *likes* ou les *smileys* rieurs sont plus ambigus.

Envisageant l'hypothèse de dénaturation, la directive Omnibus donne un autre exemple de recommandation qui peut consister « *à extrapoler des recommandations sociales lorsque l'interaction positive d'un utilisateur avec un certain contenu en ligne est reliée ou transférée à un contenu différent mais associé, créant ainsi l'apparence que cet utilisateur a également une opinion positive de ce contenu* »¹²⁷¹. À son tour, la Commission européenne donne l'exemple de la pratique consistant à « *relier les recommandations de consommateurs à d'autres contenus que ceux que le consommateur avait en tête* »¹²⁷². À première vue donc, « *les utilisateurs qui ont aimé cet article ont également aimé tel article* » relève d'une extrapolation déformant les recommandations sociales.

¹²⁶⁶ C. consom., art. D. 111-16.

¹²⁶⁷ C. consom., art. D. 111-16.

¹²⁶⁸ Commission européenne, *Orientations concernant l'interprétation et l'application de la directive 2005/29/CE du Parlement européen et du Conseil relative aux pratiques commerciales déloyales des entreprises vis-à-vis des consommateurs dans le marché intérieur*, précit., pt. 4. 2. 4.

¹²⁶⁹ *Ibid.*

¹²⁷⁰ *Ibid.*

¹²⁷¹ Dir. (UE) 2019/216, consid. 49.

¹²⁷² Commission européenne, *Orientations concernant l'interprétation et l'application de la directive 2005/29/CE du Parlement européen et du Conseil relative aux pratiques commerciales déloyales des entreprises vis-à-vis des consommateurs dans le marché intérieur*, précit., pt. 4. 2. 4.

339. Une confusion opérée entre la recommandation et ses éléments de construction -

Cet exemple tiré du droit de la consommation témoigne d'une volonté légitime de protéger le consommateur en ligne mais conduit à des confusions dommageables à la notion de recommandation et à ses rapports avec d'autres pratiques. En réalité, il semble que le législateur opère une confusion entre ce qui a trait à la matérialisation de la recommandation et à sa construction, c'est-à-dire aux critères du classement. « Suivre » un compte ou « liker » ne constitue pas en soi une recommandation. En revanche, un compte qui est suivi par de nombreux internautes envoie un signal de confiance aux consommateurs. Lors d'une recherche ou d'une navigation, un tel compte ou un contenu qui a fait l'objet de nombreux *likes* augmente ses chances d'être recommandé. Dès lors, les « *likes* », les « *smileys* », les « *abonnements* » à certains comptes, les « *requêtes* », les « *clics* » constituent davantage des fonctionnalités dont l'utilisation peut influencer le classement que des recommandations en tant que telles. Ces fonctionnalités, qui requièrent un rôle actif de l'internaute, sont déterminantes pour construire une recommandation de même que les activités passives qui consistent à « voir » ou à « scroller » un écran.

Les textes relatifs au classement proprement dit vont même plus loin. Par exemple, le règlement P2B expose dans un considérant que « *le classement rend compte de la priorité relative accordée aux offres des entreprises utilisatrices ou de la pertinence donnée aux résultats de recherche, tels qu'ils sont présentés, organisés ou communiqués par les fournisseurs de services d'intermédiation en ligne ou les fournisseurs de moteurs de recherche en ligne, résultant de l'utilisation du séquençage algorithmique, de mécanismes d'évaluation ou de notation, de la mise en surbrillance, d'autres outils de mise en évidence ou d'une combinaison de ces différents moyens* »¹²⁷³. Si, sur le fond, le texte semble mêler les moyens du classement et sa matérialisation, la notation mentionnée n'est pas sans évoquer les avis en ligne de nature quantitative. En réalité, il faut considérer la notation comme ressortant des critères du classement. La somme des notes portant sur un bien, un service, un contenu, un professionnel impacte leur classement et peut apparaître, ou non, aux yeux de l'utilisateur.

340. L'ambiguïté du règlement DMA dans sa définition des réseaux sociaux -

Le règlement sur les marchés numériques évoque également les recommandations dans sa définition donnée au service de réseaux sociaux en ligne. Ce dernier est en effet envisagé comme « *une plateforme en ligne permettant aux utilisateurs finaux de se connecter ainsi que*

¹²⁷³ Règl. P2B, consid. 24. V. également : Dir. (UE) 2019/2161, consid. 19 ; Règl. DMA, consid. 52.

de communiquer entre eux, de partager des contenus et de découvrir d'autres utilisateurs et d'autres contenus, sur plusieurs appareils et, en particulier, au moyen de conversations en ligne (chats), de publications (posts), de vidéos et de recommandations »¹²⁷⁴. La recommandation est donc un moyen de découverte d'utilisateurs ou de contenus.

Plusieurs lectures de cette disposition peuvent être faites. D'un côté, il est possible de considérer la recommandation comme un contenu suggestif en soi dans la mesure où elle est mise sur le même plan que les conversations, les publications et les vidéos. De l'autre, il peut être considéré que cet article doit être lu en relation avec la définition du système de recommandation telle que posée par le règlement DSA qui en fait une hiérarchisation de contenus.

B. Une irréductibilité de nature entre recommandation et contenus

341. La suggestion, composante potentielle de l'activité discursive en ligne - L'activité discursive en ligne fait référence aux discours tenus en ligne. Ces derniers peuvent prendre la forme d'avis en ligne ou de conversations en ligne qui se distinguent par leur degré de cadrage.

Les avis en ligne sont effets extrêmement cadrés : échelle de notes ou d'étoiles de 1 à 5, zone de commentaires, possibilité d'évaluer la prestation selon divers critères, etc. Ils ne s'inscrivent d'ailleurs pas nécessairement dans un contexte purement consumériste. Allociné et Babelio n'organisent pas la rencontre entre un consommateur et un professionnel mais permettent aux amateurs de cinéma et de littérature de rendre compte de leurs opinions à propos d'œuvres consommées en ligne ou hors ligne. Cela ne signifie pas que ces avis en ligne n'ont pas d'impact sur la consommation et plus généralement sur les industries culturelles. Simplement, ils ne s'inscrivent pas dans une logique d'appariement d'une offre et d'une demande nécessitant de construire une confiance entre un consommateur et un professionnel pour assurer le succès d'une transaction. Ils ne sont pas la conséquence d'un modèle d'affaires mais plutôt leur cause. Parce que ces plateformes d'évaluation sont d'utilisation gratuite de la part des internautes, il faut bien qu'elles se financent d'une manière ou d'une autre, ce qui passe souvent par le recours à la publicité, bien souvent ciblée grâce aux données personnelles des utilisateurs¹²⁷⁵. L'unité des avis en ligne réside donc davantage dans leur formatage que dans leur objet qui doit conduire à les considérer comme un type particulier d'activité discursive.

¹²⁷⁴ Règl. DMA, art. 2 (7).

¹²⁷⁵ V. *supra* n° 89.

Les conversations en ligne visent quant à elles les *tweets*, les commentaires de publications sur Facebook, les *stories*, les *reels*, les clips sur TikTok, les articles de *blogs*. Leur distinction avec les avis en ligne ne réside pas tant dans leur contexte d'émission – les réseaux sociaux proposent aussi des systèmes d'avis à l'instar de Facebook – que dans leur cadrage. Le cadrage ne se réfère pas nécessairement aux dispositifs techniques et architecturaux. Les réseaux sociaux, les sites de presse en ligne disposent également de zones d'expression. Le cadrage concerne ici la part de liberté laissée à l'internaute dans le principe même de son expression, son moment, sa forme, ses destinataires.

Dans cette perspective, les avis en ligne apparaissent plus normés que les conversations qui ne sont que la déclinaison des conversations informelles hors ligne, à ceci près que le monde entier peut y prendre part si telle est la volonté de l'initiateur.

342. Une différence de nature subjective excluant les contenus de la notion de recommandation - Ces deux activités se rejoignent dans l'hétérogénéité de leur nature, éminemment subjective, ce qui doit conduire à les exclure de la notion de recommandation dans la mesure où la suggestion dépend à la fois de la signification du discours et des dispositions d'esprit de leur récepteur.

Toute opinion n'est pas, en effet, une incitation. Donner son avis, exprimer un point de vue ne revient pas *ipso facto* à inciter le récepteur, il s'agit d'abord « *de rendre compte* ». Les motivations des rédacteurs d'avis en ligne sont d'ailleurs très diverses : « *les raisons de se lancer dans l'exercice relèvent d'un faisceau de considérations, personnelles (plaisir d'écrire), culturelles (défendre un auteur), sociales (valoriser cette activité critique autour de soi), parfois même professionnelles (devenir journaliste)* »¹²⁷⁶. Dans un contexte de consommation, la raison d'être du dépôt de l'avis, pour son émetteur, n'est pas nécessairement d'inciter positivement ou négativement ses pairs mais peut consister à obtenir un remboursement par exemple. C'est en réalité le récepteur de l'avis qui fera de ce dernier un critère de sa décision. De même, les conversations en ligne ne sont pas toutes incitatives. Partager son humeur, raconter une anecdote, exprimer un jugement sur un fait d'actualité n'a rien d'incitatif.

343. Une différence de nature structurelle excluant les contenus de la notion de recommandation - La seconde raison pour exclure les activités discursives de la notion de

¹²⁷⁶ V. BEAUDOUIN, D. PASQUIER, « Organisation et hiérarchisation des mondes de la critique amateur cinéophile », *Réseaux* 2014/1, n° 183, p. 125.

recommandation tient à leur structure hétérogène. La recommandation porte en effet sur un ou des contenus. La recommandation est donc composée de la recommandation elle-même – hiérarchisation ou sélection – et du ou des contenus.

Or, les avis en ligne et les conversations en lignes n'ont pas nécessairement pour objet un contenu. Elles peuvent porter sur des faits d'actualité, des œuvres de l'esprit, des biens, des services ou encore des personnes. Mais surtout, elles se matérialisent par un contenu. Performative, la recommandation implique une sélection ou un classement de contenus mais ne constitue pas un contenu en elle-même si elle le reproduit. Par conséquent, l'activité discursive des utilisateurs peut faire l'objet de la recommandation, peut en être un critère, mais doit être exclue de la notion de recommandation.

344. Différence de nature, différence de régime et *vice versa* - Dans un article resté célèbre¹²⁷⁷, Jean-Louis Bergel finissait d'esquisser ce que certains qualifient de « *pièce maîtresse de la méthodologie juridique* »¹²⁷⁸, à savoir l'idée selon laquelle à une différence de nature correspond une différence de régime et, corrélativement, qu'à une identité de nature correspond une identité de régime. Quelques années plus tard, Frédéric Rouvière adressera à l'auteur une réponse tout aussi déterminante dans la doctrine : le principe « *différence de nature = différence de régime* » n'est pertinent que dans l'application du droit¹²⁷⁹. Ce mouvement descendant¹²⁸⁰ – la nature détermine le régime – a, comme l'auteur du principe l'explique lui-même, une fonction pratique et concrète¹²⁸¹ : qualifiés, les faits se meuvent dans une catégorie juridique dont il résulte un régime juridique¹²⁸². Au contraire, la recherche juridique se doit bien souvent d'enclencher le mouvement inverse, c'est-à-dire ascendant¹²⁸³, parce que la nature juridique d'un concept n'est pas nécessairement exprimée, ni par le législateur ni par le juge, et qu'en tout état de cause le travail doctrinal résulte de la mise en cohérence du droit¹²⁸⁴. En somme, c'est le régime juridique qui met sur le chemin de la nature¹²⁸⁵.

¹²⁷⁷ J.-L. BERGEL, « Différence de nature (égale) différence de régime », *RTD civ.* 1984, p. 255.

¹²⁷⁸ F. ROUVIÈRE, « Le revers du principe "différence de nature (égale) différence de régime" », in *Le droit entre autonomie et ouverture, Mélanges en l'honneur de Jean-Louis Bergel*, Bruylant, 2013, p. 415.

¹²⁷⁹ *Ibid.*, p. 420.

¹²⁸⁰ *Ibid.*, p. 416.

¹²⁸¹ J.-L. BERGEL, « Différence de nature (égale) différence de régime », art. précit., p. 255, n° 5.

¹²⁸² *Ibid.*, p. 255, n° 3.

¹²⁸³ F. ROUVIÈRE, « Le revers du principe "différence de nature (égale) différence de régime" », précit., p. 416.

¹²⁸⁴ *Ibid.*, p. 419.

¹²⁸⁵ *Ibid.*, p. 427.

Dans le cadre de cette étude, les deux mouvements – descendants et ascendants – se sont entrelacés. À l'intuition qu'il existait une différence de nature entre contenus incitatifs et recommandation numérique, l'examen parallèle de leur régime a mis au jour des différences qui ne font que renforcer l'idée d'une exclusion des contenus incitatifs de la notion de recommandation.

345. Un régime substantiel pour une nature substantielle - Comme il a été vu précédemment, la nature incitative d'un contenu peut être très subjective, parce que la catégorie des contenus est extrêmement hétérogène. Une opinion exprimée sur les réseaux sociaux par exemple pourra être vue comme une incitation pour les uns mais pas pour les autres.

Mais qu'importe son caractère incitatif ou non, un contenu relève avant tout d'une activité discursive et donc, en droit interne, de la liberté de communication telle que consacrée à l'article 11 de la Déclaration des droits de l'Homme et du Citoyen qui dispose : « *La libre communication des pensées et des opinions est un des droits les plus précieux de l'homme : tout citoyen peut donc parler, écrire, imprimer librement, sauf à répondre de l'abus de cette liberté dans les cas déterminés par la loi* ». La Convention européenne des droits de l'Homme, qui préfère les termes de liberté d'expression, dispose quant à elle que « *toute personne a droit à la liberté d'expression. Ce droit comprend la liberté d'opinion et la liberté de recevoir ou de communiquer des informations ou des idées sans qu'il puisse y avoir ingérence d'autorités publiques et sans considération de frontière (...)* ».

Comme en droit interne, cette liberté comporte des limites. En effet, « *l'exercice de ces libertés comportant des devoirs et des responsabilités peut être soumis à certaines formalités, conditions, restrictions ou sanctions prévues par la loi, qui constituent des mesures nécessaires, dans une société démocratique, à la sécurité nationale, à l'intégrité territoriale ou à la sûreté publique, à la défense de l'ordre et à la prévention du crime, à la protection de la santé ou de la morale, à la protection de la réputation ou des droits d'autrui, pour empêcher la divulgation d'informations confidentielles ou pour garantir l'autorité et l'impartialité du pouvoir judiciaire* ».

Dès lors, c'est l'objet de l'expression elle-même que les textes visent lorsqu'il s'agit de limiter la liberté des individus. En matière numérique, toute une série de textes a vocation à s'appliquer : la loi du 29 juillet 1881 sur la liberté de la presse (diffamation¹²⁸⁶ et injure

¹²⁸⁶ L. du 29 juillet 1881 sur la liberté de la presse. art. 29 al. 1.

publique¹²⁸⁷ par exemple), du code pénal (*revenge porn*¹²⁸⁸, cyberharcèlement¹²⁸⁹, ...), du code civil (responsabilité pour faute¹²⁹⁰, atteinte au droit à l'image ou à la vie privée¹²⁹¹). Ces textes ont plusieurs points communs : il s'agit d'engager la responsabilité du fournisseur du contenu qui outrepasserait la liberté d'expression, dans sa substance même. Par fournisseur de contenu, il convient d'entendre celui qui est auteur de sa mise en ligne, auteur « *de l'information source* », voire utilisateur d'une IA générative¹²⁹². Par exception, et dans le cas d'infractions de presse commises en ligne, l'article 93-3 de la loi du 29 juillet 1982 sur la communication audiovisuelle prévoit un régime de responsabilité en cascade lorsque ledit message a fait l'objet d'une fixation préalable à sa communication au public. Dans ce cas, le directeur de la publication sera poursuivi comme auteur principal¹²⁹³, « *à défaut, l'auteur, et à défaut de l'auteur, le producteur* »¹²⁹⁴.

Il convient de préciser que certaines dispositions du code pénal répriment spécifiquement les incitations, lesquelles peuvent également se matérialiser en ligne. La provocation doit parfois avoir été suivie d'effets. Tel est le cas de la provocation directe à commettre un crime ou un délit, que cette provocation soit verbale (discours, cris, menaces proférées dans des lieux ou réunions publics) ou écrite (imprimés, dessins, gravures, peintures, emblèmes, images) ou qu'elle se matérialise sur « *tout autre support de l'écrit, de la parole ou de l'image vendus ou distribués, mis en vente ou exposés dans des lieux ou réunions publics, soit par des placards ou des affiches exposés au regard du public, soit par tout moyen de communication au public par voie électronique* »¹²⁹⁵. Mais certaines dispositions du code pénal font de certaines incitations des infractions formelles. Peu importe qu'elles ne soient pas suivies d'effets, elles tombent sous le coup de la loi comme la provocation directe à commettre un crime¹²⁹⁶, la provocation à commettre des atteintes volontaires à la vie, à l'intégrité de la personne, des agressions sexuelles¹²⁹⁷, des vols, extorsions, destructions, dégradations volontaires dangereuses pour la personne¹²⁹⁸ ou le fait de provoquer des crimes ou délits portant

¹²⁸⁷ L. du 29 juillet 1881 sur la liberté de la presse, art. 29 al. 2.

¹²⁸⁸ C. pén., art. 226-2-1, al. 2.

¹²⁸⁹ C. pén., art. 222-33-2-2, b), 4°.

¹²⁹⁰ C. civ., art. 1240.

¹²⁹¹ C. civ., art. 9.

¹²⁹² M. Vivant (dir), « Une détermination variable du responsable selon le régime de responsabilité », in *Lamy droit du numérique - Expert*, 2025, n° 2189 et s.

¹²⁹³ L. du 29 juillet 1982 sur la communication audiovisuelle, art. 93-3 al. 1.

¹²⁹⁴ L. du 29 juillet 1982 sur la communication audiovisuelle, art. 93-3 al. 2.

¹²⁹⁵ C. pén., art. 23 al. 1.

¹²⁹⁶ C. pén., art. 23 al. 2.

¹²⁹⁷ C. pén., art. 24 al. 1, 1°.

¹²⁹⁸ C. pén., art. 24 al. 1, 2°.

atteinte aux intérêts fondamentaux de la nation¹²⁹⁹. L'apologie de certains crimes et délits (terrorisme¹³⁰⁰, crimes de guerre, crimes contre l'humanité, crime de réduction en esclavage, ...¹³⁰¹) est distinguée des provocations non suivies d'effets qui se caractérisent par des incitations directes. L'apologie serait en cela « *un terme beaucoup plus large qui vise à notre sens, spécialement les manifestations d'opinion* »¹³⁰². Dans l'affaire *Aussaresses*, le Tribunal de grande instance de Paris¹³⁰³ comme la Cour d'appel¹³⁰⁴ ont estimé que l'apologie constituait en effet une provocation indirecte à commettre des crimes.

346. Un régime formel pour une nature formelle - Les recommandations numériques ont une nature structurelle, c'est-à-dire formelle. L'incitation ne se loge pas au sein d'un contenu mais dans la présentation incitative de contenus. Les règles applicables à la recommandation numérique confirment cette distinction de nature entre incitations substantielles et incitations formelles, le régime juridique de ces dernières étant fondé sur la transparence.

« *Obsession législative* »¹³⁰⁵, la transparence ne fait pas l'objet de définition commune en droit¹³⁰⁶. Pour Marylou Le Roy, elle peut se scinder en trois catégories : la transparence-information (dire ce qu'on fait), la transparence-loyauté (faire ce qu'on dit) et la transparence-action (donner la possibilité au bénéficiaire d'agir)¹³⁰⁷. Ces trois catégories se retrouvent dans le régime applicable aux recommandations numériques.

Nombreux sont les textes à imposer une obligation d'information à la charge des fournisseurs de recommandation : ces derniers doivent en effet indiquer au bénéficiaire – consommateur selon les cas – les paramètres de classement des contenus¹³⁰⁸ et, s'agissant du règlement P2B par exemple, l'existence et les considérations relatives à l'existence d'un traitement différencié¹³⁰⁹.

Le règlement DSA comporte également deux dispositions qui se rapprochent de la transparence-loyauté en matière de recommandation numérique. Dans le cadre de l'obligation faite aux très grandes plateformes et aux très grands moteurs de recherche d'atténuer les risques

¹²⁹⁹ C. pén., art. 24, al. 2.

¹³⁰⁰ C. pén., art. 421-2-5.

¹³⁰¹ C. pén., art. 24 al. 3.

¹³⁰² CH. BIGOT, *Pratique du droit de la presse 2026/2027*, Lefebvre Dalloz, 5^{ème} éd., 2025, p. 454, n° 326.31.

¹³⁰³ TGI Paris, 17^{ème} ch., 25 janv. 2002 : *Légipresse* 2002, n° 191, I, p. 35.

¹³⁰⁴ CA Paris, 11^{ème} ch. corr., section B, 25 avr. 2003.

¹³⁰⁵ M. BEHAR-TOUCHAIS, « Vice et vertus de la transparence », *RLDC* oct./déc. 2007, n° 13, p. 164 et s.

¹³⁰⁶ M. LE ROY, *La loyauté des plateformes à l'égard des consommateurs*, préf. C. Zolynski et N. Sauphanor-Brouillaud, Dalloz, coll. Nouvelle Bibliothèque de Thèses, vol. 224, 2023, p. 319, n° 227.

¹³⁰⁷ *Ibid.*, p. 320.

¹³⁰⁸ C. consom., art. L. 111-7, II ; Dir. 2005/29/CE, art. 7 §4 (*bis*).

¹³⁰⁹ Règl. P2B, art. 5.

systémiques de leurs services¹³¹⁰, l'article 35 liste une série de mesures qu'elles peuvent prendre, notamment « *le test et l'adaptation de leurs systèmes algorithmiques, y compris leurs systèmes de recommandation* »¹³¹¹. Ces mesures font l'objet de rapports exhaustifs annuels¹³¹².

Enfin, s'agissant de la transparence-action, le règlement DSA fait obligation aux fournisseurs de plateforme en ligne de fournir à leurs utilisateurs les options mises à leur disposition pour modifier ou influencer les principaux paramètres des systèmes de recommandation¹³¹³. De même, les très grandes plateformes en ligne et les très grands moteurs de recherche en ligne doivent proposer au moins une option pour chacun de leurs systèmes de recommandation permettant à leurs utilisateurs de ne pas être profilés¹³¹⁴.

347. Conséquence de la distinction : l'impossible responsabilité des fournisseurs de recommandation numérique à raison des contenus qui en font l'objet - Face à la mise en ligne d'un contenu illicite, il serait tentant de rechercher la responsabilité de l'exploitant de l'espace sur lequel ledit contenu a été publié et intégré dans un système de recommandation. Dans l'arrêt *Cyando et YouTube* rendu par la CJUE le 22 juin 2021¹³¹⁵, des titulaires de droits de propriété intellectuelle avaient assigné les deux plateformes au motif que certains de leurs contenus avaient été mis en ligne par les utilisateurs de ces dernières. Pour la Cour, ce sont les utilisateurs de ces plateformes, « *agissant de manière autonome et sous leur propre responsabilité* » qui « *téléversent* » les contenus potentiellement illicites sur la plateforme concernée et non « *l'exploitant* »¹³¹⁶. Ce sont également eux « *qui déterminent si les contenus qu'ils ont téléversés sont, par l'intermédiaire de cette plateforme, mis à la disposition d'autres internautes, afin que ceux-ci puissent y avoir accès, de l'endroit et au moment qu'ils choisissent individuellement* »¹³¹⁷. Conformément à l'article 14 de la directive 2000/31/CE alors applicable¹³¹⁸, ce n'est que si elles jouent un rôle actif de nature à leur conférer une connaissance du caractère illicite des contenus et un contrôle sur ceux-ci qu'elles peuvent être

¹³¹⁰ Règl. DSA, art. 34.

¹³¹¹ Règl. DSA, art. 35 §1 (d).

¹³¹² Règl. DSA, art. 35 §2.

¹³¹³ Règl. DSA, art. 27 §1.

¹³¹⁴ Règl. DSA, art. 38.

¹³¹⁵ CJUE, 22 juin 2021, aff. jtes C-682/18 et C-683/18, *YouTube et Cyando*, §114 : CCE 2021, comm. 62, note G. Loiseau et comm. 61, note P. Kamina ; *Dalloz IP/IT* 2022, p. 448, obs. P. Sirinelli ; *RTD eur.* 2021, p. 991, obs. E. Treppoz.

¹³¹⁶ *YouTube et Cyando*, §71.

¹³¹⁷ *YouTube et Cyando*, §72.

¹³¹⁸ Dir. 2000/31/CE du PE et du Conseil du 8 juin 2000 relative à certains aspects juridiques des services de la société de l'information, et notamment du commerce électronique, dans le marché intérieur ("directive sur le commerce électronique"). Ce texte a été en partie modifié par le règlement DSA.

déclarées responsables¹³¹⁹. Ni la connaissance abstraite de la mise à disposition illicite de contenus protégés sur la plateforme¹³²⁰, ni l'indexation automatisée des contenus versés par les utilisateurs, ni le fait que la plateforme comporte une fonction de recherche, ni la circonstance qu'elle « *recommande des vidéos en fonction du profil ou des préférences des utilisateurs ne suffisent à établir que la plateforme a une connaissance concrète des activités illicites réalisées sur cette même plateforme ou des informations qui y sont stockées* »¹³²¹. En cela, il s'agit d'une confirmation des arrêts *Google*¹³²² et *L'Oréal*¹³²³.

Les faits générateurs de responsabilité des différents acteurs sont en effet distincts. Il faut nettement différencier la mise en ligne d'un contenu illicite, de l'inclusion de ce contenu dans un système de recommandation. Ce n'est que si l'hébergeur a connaissance du caractère illicite dudit contenu ou que, connaissant cette illicéité, il n'a pas agi promptement pour le retirer ou en rendre l'accès impossible qu'il peut être déclaré responsable¹³²⁴. Ces hypothèses ne démontrent pas l'existence d'une responsabilité du fait d'autrui¹³²⁵ – la plateforme serait alors responsable du fait de ses utilisateurs – mais d'une responsabilité du fait personnel¹³²⁶, fondée sur sa non-action¹³²⁷.

Il existe néanmoins trois exceptions. D'une part, lorsque l'utilisateur agit sous l'autorité ou le contrôle de l'hébergeur, ce dernier peut être tenu responsable à raison de l'illicéité du contenu mis en ligne par cet utilisateur¹³²⁸. En réalité, dans cette hypothèse l'hébergeur n'agit plus comme tel puisqu'il opère un contrôle sur ledit contenu. D'autre part, en droit de la consommation, la responsabilité conditionnée des hébergeurs ne s'applique pas aux plateformes de mise en relation de consommateurs avec des professionnels en vue de conclure des contrats à distance, lorsque les consommateurs moyens peuvent croire que le contenu est

¹³¹⁹ Dir. 2000/31/CE, art. 14.

¹³²⁰ *YouTube* et *Cyando*, §111.

¹³²¹ *YouTube* et *Cyando*, §114.

¹³²² CJUE, 23 mars 2010, aff. C-236/08 à C-238/08, *S^{te} Google c/ S^{te} Louis Vuitton Malletier* : JCP G 2010, note 642, L. Marino ; JCP G 2011, 1175, doct. F. Terré ; CCE 2010, comm. 88, note Ph. Stoffel-Munck ; *ibid.*, comm. 70, note Ch. Caron ; *ibid.*, étude 12, G. Bonet ; D. 2010, p. 885, obs. C. Manara ; RTD eur. 2010, p. 939, obs. E. Treppoz ; CCC 2010, comm. 132, note M. Malaurie-Vignal ; RLDI 2010/60, n° 1980, note L. Grynbaum ; RLDI 2010/61, n° 1999, note C. Castets-Renard ; *Légipresse* 2010, p. 158, note C. Maréchal ; *Prop. industr.* 2010, comm. 31, note P. Tréfigny-Goy.

¹³²³ CJUE, 12 juill. 2011, aff. C-324/09, *L'Oréal et a. c/ eBay International et a.* : CCE 2011, comm. 99, note Ch. Caron ; *Prop. industr.* 2011, comm. 71, note A. Folliard-Monguiral ; *Gaz. Pal.* 26 oct. 2011, n° 299, p. 19, note L. Marino ; D. 2011, p. 1965, obs. C. Manara ; RLDI 2011/74, n° 67, note C. Castets-Renard ; *ibid.*, n° 2459, p. 61, note L. Grynbaum.

¹³²⁴ Règl. DSA, art. 6 §1.

¹³²⁵ R. HARDOUIN, *La responsabilité limitée des prestataires techniques dans la loi pour la confiance dans l'économie numérique*, th. Université Versailles Saint-Quentin-en-Yvelines, 2011, p. 245, n° 358.

¹³²⁶ *Ibid.*, p. 230 et s.

¹³²⁷ *Ibid.*, p. 237, n° 343.

¹³²⁸ Règl. DSA, art. 6 §2.

fourni directement par la plateforme ou par un utilisateur agissant sous son autorité ou son contrôle¹³²⁹. Enfin, en matière de droit d'auteur, la législation a sensiblement évolué. Le « fournisseur de service de partage de contenus en ligne » est considéré comme ayant effectué un acte de communication au public ou un acte de mise à disposition du public « lorsqu'il donne l'accès à des œuvres protégées par le droit d'auteur ou à d'autres objets protégés qui ont été téléversés » par leurs utilisateurs¹³³⁰.

348. Précisions sur le régime applicable à la publicité en ligne : la confirmation de la distinction avec la recommandation numérique - Contrairement à la recommandation numérique, la publicité en ligne¹³³¹ est soumise à des règles de forme et de fond. Au titre des règles de forme, la publicité doit tout d'abord être loyale, ce qui passe par une obligation de transparence. Son caractère publicitaire et l'identité de l'annonceur doivent ainsi être portés à la connaissance du public, obligation que l'on retrouve dans le droit souple¹³³² mais également dans le droit « dur » tel que la LCEN¹³³³, le code de la consommation¹³³⁴, la directive relative aux pratiques commerciales déloyales¹³³⁵, la directive SMA¹³³⁶. Le règlement DSA ajoute des règles particulières s'agissant des plateformes en ligne¹³³⁷ (notamment les paramètres de la publicité¹³³⁸, l'interdiction du profilage fondé sur des données sensibles¹³³⁹) et des très grandes plateformes en ligne et des très grands moteurs de recherche en ligne (mise à disposition d'un registre des publicités en ligne¹³⁴⁰). En revanche, et contrairement à la recommandation numérique, la publicité en ligne est également soumise à des règles de fond. Une publicité publiée sur un service de partage de vidéos ne doit pas porter préjudice aux mineurs¹³⁴¹, ne doit pas inciter à la violence ou à la haine¹³⁴², au terrorisme, à la pédopornographie, au racisme ou à

¹³²⁹ Règl. DSA, art. 6 §3.

¹³³⁰ Dir. DAMUN, art. 17 §1.

¹³³¹ Les développements qui suivent sont centrés sur la publicité en ligne. Mais il convient de préciser que ces règles sont également applicables à la publicité hors ligne. V. : L. ARCELIN, « Publicité - Règles générales quant au contenu du message publicitaire », *J.-Cl. Commercial*, fasc. 931, 2023. Des libertés ont été prises quant à ce qui relève des règles de fond et de forme. L'identification de la publicité et de l'annonceur relèvent, dans le cadre de ces travaux, des règles de forme tandis les autres (décence, dignité, règles relatives aux produits promus) relèvent du fond.

¹³³² ICC Code, art. 7 ; ARPP, Recommandation « Communication publicitaire numérique V5 », 1^{er} janv. 2022 ;

¹³³³ LCEN, art. 20.

¹³³⁴ C. consom., art. L. 111-7, II, 3^o.

¹³³⁵ V. not. dir. 2005/29/CE, annexe I, 11^o.

¹³³⁶ Dir. SMA, art. 28 *ter* §2 al. 3.

¹³³⁷ Règl. DSA, art. 26.

¹³³⁸ Règl. DSA, art. 26 §1 (d).

¹³³⁹ Règl. DSA, art. 26 §3.

¹³⁴⁰ Règl. DSA, art. 39.

¹³⁴¹ Dir. SMA, art. 28 *ter* §1 (a) qui renvoie également à l'art. 9 §1 (g).

¹³⁴² Dir. SMA, art. 28 *ter* §1 (b).

la xénophobie¹³⁴³, aux discriminations¹³⁴⁴, ne pas porter atteinte à la dignité humaine¹³⁴⁵, ne pas encourager les comportements préjudiciables à la santé ou à la sécurité des individus¹³⁴⁶ de même qu'à l'environnement¹³⁴⁷. Comme dans l'univers physique, la publicité en faveur de certains produits est interdite (tabac¹³⁴⁸) ou encadrée (alcool¹³⁴⁹, médicaments¹³⁵⁰). Le *marketing d'influence*, dont on a vu qu'il était assimilable à la publicité¹³⁵¹, fait l'objet de règles particulières depuis la loi n° 2023-451 du 9 juin 2023 visant à encadrer l'influence commerciale et à lutter contre les dérives des influenceurs. Alors que la communication en faveur de jeux d'argent et de hasard est encadrée¹³⁵², celles qui portent sur procédés, des techniques et des méthodes esthétiques¹³⁵³ ou non thérapeutiques¹³⁵⁴, des produits du tabac¹³⁵⁵, des animaux¹³⁵⁶, des produits financiers¹³⁵⁷, des abonnements à des conseils ou à des pronostics sportifs¹³⁵⁸ sont interdites.

349. Conclusion de chapitre - La recommandation numérique consiste en un ordonnancement de contenus dont la structure produit en elle-même un effet suggestif. Que cette recommandation se manifeste par un classement hiérarchisé ou par un agencement plus subtil, elle oriente la navigation de l'utilisateur, parfois de façon explicite, souvent de manière latente, au point de faire disparaître la suggestion derrière l'apparente neutralité de la forme. Pour autant, la matière première de cette forme – les contenus – ne peut lui être assimilée. Objets de la recommandation, ils en constituent la substance sans en constituer le phénomène. Qu'importe leur format (vidéos, textes, sons), qu'ils émanent de tiers ou du fournisseur lui-même, ces contenus sont variés et ne portent pas nécessairement en eux-mêmes une incitation.

¹³⁴³ Dir. SMA, art. 28 *ter* §1 (c).

¹³⁴⁴ Dir. SMA, art. 28 *ter* §2 al. 3 qui renvoie à l'art. 9 §1 (c) (ii).

¹³⁴⁵ Dir. SMA, art. 28 *ter* §2 al. 3 qui renvoie à l'art. 9 §1 (c) (i).

¹³⁴⁶ Dir. SMA, art. 28 *ter* §1 al. 3 qui renvoie à l'art. 9 §1 (c) (iii).

¹³⁴⁷ Dir. SMA, art. 28 *ter* §1 al. 3 qui renvoie à l'art. 9 §1 (c) (iv).

¹³⁴⁸ Dir. SMA, art. 28 *ter* §1 al. 3 qui renvoie à l'art. 9 §1 (d).

¹³⁴⁹ Dir. SMA, art. 28 *ter* §1 al. 3 qui renvoie à l'art. 9 §1 (e).

¹³⁵⁰ Dir. SMA, art. 28 *ter* §1 al. 3 qui renvoie à l'art. 9 §1 (f).

¹³⁵¹ V. *supra* n° 194 et s., 202 et 330.

¹³⁵² L. n° 2023-451 du 9 juin 2023, art. 4, VII.

¹³⁵³ L. n° 2023-451 du 9 juin 2023, art. 4, I.

¹³⁵⁴ L. n° 2023-451 du 9 juin 2023, art. 4, II.

¹³⁵⁵ L. n° 2023-451 du 9 juin 2023, art. 4, III.

¹³⁵⁶ L. n° 2023-451 du 9 juin 2023, art. 4, IV.

¹³⁵⁷ L. n° 2023-451 du 9 juin 2023, art. 4, V.

¹³⁵⁸ L. n° 2023-451 du 9 juin 2023, art. 4, VI.

Il existe, dès lors, une différence de nature entre les incitations formelles que constituent les recommandations numériques et les incitations substantielles que sont les contenus incitatifs.

Cette différence de nature implique une différence de régime : la recommandation relevant de la forme, on ne peut lui appliquer les règles relatives au fond, c'est-à-dire aux contenus. Lorsque des informations illicites sont publiées en ligne, les fournisseurs de recommandations intégrant ces contenus ne peuvent être tenus responsables en raison de cette illicéité. N'exerçant pas de contrôle intellectuel sur ces derniers, ils ne peuvent être responsables que de la manière dont ils réagissent face à cette illicéité. À ce stade et en matière de recommandation numérique, leurs fournisseurs ne sont soumis qu'à des obligations de transparence.

Conclusion du titre 1

350. L'imbrication du contenu dans la recommandation numérique - Matériellement, la recommandation numérique et les contenus entretiennent des liens extrêmement ténus qui ont nécessité au préalable de délimiter la notion même de contenu.

Omniprésent dans le numérique, le contenu apparaît mal aimé, tant ses définitions sont absentes ou lacunaires, mais également mal nommé. Le contenu est en effet un objet informationnel, c'est-à-dire une forme et une substance, qui a vocation à circuler sur les réseaux numériques.

Cet ensemble informationnel doit être dissocié de la recommandation numérique qui, tout en se matérialisant par des contenus, n'en constitue qu'une structuration, un agencement, un ordonnancement, en bref une organisation qui produit en elle-même un effet suggestif. Les contenus, et plus particulièrement les contenus incitatifs comme les avis, les messages publicitaires, les communications d'influenceurs, ne sont pas des recommandations en eux-mêmes mais les objets sur lesquels porte la recommandation numérique.

351. Conséquence : le redimensionnement de la recommandation numérique - À cet égard, la recommandation numérique paraît plus restrictive que l'examen des manifestations ne le suggérerait. Il existe d'un côté des incitations de type substantiel (les contenus incitatifs comme les avis, certaines publications, les publicités, ...) et les incitations de type formel que sont les recommandations numériques (ordonnancement de contenus). Mais la recommandation numérique peut être plus large que les textes ne le suggèrent : elle peut porter sur uniquement des contenus tiers – y compris publicitaires – ou sur des contenus tiers et propriétaires. Il est en revanche regrettable que la question des recommandations portant uniquement sur des contenus propriétaires soit ignorée par le législateur.

352. Implication en matière de régime juridique - Les règles relatives aux contenus se distinguent des règles relatives aux recommandations numériques. Ces dernières sont en effet soumises à des règles de transparence qui se traduisent par des obligations d'information sur leurs paramètres, des obligations de loyauté relatives à l'atténuation des risques systémiques

qu'elles comportent et des obligations liées à leurs paramétrages laissant la possibilité aux utilisateurs de modifier les paramètres des systèmes de recommandation ou leur permettant de ne pas être profilés.

Le corollaire de cet aspect formel des recommandations réside dans l'absence de responsabilité de leurs fournisseurs quant aux contenus qui en font l'objet, fussent-ils illicites, lorsque ces contenus proviennent de tiers. En dehors d'hypothèses spécifiques en droit d'auteur et en droit de la consommation, ils ne sont pas responsables des contenus qui font l'objet de recommandations, seulement de la manière dont ils réagissent face à l'illicéité de ces informations. Ce n'est que s'ils sont à l'origine de ces contenus ou qu'ils exercent un contrôle sur leurs auteurs, qu'ils peuvent être tenus responsables de leur illicéité.

La recommandation numérique, purement formelle, se distingue donc des contenus incitatifs qui sont soumis à des règles de forme, et de la publicité qui relève à la fois d'un régime formel et d'un régime substantiel.

Titre 2. Les critères fonctionnels de la recommandation numérique

353. Le dédoublement de l'appréhension fonctionnelle de la recommandation numérique - D'un point de vue matériel, la recommandation numérique est un ordonnancement suggestif de contenus. Mais sa qualification répond également à des critères fonctionnels. L'adjectif fonctionnel peut recouvrir plusieurs sens. Il peut s'attacher à ce qui est « *en rapport avec à une fonction* », « *au fonctionnement d'un organe* », au « *besoin* » auquel répond une chose ou encore désigner ce « *qui a pour objet déterminer le rôle, l'adaptation de tel élément d'un système à une fin* »¹³⁵⁹.

S'intéresser aux critères fonctionnels de la recommandation numérique revient ici à étudier ses fonctions, autrement dit à quoi elle sert (Chapitre 1), mais également son fonctionnement, c'est-à-dire comment elle se construit (Chapitre 2).

¹³⁵⁹ *V^o Fonctionnel*, Centre National de Ressources Textuelles et Lexicales, accessible en ligne : <https://www.cnrtl.fr/definition/fonctionnel>.

Chapitre 1. La fonction de la recommandation numérique

354. Du contexte aux rationalités de la recommandation numérique - La recommandation numérique est un outil de structuration de l'espace numérique et vecteur d'orientation des comportements mais encore faut-il comprendre ce que recouvre cette fonction. Car sous l'apparente simplicité d'une incitation « *formelle* » à consulter des contenus se dessine un mécanisme structuré. La recommandation est une configuration du type intermédiation (Section 1) qui fait coexister plusieurs rationalités (Section 2).

Section 1. La configuration de la recommandation numérique : une intermédiation

355. L'intermédiation, clef de lecture de la recommandation - L'analyse de la recommandation numérique conduit à la qualifier d'intermédiation entre des contenus ou un ensemble de contenus et son destinataire. Pour autant, la notion d'intermédiation se révèle elle-même complexe. La dispersion de la notion d'intermédiation (§1) nécessite un recentrage dans l'appréhension de la recommandation numérique (§2).

§1. La dispersion de la notion d'intermédiation

356. L'intermédiation, une notion en perdition - L'intermédiation apparaît comme une notion complexe tant en droit qu'en économie. Si elle apparaît modulaire dans une conception classique (§1), le numérique contribue à rendre la notion confuse (B).

A. La modularité de l'intermédiation classique

357. La signification de l'intermédiation : une triangulation - Le terme d'intermédiation, bien que très usité dans le langage courant, fait l'objet de peu de définitions dans les

dictionnaires. Celui de l'*Académie française* ne le mentionne pas. Celui du *Larousse* le désigne comme la « *fonction du système bancaire, consistant pour les établissements de crédit à recueillir l'épargne et la redistribuer sous forme de prêts* »¹³⁶⁰. Le *Robert* lui attribue également un sens sectoriel puisque le mot désigne la « *fonction des intermédiaires financiers qui consiste à recueillir des ressources et à les mettre à la disposition des tiers (prêts)* » et ce n'est que dans une seconde acception qualifiée de « *rare* » qu'il correspond à une « *fonction* », un « *rôle d'intermédiaire* »¹³⁶¹.

L'intermédiation ne pourrait donc être saisie qu'à travers le terme d'intermédiaire qui provient du latin *inter* (entre) et *medius* (milieu). Étymologiquement, le terme apparaît donc comme un pléonasme. D'ailleurs, si le terme d'intermédiation se fait discret, le terme de « *médiation* » fait l'objet de plus d'attention. Du latin *mediatio* – médiation, entremise – il renvoie à la « *division par deux* » et correspond au « *fait de servir d'intermédiaire, de médiateur, de s'entremettre entre deux personnes, deux parties pour les mettre d'accord* »¹³⁶². Sémantiquement, l'adjectif intermédiaire correspond à ce « *qui est entre deux éléments, et forme transition entre les deux* »¹³⁶³. Comme nom, il désigne une « *personne par l'entremise de laquelle on arrive à quelque résultat* »¹³⁶⁴ et dans le commerce plus précisément une « *personne ou entreprise qui, moyennant rétribution, met en rapport un vendeur et un acheteur* », « *celui qui, dans un circuit commercial, intervient entre le fabricant et le détaillant* »¹³⁶⁵. L'intermédiaire en tant qu'acteur se situe donc « *entre* » et au « *milieu* » « *mais encore faut-il savoir entre quoi et quoi, au milieu de quoi* »¹³⁶⁶, interrogations qui concernent *a fortiori* l'intermédiation.

Ce glissement notionnel, de l'intermédiation vers l'intermédiaire, éclaire en réalité ce que recouvre l'intermédiation en première intention : une triangulation au milieu de laquelle se situe un acteur qui agit comme intermédiaire entre deux personnes.

¹³⁶⁰ V° Intermédiation, *Larousse*, accessible en ligne : <https://www.larousse.fr/dictionnaires/francais/interm%C3%A9diation/43744>.

¹³⁶¹ V° Intermédiation, *Le Robert*, accessible en ligne : <https://dictionnaire.lerobert.com/definition/intermediation>.

¹³⁶² V° Médiation, 1°, *Dictionnaire de l'Académie Française*, 9^{ème} éd., accessible en ligne : <https://www.dictionnaire-academie.fr/article/A9M1506>.

¹³⁶³ V° Intermédiaire, 1°, *Dictionnaire de l'Académie Française*, 9^{ème} éd., accessible en ligne : <https://www.dictionnaire-academie.fr/article/A9I1716>.

¹³⁶⁴ V° Intermédiaire, 2°, *Dictionnaire de l'Académie Française*, 9^{ème} éd., accessible en ligne : <https://www.dictionnaire-academie.fr/article/A9I1716>.

¹³⁶⁵ V° Intermédiaire, 2°, *Dictionnaire de l'Académie Française*, 9^{ème} éd., accessible en ligne : <https://www.dictionnaire-academie.fr/article/A9I1716>.

¹³⁶⁶ N. DISSAUX, *La qualification d'intermédiaire dans les relations contractuelles*, préf. Ch. Jamin, LGDJ, coll. Bibl. dr. privé, t. 485, 2007, p. 5, note 24.

358. Le caractère modal de l'intermédiation en économie : une configuration triangulaire ou linéaire - Dans sa théorie de l'intermédiation de la firme, Daniel F. Spulber définit l'intermédiaire comme « *l'agent économique qui achète à un fournisseur pour revendre à des acheteurs ou qui aide un vendeur et un acheteur à se rencontrer et réaliser une transaction* »¹³⁶⁷. Sa fonction peut donc être diverse : « *chercher des fournisseurs, trouver et stimuler des acheteurs, choisir les prix d'achat et de vente, définir les termes de la transaction, gérer les paiements et les enregistrer, et tenir les inventaires afin de fournir la liquidité et la disponibilité des biens et des services* »¹³⁶⁸. L'intermédiation fait par conséquent intervenir trois catégories d'acteurs : les consommateurs, les *market-taking firms* que l'on peut traduire par « *preneurs de marché* », c'est-à-dire les producteurs, et les *market-making firms* que sont les intermédiaires qui créent et tiennent le marché et dont la fonction est de coordonner les transactions entre ces deux agents, c'est-à-dire possiblement entre les consommateurs, entre producteurs, entre consommateurs et producteurs voire entre les autres intermédiaires (grossistes par exemple)¹³⁶⁹. Cette tâche de coordination serait difficile à réaliser sans présence de ce type d'intermédiaire en raison de l'asymétrie informationnelle résidant entre les extrêmes¹³⁷⁰.

L'intermédiation peut alors consister pour un intermédiaire à acheter des produits pour les revendre ou à autoriser des vendeurs à vendre directement des produits à des acheteurs, la distinction entre ces modes d'intermédiation résidant dans le degré de contrôle que l'intermédiaire possède sur la transaction avec le consommateur final¹³⁷¹. Dans cette perspective, l'intermédiation est donc bien une triangulation qui peut prendre la forme de deux modes : asynchrone lorsque l'intermédiaire agit comme un « *sas* » entre deux extrêmes – d'un côté le producteur-fabricant, de l'autre le consommateur – ou synchrone lorsqu'il met ces deux extrêmes en relation.

359. La reconnaissance du caractère linéaire de l'intermédiation en droit : l'exemple de la distribution - En droit, l'intermédiation entretient des liens ténus avec la distribution. Cela est prégnant en droit des assurances où la distribution n'est pas envisagée comme un type

¹³⁶⁷ D. F. SPULBER, "Market Microstructure and Intermediation", *Journal of Economic Perspectives* 1996, vol. 10, n° 3, p. 135.

¹³⁶⁸ *Ibid.*

¹³⁶⁹ F. SPULBER, "Market Microstructure and Intermediation", *Journal of Economic Perspectives* 1996, vol. 10, n° 3, p. 137.

¹³⁷⁰ *Ibid.*

¹³⁷¹ A. HAGIU, J. WRIGHT, "Marketplace or reseller ?", *Harvard Business School Working Paper*, 2014, n° 13-092, p. 2.

d'intermédiation mais où c'est l'intermédiation qui est considérée comme un mode de distribution¹³⁷². En dehors de cette matière, la distribution est parfois qualifiée « *d'activité d'intermédiation* »¹³⁷³, d'où il s'ensuit que le droit de la distribution constitue un « *droit d'intermédiation* »¹³⁷⁴. Elle désigne en effet « *l'ensemble des opérations matérielles et juridiques qui permettent de commercialiser des produits ou des services auprès de distributeurs et de consommateurs, professionnels ou non professionnels* »¹³⁷⁵. Elle se situe donc en théorie entre la production et la consommation mais peut dépasser sa fonction de « *simple courroie de transmission* » entre l'offre et la demande¹³⁷⁶. En ce sens, les distributeurs apparaissent comme des « *teneurs de marché* » au sens de Spulber puisqu'ils peuvent orienter l'offre en labellisant certains produits par exemple¹³⁷⁷, mais également influencer la demande dans la mesure où ils ont une bonne connaissance des consommateurs et de leurs attentes¹³⁷⁸.

360. Le rejet du caractère linéaire de l'intermédiation par une partie de la doctrine juridique - Si certains rapprochent la distribution de l'intermédiation, ils notent dans le même temps l'ambiguïté de ce dernier terme¹³⁷⁹. Dès lors, la notion d'intermédiation, bien que reçue en droit de la distribution, n'est pas partagée par tous, car trop empreinte d'économie : « *Pour l'économiste, l'intermédiation c'est le fait de s'entremettre entre deux personnes dans la circulation des produits ou des services. Pour le juriste ou certaines conceptions juridiques, le concept serait plus restreint. Il faudrait un lien de droit avec l'une des parties pour que l'intermédiaire soit un intermédiaire au sens juridique. Celui qui est indépendant entre les deux, entre l'amont et l'aval, n'est pas un intermédiaire, ne serait pas un intermédiaire au sens juridique ... Il faudra donc, peut-être, un jour s'entendre sur le sens des mots quitte à ce que ce soit le langage juridique qui évolue pour adopter le langage économique. Je ne sais pas si ce*

¹³⁷² P.-G. MARLY, « De l'intermédiation à la distribution. Le nouveau livre V du Code des assurances », *JCP A* 2018, 1150 ; D. GANTSCHNIG, D. KRAJESKI, « L'intermédiation en assurance », in *L'intermédiation professionnelle. De la découverte d'une myriade de droits spéciaux (patents) à la recherche d'un authentique droit commun (latent)*, dir. M. Thioye, Presses de l'Université de Toulouse Capitole, coll. Actes de colloques de l'IFR, 2019, p. 51 et s. V. également : CJUE, 29 sept. 2022, aff. C-633/20, *TC Medical Air Ambulance Agency* : *RCA* 2022, comm. 288, obs. L. Bloch ; *JCP E*, 1042, comm. P. Pailler ; *Europe* 2022, comm. 377, P. Bruyas.

¹³⁷³ D. Ferrier cité dans N. DISSAUX, « Distribution – Généralités », *J.-Cl. Concurrence-Consommation*, fasc. 600, 2012, §7.

¹³⁷⁴ M. MALAURIE-VIGNAL, *Droit de la distribution*, Sirey, coll. Sirey Université, 4^{ème} éd., 2018, p. 20.

¹³⁷⁵ D. FERRIER, N. FERRIER, *Droit de la distribution*, LexisNexis, 10^{ème} éd., 2023, p. 11 et s.

¹³⁷⁶ G. PARLÉANI, « Le "petit commerce" au début du XXI^{ème} siècle », in *Droit et actualité, Études offertes à Jean Béguin*, Litec, 2005, p. 621.

¹³⁷⁷ N. DISSAUX, « Distribution – Généralités », précit., §2.

¹³⁷⁸ D. FERRIER, N. FERRIER, *Droit de la distribution*, op. cit., p. 7, n° 6.

¹³⁷⁹ D. LEGAIS, « Distribution – Principes gouvernant les contrats de distribution », *J.-Cl. Commercial*, fasc. 303, 2021, §5.

*serait un progrès, mais il faut retenir qu'à l'heure actuelle les mots n'ont pas le même sens »*¹³⁸⁰. Pour Nicolas Dissaux, l'intermédiaire au sens économique « *représente une étape dans la circulation d'un produit ou d'un service »*¹³⁸¹ et « *relie le producteur au consommateur final ou encore l'offre et la demande, ce lien étant de nature essentiellement économique »*¹³⁸². Dès lors, « *s'il se trouve au milieu de relations contractuelles, celles-ci ne font pas, à proprement parler, objet de l'intermédiation »*¹³⁸³. Au contraire, les intermédiaires au sens juridique désignent « *les personnes qui, favorisant la conclusion d'un contrat pour le compte d'autrui, sont à la fois parties à la procédure de conclusion de ce contrat et tiers à son émolument »*¹³⁸⁴ comme les courtiers par exemple. Ces notions se distingueraient donc par leur objet – économique *versus* juridique –, d'où il s'ensuivrait une antinomie entre intermédiaires juridiques et intermédiaires économiques¹³⁸⁵. Les premiers agiraient pour le compte d'autrui pour lequel ils représenteraient un moyen d'accéder au marché tandis que les seconds agiraient pour leur propre compte et représenteraient *a contrario* une part de marché¹³⁸⁶.

361. Pour la reconnaissance du caractère également modal de l'intermédiation en droit

- Si l'on suit les auteurs précités, l'intermédiation économique serait asynchrone et ne formerait pas une triangulation. À l'inverse, l'intermédiation juridique serait synchrone et triangulaire. Ce resserrement de la notion d'intermédiation n'est pas exempt de critiques.

D'une part, il semble, selon Nicolas Dissaux, qu'une intermédiation économique telle que la distribution ne pourrait constituer une intermédiation juridique. Il ne s'agirait, en d'autres termes, que d'une intermédiation économique saisie par le droit mais pas d'une véritable intermédiation juridique. Or, il semble que la nuance soit hors de propos. Une situation extra-juridique saisie par le droit est une situation juridique et c'est d'ailleurs de l'essence du droit que de précéder le fait.

D'autre part, l'intermédiation ne peut se résumer à son objet, de même que le droit ne peut être réduit au contrat. Par conséquent, si l'intermédiation juridique peut prendre la forme d'une triangulation synchrone et contractuelle, elle ne saurait être réduite à cette configuration. La spécificité de cette dernière n'apparaît pas généralisable.

¹³⁸⁰ C. LUCAS DE LEYSSAC, « Introduction », *Rev. concurrence et consommation, Droits et marché*, 1999, n° 108, p. 6.

¹³⁸¹ N. DISSAUX, « Distribution – Généralités », précit., §7.

¹³⁸² *Ibid.*

¹³⁸³ *Ibid.*

¹³⁸⁴ *Ibid.* Sur cette qualification, v. : N. DISSAUX, *La qualification d'intermédiaire dans les relations contractuelles*, *op. cit.*

¹³⁸⁵ N. DISSAUX, « Distribution – Généralités », précit., §7.

¹³⁸⁶ *Ibid.*

Partant, au sens juridique, le genre « *intermédiation* » peut être « *d'espèce* » asynchrone comme dans le cas de la distribution, ou synchrone comme dans le cas de l'intermédiation contractuelle, ces deux modalités recouvrant l'appréhension de l'intermédiation au sens économique.

362. De la modalité à la modularité de l'intermédiation : du « *ou* » au « *et* » - Le passage en revue des doctrines économique et juridique tend à démontrer que l'intermédiation est avant tout une configuration modale par laquelle les échanges s'opèrent. Si elle sous-tend toujours l'existence de trois acteurs et qu'elle apparaît de ce point de vue toujours triangulaire, il convient de réserver cet adjectif dans les développements qui suivent au cas où la triangulation est synchrone, c'est-à-dire que les trois acteurs sont en présence des uns et des autres. Elle est en revanche asynchrone, c'est-à-dire linéaire, lorsqu'il n'y a pas de mise en relation directe des deux extrêmes.

Mais cette distinction n'est pas absolue puisque les modalités s'hybrident. Une telle hybridation peut exister entre une intermédiation linéaire et une intermédiation triangulaire. Ainsi, un acteur peut dans le même temps être revendeur et animer une place de marché où il fait se rencontrer l'offre et la demande. Les grandes surfaces par exemple peuvent distribuer des produits et dans le même temps accueillir des « *corners* » tenus par des producteurs qui seront en lien direct avec les consommateurs.

L'hybridation peut également concerner l'intermédiation linéaire qui coexiste avec une configuration non intermédiée, brouillant la frontière existante entre distribution et production et partant entre intermédiation et absence d'intermédiation puisque « *d'une part, les distributeurs ne se contentent pas uniquement d'acheter et de revendre des produits mais disposent dans le même temps de leurs propres marques qu'ils distribuent et/ou fabriquent eux-mêmes quand, d'autre part, les producteurs font le choix de distribuer leurs propres produits en créant des points de vente* »¹³⁸⁷. La Fnac par exemple fabrique et distribue sous sa marque des écouteurs aux côtés d'écouteurs de la marque Apple quand Apple de son côté distribue directement ses propres produits dans ses Appstore. La modularité de l'intermédiation est donc dans une certaine mesure tributaire de l'élasticité de la distribution. Dans le cadre d'un circuit court, la distribution au consommateur est assurée par le producteur lui-même. Dans le cadre d'un circuit long, elle est assurée par un intermédiaire. Dans le premier cas, il ne s'agit pas

¹³⁸⁷ PH. MOATI, *La nouvelle révolution commerciale*, Odile Jacob, 2011, p. 243.

d'intermédiation puisqu'il n'y a que deux acteurs. Dans le second cas, il s'agit bien d'intermédiation, car trois acteurs sont présents, et ce de façon asynchrone.

B. La confusion de l'intermédiation opérée par le numérique

363. Une notion mouvante¹³⁸⁸ - L'intermédiation, tant en économie qu'en droit, apparaît en effet duale, tantôt linéaire lorsque l'intermédiaire constitue une étape entre l'offre et la demande, tantôt triangulaire lorsque l'intermédiaire fait se rencontrer l'offre et la demande. Le fait qu'un même intermédiaire puisse jouer sur les deux modes tend à brouiller la notion, brouillage renforcé par le numérique. Comme le relève un auteur, « *selon les systèmes juridiques, selon les disciplines ou selon les matières, selon les contrats ou les institutions, selon la qualité des parties, selon les intérêts en présence ... ou encore selon les périodes, la conception de l'intermédiation est mouvante et son régime variable [...]. Le mécanisme et son régime tendraient même, aujourd'hui, à devenir très évolutifs et, fatalement, très incertains avec l'apparition et la croissance exponentielle, grâce à la démocratisation de l'accès à l'informatique et à l'internet, de nouvelles formes (et plateformes) d'intermédiation qui bousculent les méthodes et les règles traditionnelles* », justifiant le recours au terme de « *néo-intermédiation* ». Le numérique opère donc une confusion au sein de la notion d'intermédiation tant en économie (1), qu'en droit (2).

1. La confusion des notions d'intermédiation et de plateforme numérique en économie

364. La plateforme en économie : une modalité d'intermédiation - À partir du début des années 2000, la doctrine économique se montre extrêmement prolifique au sujet de ce qu'elle nomme des « *plateformes* ». Le terme évoque en premier lieu un élément d'architecture, « *la surface plane qui forme la partie la plus élevée d'un édifice* »¹³⁸⁹, et spécialement dans le domaine militaire, un « *ouvrage élevé, de terre ou de béton, au sommet duquel on installe des pièces d'artillerie* »¹³⁹⁰. Il se retrouve dans le secteur de la logistique, du bâtiment, des énergies,

¹³⁸⁸ M. THIOYE, « Avant-propos », in *L'intermédiation professionnelle. De la découverte d'une myriade de droits spéciaux (patents) à la recherche d'un authentique droit commun (latent)*, dir. M. Thioye, Presses de l'Université de Toulouse Capitole, coll. Actes de colloques de l'IFR, 2019, p. 5.

¹³⁸⁹ *Plateforme*, I, 1^o, *Dictionnaire de l'Académie Française*, 9^{ème} éd., accessible en ligne : <https://www.dictionnaire-academie.fr/article/A9P2808>.

en géographie mais également en politique où il désigne un « *ensemble de propositions, programme établi par une organisation politique ou syndicale* »¹³⁹¹.

En économie, la plateforme se voit fréquemment accoler l'adjectif « *biface* » ou « *multiface* » bien que le terme se substitue en réalité à celui de « *marché* »¹³⁹² ou de « *stratégie* »¹³⁹³. De la sorte, une « *plateforme* » serait une institution économique se caractérisant par cinq éléments : un « *lieu* » qui peut être physique, virtuel ou les deux ; l'existence de « *faces* » composées respectivement d'acheteurs, de vendeurs voire d'autres groupes d'utilisateurs ; des « *intermédiaires* » comme des faiseurs de marché, des teneurs de marché et d'autres firmes qui opèrent sur la plateforme ; des « *technologies de transaction* » qui permettent notamment l'appariement des faces et des « *mécanismes de coordination* » qui incitent les faces à rejoindre la plateforme tout en facilitant leurs décisions¹³⁹⁴.

365. Les variations autour du critère distinctif de la plateforme : le caractère multiface

- Le caractère multiface d'une plateforme apparaît dans la doctrine économique comme le critère central pour caractériser son existence¹³⁹⁵, bien que l'appréhension de ce caractère multiface et de ses implications diffèrent au sein de la doctrine¹³⁹⁶. Ce critère apparaît en effet souvent sous-jacent, comme le point de départ à l'analyse des plateformes.

Pour certains, leur singularité consiste à créer des effets de réseau croisés ou indirects entre les utilisateurs de chaque face¹³⁹⁷, c'est-à-dire que la satisfaction des utilisateurs d'une face croît avec la quantité d'utilisateurs de l'autre face, ce qui renforce à son tour la satisfaction de membres de la première face, etc. Pour d'autres, ce caractère multiface se manifeste par une

¹³⁹⁰ V^o Plateforme, I, 1^o, *Dictionnaire de l'Académie Française*, 9^{ème} éd., accessible en ligne : <https://www.dictionnaire-academie.fr/article/A9P2808>.

¹³⁹¹ V^o Plateforme, II, *Dictionnaire de l'Académie Française*, 9^{ème} éd., accessible en ligne : <https://www.dictionnaire-academie.fr/article/A9P2809>.

¹³⁹² M. ARMSTRONG, "Competition in Two-Sided Markets", *The RAND Journal of Economics* 2006, vol. 37, n° 3, pp. 668-691 ; J.-CH. ROCHET, J. TIROLE, "Platform Competition in Two-Sided Markets", *Journal of the European Economic Association* 2003, vol. 1, n° 4, pp. 990-1029 ; J.-CH. ROCHET, J. TIROLE, "Two-Sided Markets : A Progress Report", *The RAND Journal of Economics* 2006, vol. 37, n° 3, pp. 645-667.

¹³⁹³ M. RYSMAN, "The Economics of Two-Sided Markets", *Journal of Economic Perspectives* 2009, vol. 23, n° 3, p. 125.

¹³⁹⁴ D. F. SPULBER, "The Economics of Markets and Platforms", *Journal of Economics & Management Strategy* 2019, vol. 28, n° 1, p. 159.

¹³⁹⁵ A. HAGIU, J. WRIGHT, "Multi-Sided Platforms", *Harvard Business School Working Paper* 2015, n° 15-037 ; B. CAILLAUD, B. JULLIEN, "Chicken and Egg : Competition Among Intermediation Service Providers", *RAND Journal of Economics* 2003, vol. 34, n° 2, p. 309 ; M. ARMSTRONG, "Competition in Two-Sided Markets", art. précit. ; D. S. EVANS, R. SCHMALENSEE, "The Antitrust Analysis of Multi-Sided Platform Businesses", *NBER Working Paper*, 2013, n° 18783, p. 8 ; J.-CH. ROCHET, J. TIROLE, "Platform Competition in Two-Sided Markets", art. précit. ; J.-CH. ROCHET, J. TIROLE, "Two-Sided Markets : A Progress Report", art. précit.

¹³⁹⁶ A. HAGIU, J. WRIGHT, "Multi-Sided Platforms", précit., p. 4.

¹³⁹⁷ B. CAILLAUD, B. JULLIEN, "Chicken and Egg : Competition Among Intermediation Service Providers", art. précit. ; M. ARMSTRONG, "Competition in Two-Sided Markets", art. précit.

absence de neutralité dans la structuration des prix puisque la présence de deux faces distinctes autorise la plateforme à les « charger » de façon différente selon leur propension à payer.¹³⁹⁸ Cela peut d'ailleurs aller jusqu'à la gratuité pour l'une d'elles comme dans le domaine médiatique où la face constituée des annonceurs est celle qui est « chargée » tandis que la face des téléspectateurs, lecteurs, auditeurs, ne payant rien, apparaît comme subventionnée.

Pour Hagiu et Wright, les critères précités ne sont ni nécessaires ni suffisants pour caractériser une plateforme multiface. Un marché monoface peut parfaitement pratiquer une structuration de prix non neutre, à l'instar des distributeurs qui achètent des produits auprès de fournisseurs à un certain prix, lequel diffère du prix de vente qui sera proposé aux consommateurs. La même observation peut être faite s'agissant des effets de réseau croisés. D'une part, ils peuvent se retrouver sur des marchés monofaces telle que la grande distribution où les fournisseurs de supermarchés ne sont pas indifférents au nombre de consommateurs qui fréquentent l'enseigne de même que les consommateurs s'intéressent à l'achalandage de cette dernière. D'autre part, un marché multiface peut ne pas s'appuyer sur des effets croisés comme dans le cas où l'une des faces est constituée d'annonceurs. Certes, plus l'audience est large, plus il y aura d'annonceurs, mais plus il y aura d'annonceurs, moins l'audience sera satisfaite. Dans ce cas précis, les effets de réseau n'existent que pour l'une des faces. Dès lors, une plateforme multiface est caractérisée par la possibilité d'interactions directes entre les membres de chaque face et l'affiliation de chacune d'elles à la plateforme. Ne seraient donc pas des plateformes multifaces, les modèles dans lesquels il n'existe pas de triangulation synchrone comme l'intermédiation marchande, c'est-à-dire la distribution, l'intermédiation intégrée verticalement et la fourniture d'intrants¹³⁹⁹.

366. Un modèle économique triangulaire non exclusif - Par conséquent, et selon ces derniers critères, le terme de plateforme (multiface) recouvre l'intermédiation triangulaire et constitue donc une configuration économique particulière.

Dans l'environnement numérique comme dans l'univers physique, il faut distinguer l'absence d'intermédiation comme la production-distribution par laquelle le producteur fait face à l'acheteur *via* une firme intégrée ou non, l'intermédiation linéaire comme la distribution où l'intermédiaire achète à une face pour revendre à l'autre et la plateforme qui met en contact deux faces. Ces trois configurations aboutissent à trois modèles d'affaires : le modèle de la

¹³⁹⁸ J.-CH. ROCHET, J. TIROLE, "Platform Competition in Two-Sided Markets", art. précit. ; J.-CH. ROCHET, J. TIROLE, "Two-Sided Markets : A Progress Report", art. précit.

¹³⁹⁹ A. HAGIU, J. WRIGHT, "Multi-Sided Platforms", précit.

vente directe, le modèle de la revente ou de l'abonnement et le modèle de la plateforme, lequel se subdivise en deux sous-modèles : celui de la transaction où les deux faces sont nécessaires à son fonctionnement et qui passe souvent par la prise d'une commission sur la vente ou la prestation de service réalisée par son intermédiaire et celui de l'attention où la seconde face n'est pas nécessaire au fonctionnement de la plateforme mais à son financement lequel passe par la publicité¹⁴⁰⁰.

Les choses se corsent néanmoins dans la mesure où les configurations et donc les modèles d'affaires, déjà modulaires hors-ligne, s'hybrident plus facilement dans l'univers numérique grâce aux algorithmes et au volume de données générées par les utilisateurs dans la mesure où ils permettent de diversifier les services proposés.

Les intermédiations triangulaires, donc les plateformes, peuvent en effet se cumuler à l'instar de Facebook qui opère comme un réseau social en permettant à ses utilisateurs – annonceurs ou non – d'interagir et comme une place de marché où il facilite des transactions entre acheteurs et vendeurs.

L'intermédiation triangulaire et l'intermédiation linéaire peuvent également coexister comme dans le cas d'Amazon qui revend des produits en même temps qu'il opère comme place de marché. Dans le premier cas, il devrait être considéré comme un distributeur, dans l'autre comme une plateforme.

L'intermédiation linéaire peut se conjuguer à une activité de plateforme mais également de production-distribution directe. En ligne, la Fnac revend des produits qu'il a achetés après de producteurs (intermédiation linéaire), tient une place de marché où se rencontrent acheteurs et vendeurs (plateforme) et vend également directement des produits qu'elle fabrique ou fait fabriquer (absence d'intermédiation).

Si certains services apparaissent objectivement hybrides, ils peuvent ne pas l'être de façon subjective. Deezer peut, par exemple, être considéré comme une plateforme dans sa version gratuite dans la mesure où il insère des publicités au sein ou entre les titres joués par les utilisateurs qui n'ont pas souscrit d'abonnement mais également être vu comme un simple distributeur (intermédiation linéaire) lorsque ces derniers s'abonnent au service pour accéder aux contenus dont il a acquis les droits et que la face des annonceurs « *disparaît* » à leurs yeux. Cela est également vrai s'agissant de Netflix, qui s'est d'abord fait connaître en distribuant des contenus dont il a acquis les droits (intermédiation linéaire) avant de se mettre à distribuer des contenus qu'il produit lui-même (absence d'intermédiation). Dans ces deux configurations, il

¹⁴⁰⁰ V. *supra* n° 87.

ne constitue pas une plateforme. Ce terme ne peut lui être appliqué que depuis qu'il propose des abonnements à prix réduit en contrepartie de l'insertion de publicités et uniquement dans le cadre de ce service.

367. L'insaisissabilité de la notion de plateforme en économie : au-delà de l'intermédiation triangulaire - Marché, institution, modèle stratégique, modèle d'affaires, acteur, la plateforme apparaît tantôt comme quelque chose, tantôt comme quelqu'un, voire quelqu'un qui agit comme quelque chose. En somme, elle peut à la fois être une configuration particulière de l'intermédiation ou un acteur qui exerce une fonction d'intermédiation. Si certains économistes se montrent prudents à l'égard d'une notion bien trop accueillante qu'ils restreignent à une modalité où un acteur joue effectivement le rôle de mise en relation de deux faces¹⁴⁰¹, d'autres, en se focalisant sur l'existence d'effets de réseau croisés ou d'une structuration particulière du prix, ouvrent la voie à une notion très englobante¹⁴⁰².

D'une configuration particulière, la plateforme devient, dans le langage économique comme dans le langage courant, un acteur qui peut agir comme un intermédiaire triangulaire, un intermédiaire linéaire voire pas du tout comme un intermédiaire. Cette sémantique, à la fois glissante et contaminante, loin de clarifier la notion d'intermédiation elle-même, tend à la brouiller ce qui n'est pas sans risque en droit.

2. La confusion des notions d'intermédiation et de plateforme numérique en droit

368. La plateforme en droit ou le malaise de l'intermédiation - La notion de plateforme est désormais omniprésente en droit, singulièrement en matière numérique, mais sa diversité complique l'élaboration d'une notion unique¹⁴⁰³. Relevant le caractère protéiforme de la notion au sens économique – tantôt infrastructure, tantôt service, tantôt marché – certains se sont montrés réticents à la perspective de les appréhender nommément par le droit¹⁴⁰⁴. L'analyse des

¹⁴⁰¹ V. par ex. : A. HAGIU, « The Best Way for Netflix to Keep Growing », *Harvard Business Review*, 14 août 2018, accessible en ligne : <https://hbr.org/2018/08/the-best-way-for-netflix-to-keep-growing>.

¹⁴⁰² B. CAILLAUD, B. JULLIEN, « Chicken and Egg : Competition Among Intermediation Service Providers », art. précit. ; M. ARMSTRONG, « Competition in Two-Sided Markets », art. précit. ; J.-CH. ROCHET, J. TIROLE, « Platform Competition in Two-Sided Markets », art. précit. ; J.-CH. ROCHET, J. TIROLE, « Two-Sided Markets : A Progress Report », art. précit.

¹⁴⁰³ M. LE ROY, *La loyauté des plateformes à l'égard des consommateurs*, préf. C. Zolynski et N. Sauphanor-Brouillaud, Dalloz, coll. Nouvelle Bibliothèque de Thèses, vol. 224, 2023, p. 6, n° 6.

¹⁴⁰⁴ W. MAXWELL, TH. PÉNARD, « Quelle régulation pour les plateformes numériques en Europe ? », *Annales des Mines – Réalités industrielles* 2016//3, p. 42 ; TH. DOUVILLE, « Quel droit pour les plateformes ? », in *L'émergence d'un droit des plateformes*, coll. Thèmes & commentaires, Dalloz, 2021, p. 217.

textes semble leur donner raison si l'on s'en tient à la multiplicité des définitions de la plateforme et donc de ses qualifications juridiques¹⁴⁰⁵.

La Commission européenne a elle-même ouvert le bal de l'ambiguïté en 2016. Tout en relevant leur diversité¹⁴⁰⁶, elle affirme leur unité au travers de cinq caractéristiques : l'importance des données pour créer et façonner de nouveaux marchés en remettant en cause les marchés traditionnels ; leur fonctionnement sur des marchés multifaces mais avec des degrés variables de contrôle sur les interactions entre groupes d'utilisateurs ; des effets de réseau ; le recours aux technologies de l'information et de la communication ; la création de valeur numérique¹⁴⁰⁷. Si l'importance des données, le recours aux technologies et la création de valeur numérique ne font pas débat, la référence aux effets de réseau semble contestable au regard de l'analyse économique qui a démontré qu'il ne s'agissait pas d'un critère discriminant de la notion. La place laissée à l'intermédiation, sous-jacente puisque la Commission européenne évoque des marchés multifaces où des groupes d'utilisateurs interagissent, semble en apparence en conformité avec la doctrine économique partisane d'une vision resserrée de la notion.

Trois remarques s'imposent ici. Premièrement, les plateformes apparaissent davantage comme des acteurs qui opèrent sur des marchés, qui proposent des services que comme des configurations. Deuxièmement, et ce qui tend dans le même temps à confirmer la première remarque, la Commission européenne opère une distinction entre les plateformes et les « *intermédiaires en ligne* »¹⁴⁰⁸, sans expliciter ce que cette distinction recouvre et qui a de quoi laisser songeur dans la mesure où les plateformes réaliseraient une intermédiation en mettant en lien deux groupes d'utilisateurs sans être intermédiaires. Troisièmement, les textes récents se montrent beaucoup plus accueillants à l'égard des plateformes que la Commission européenne ne le laisse sous-entendre sans pour autant que les frontières de l'intermédiation s'en trouvent clarifiées.

¹⁴⁰⁵ V.-L. BENABOU *et al.*, « Bilan de l'Agenda numérique : quand la poussière retombe », *Rev. UE* 2020, p. 15.

¹⁴⁰⁶ Commission européenne, *Les plateformes en ligne et le marché unique numérique - Perspectives et défis pour l'Europe*, COM(2016) 288 final.

¹⁴⁰⁷ *Ibid.* Une mission d'information de l'Assemblée nationale en relève sept : les économies d'échelle et les rendements importants, les effets de réseau et les marchés multifaces, les économies de gamme permettant de développer des marchés connexes, l'accès aux données, les stratégies de verrouillage, le rôle de *gatekeeper* joué sur le marché et les stratégies agressives d'expansion de leur activité. V. : rapp. d'information de D. Fasquelle et V. Faure-Muntian déposé en application de l'article 145 du règlement par la commission des affaires économiques de l'Assemblée nationale en conclusion des travaux d'une mission d'information sur les plateformes numériques, n° 3127, 24 juin 2020.

¹⁴⁰⁸ Commission européenne, *Les plateformes en ligne et le marché unique numérique - Perspectives et défis pour l'Europe*, précit.

369. Plateforme et intermédiation triangulaire - Le terme de plateforme est parfois utilisé pour saisir explicitement l'intermédiation de type triangulaire. Le règlement P2B porte sur l'équité et la transparence pour les entreprises de « *services d'intermédiation en ligne* » dont l'un des critères de qualification réside dans le fait qu'ils « *permettent aux entreprises utilisatrices d'offrir des biens ou services aux consommateurs, en vue de faciliter l'engagement de transactions directes entre ces entreprises utilisatrices et des consommateurs, que ces transactions soient ou non finalement conclues* »¹⁴⁰⁹. Le DSA quant à lui saisit également la plateforme en ligne comme « *un service d'hébergement* », lui-même qualifié de « *service intermédiaire* », « *qui stocke et diffuse au public des informations* »¹⁴¹⁰ provenant de ses utilisateurs.

L'intermédiation triangulaire contenue dans la qualification de plateforme est parfois implicite. En droit interne, l'opérateur de plateforme pouvait avoir pour activité « *la mise en relation de plusieurs parties en vue de la vente d'un bien, de la fourniture d'un service ou de l'échange ou du partage d'un contenu, d'un bien ou d'un service* »¹⁴¹¹, définition toujours inscrite dans le code général des impôts¹⁴¹² et reçue en droit du travail¹⁴¹³. Si le règlement P2B distingue les services d'intermédiation en ligne des moteurs de recherche en ligne, il ne faut cependant pas considérer que ces derniers ne font pas d'intermédiation. D'ailleurs, l'un de ses considérants évoque le fait que ces services « *peuvent être d'importantes sources de trafic internet pour les entreprises qui proposent des biens ou services aux consommateurs par l'intermédiaire de sites internet* »¹⁴¹⁴. Le règlement DMA quant à lui intègre dans les « *services de plateforme essentiels* »¹⁴¹⁵ ces deux acteurs mais également les services de réseaux sociaux qui permettent « *aux utilisateurs finaux de se connecter ainsi que de communiquer entre eux, de partager des contenus et de découvrir d'autres utilisateurs et d'autres contenus [...] au moyen de conversations en ligne (chats), de publications (posts), de vidéos et de recommandations* »¹⁴¹⁶.

370. Plateforme et intermédiation linéaire - Le terme de plateforme peut également désigner une intermédiation linéaire à l'exemple de la directive DAMUN s'agissant des

¹⁴⁰⁹ Règl. P2B, art. 2 (2) (b).

¹⁴¹⁰ Règl. DSA, art. 3 (g) (i).

¹⁴¹¹ C. consom., art. L. 111-7, I, 2° (ancien).

¹⁴¹² CGI, art. 242 bis.

¹⁴¹³ C. trav., art. L. 7342-1.

¹⁴¹⁴ Règl. P2B, consid. 4.

¹⁴¹⁵ Règl. DMA, art. 2 (2).

¹⁴¹⁶ Règl. DMA, art. 2 (7).

« *plateformes de vidéos à la demande* ». Bien que non définies par le texte, les considérants sont plus diserts que les dispositions puisque l'on comprend qu'il s'agit de services diffusant des œuvres audiovisuelles à la suite de la conclusion de contrats de licence avec les ayants droit¹⁴¹⁷ ce qui les rapprocherait de la distribution.

371. Plateforme et intermédiation hybride - La qualification de plateforme peut également désigner des services hybrides mêlant intermédiation triangulaire et intermédiation linéaire. Les « *services de plateformes essentiels* » au sens du règlement DMA intègrent dans cette qualification les services de plateformes de partage de vidéos tels que définis par la directive SMA, c'est-à-dire des services qui consistent à « *fournir au grand public des « programmes », des « vidéos créés par l'utilisateur » ou « les deux » et « ne relèvent pas de la responsabilité éditoriale du fournisseur de la plateforme »*¹⁴¹⁸. Ces services peuvent donc consister en une intermédiation triangulaire en présence de vidéos créées par un utilisateur et en une intermédiation linéaire en présence de programmes relevant de la responsabilité éditoriale du fournisseur du service. De même, les règlements P2B et DMA envisagent l'hypothèse où un même acteur agit comme un intermédiaire triangulaire et dans le même temps comme un intermédiaire linéaire lorsqu'elle traite de l'autoréférencement¹⁴¹⁹.

372. Plateforme et absence d'intermédiation - La notion de plateforme semble parfois plus large que l'intermédiation triangulaire puisqu'elle peut désigner une intermédiation linéaire. Elle apparaît même encore plus extensive que l'intermédiation elle-même puisque la qualification peut saisir des services qui ne ressortent pas d'une intermédiation, ni triangulaire ni linéaire.

Par exemple, le règlement DMA traite des contrôleurs d'accès, c'est-à-dire des services de plateformes essentiels qui pour une large part reposent sur une intermédiation triangulaire (moteurs de recherche, réseaux sociaux, services d'intermédiation en ligne tels que les *marketplaces*, plateformes de partage de vidéos), lesquels peuvent se contenter d'agir comme des intermédiaires triangulaires, donc comme des plateformes lorsqu'ils référencent les produits et services de tiers, ou tenter d'agir comme des intermédiaires linéaires quand ils mettent en avant des produits ou des services qu'ils fournissent eux-mêmes ou à travers une entreprise utilisatrice qu'ils contrôlent¹⁴²⁰. Les intermédiations triangulaire et linéaire – directe

¹⁴¹⁷ Dir. DAMUN, consid. 51.

¹⁴¹⁸ Dir. SMA, art. 1 (a) (*bis*).

¹⁴¹⁹ V. *supra* n° 332 et s.

¹⁴²⁰ Règl. DMA, consid. 52.

ou par intégration verticale – peuvent donc se cumuler mais un doute persiste quant à l'utilisation du verbe « *fournir* » qui peut tout aussi bien viser la distribution que la fabrication. Dans le second cas, il ne s'agit pas d'intermédiation à proprement parler.

En droit interne, l'ancien article L. 111-7, I, 1° du code de la consommation disposait que l'opérateur de plateforme en ligne pouvait avoir pour activité « *le classement ou le référencement, au moyen d'algorithmes informatiques, de contenus, de biens ou de services proposés ou mis en ligne par des tiers* »¹⁴²¹. L'analyse de cette disposition n'était pas si évidente que la lecture semblait le supposer. D'une part, le législateur évoquait des contenus, des biens et des services et il fallait ici considérer qu'il s'agissait avant tout de contenus lesquels pouvaient avoir pour objet des biens ou des services. D'autre part, et bien que l'exposé des motifs évoquait les moteurs de recherche, les réseaux sociaux et les places de marché, c'est-à-dire des plateformes proposant des contenus vendus ou mis en ligne par des tiers, l'expression « *proposés [...] par des tiers* » utilisée dans le corps du texte pouvait poser question. Cela avait d'ailleurs été relevé par l'Autorité de la Concurrence dans ses observations relatives au projet de loi pour une République numérique qui considérait à juste titre que « *les contours des termes proposés [...] par des tiers sont incertains : ils peuvent conduire à englober, dans la définition d'une plate-forme, les services consistant, pour un site, à offrir pour son propre compte la vente ou la mise à disposition de contenus édités par des tiers, tels que les services de téléchargement ou de streaming de musique et/ou de vidéo (iTunes, Deezer, Netflix, Canalplay ...). Ils peuvent également recouvrir les "web marchands" (hors activité de place de marché) tels les sites Fnac ou Amazon, s'agissant de biens fournis ou produits par des tiers* »¹⁴²². L'Autorité s'inquiétait d'ailleurs du sort réservé à certaines plateformes par nature hybrides : « *à titre d'exemple, concernant Amazon, il s'agit d'une plate-forme "protéiforme" : contenus édités par un tiers et distribués par Amazon, produits fabriqués par des tiers et distribués par Amazon, produits distribués par des tiers et expédiés par Amazon, produits distribués par des tiers et expédiés par ces tiers. Des obligations différentes vont-elles peser sur Amazon selon les catégories ?* »¹⁴²³.

Cette disposition a été supprimée par la loi SREN mais un doute persiste. La qualification de la place de marché en ligne semble exclure l'absence d'intermédiation, puisque ce service est défini comme « *un service utilisant un logiciel, y compris un site internet, une*

¹⁴²¹ C. consom., art. L. 111-7 I, 1°.

¹⁴²² ADLC, obs. relatives au projet de loi pour une République numérique, 10 nov. 2015.

¹⁴²³ *Ibid.* V. sur cette question : J. SÉNÉCHAL, « La diversité des services fournis par les plates-formes en ligne et la spécificité de leur rémunération, un double défi pour le droit des contrats (1^{ère} partie) », *AJ Contrats d'affaires – Concurrence – Distribution* 2016, p. 79.

partie de site internet ou une application, exploité par un professionnel ou pour son compte, qui permet aux consommateurs de conclure des contrats à distance avec d'autres professionnels ou consommateurs »¹⁴²⁴. L'expression « *autres professionnels ou consommateurs* » paraît en effet faire référence à l'intermédiation triangulaire. Le comparateur de prix en ligne en revanche est défini comme « *tout service de communication au public en ligne consistant en la fourniture d'informations permettant la comparaison des prix et des caractéristiques de biens et de services proposés par des professionnels* »¹⁴²⁵. Si l'on peut être tenté d'y voir une intermédiation triangulaire, l'absence ici des termes « *autres professionnels* » peut laisser la porte ouverte à une absence d'intermédiation, c'est-à-dire une hypothèse dans laquelle le comparateur de prix inclurait dans les résultats comparatifs ses propres biens et services.

373. Une qualification à géométrie variable - La qualification de plateforme peut donc rester attachée à un service qui n'opère pas d'intermédiation triangulaire, voire pas d'intermédiation, ce qui rejoint le caractère totalisant de la notion de plateforme en vigueur en économie¹⁴²⁶. Il s'ensuit une notion à géométrie variable où un même service peut recevoir des qualifications différentes selon des textes qui n'apparaissent pas toujours interoperables. Les moteurs de recherche en ligne par exemple sont distingués par le règlement P2B des services d'intermédiation en ligne. Il est intéressant à ce titre de noter que ce règlement dit « *Platform to Business* » porte sur « *l'équité et la transparence pour les entreprises utilisatrices de services d'intermédiation en ligne* » sans mentionner les moteurs de recherche en ligne alors que ces derniers sont visés par de nombreuses dispositions. Partant, ils ne seraient pas des plateformes contrairement à ce que prévoit le règlement DMA qui les intègre dans les « *services de plateformes essentiels* ». S'agissant du règlement DSA, le texte opère une scission entre les services intermédiaires que sont les services de transport, de mise en cache et d'hébergement, dont les plateformes, et les moteurs de recherche dont on comprend qu'ils ne sont donc ni des hébergeurs ou des plateformes, ni des intermédiaires. Or, le règlement DSA définit plus loin les moteurs de recherche comme des services intermédiaires. Cette ambivalence face à des « *services polymorphes* »¹⁴²⁷ serait liée à un facteur temporel : la catégorie des moteurs de recherche a été ajoutée tardivement dans le règlement DSA¹⁴²⁸ alors même que la structure des

¹⁴²⁴ C. consom., art. liminaire, 14°.

¹⁴²⁵ C. consom., art. liminaire, 18°.

¹⁴²⁶ V. *supra* n° 367.

¹⁴²⁷ S. VERGNOLLE, « Les plateformes en ligne – Le règlement sur les services numériques (DSA) », *J.-Cl. Europe Traité*, fasc. 1245, 2025, §21.

¹⁴²⁸ *Ibid.*, §23.

services avait été actée. Les moteurs de recherche seraient donc en réalité une catégorie autonome des trois services intermédiaires que sont les services de transport, de mise en cache et d'hébergement dont les plateformes¹⁴²⁹, justifiées par leurs caractéristiques spécifiques : « *A priori, leur principale tâche n'est donc ni d'héberger des contenus, ni de transporter des informations, ni de proposer des services de mise en cache (bien qu'il arrive fréquemment qu'ils utilisent ces services). L'objectif premier de ces services est d'aiguiller l'internaute afin qu'il trouve le plus rapidement possible l'information adaptée à sa recherche* »¹⁴³⁰.

En définitive, et selon les textes, les moteurs de recherche relèvent de la catégorie des plateformes ou en sont exclus.

374. L'exclusion de certaines plateformes par les textes eux-mêmes - La plateforme apparaît comme une qualification à géométrie variable, accentuée par la prise en compte, par le législateur, de la spécificité de certaines qu'il faut tenir éloignées de certains textes alors même qu'elles rentrent *a priori* dans la qualification visée. Il en va ainsi des plateformes qui en raison de leur « *modeste* » importance économique ne devraient pas supporter le poids de certaines obligations¹⁴³¹. D'autres textes excluent des plateformes de l'application des textes en raison de leur domaine d'activité : la directive DAMUN, tout en qualifiant certains services de plateformes, les exclut de la qualification de « *fournisseurs de services de partage de contenus en ligne* ». Ainsi, les places de marché sont exclues dans la mesure où elles ne diffusent pas de contenus posant de problème en matière de droit d'auteur¹⁴³², de même que « *les plateformes de développement et de partage de logiciels libres* » notamment dans la mesure où ils ne rentrent pas en concurrence avec les services de partage de contenus en ligne¹⁴³³.

375. Le recours à la théorie de l'accessoire en présence d'activités hybrides : l'exemple du règlement DSA - Les textes eux-mêmes recourent parfois à la théorie de l'accessoire. Le règlement DSA précise qu'un fournisseur d'hébergement qui stocke des contenus provenant d'utilisateurs et qui les diffuse au public peut échapper à la qualification de plateforme en ligne sous trois conditions : cette diffusion est une caractéristique mineure ou purement accessoire d'un autre service ou une fonctionnalité mineure du service principal, cette caractéristique ou fonctionnalité ne peut être utilisée objectivement et techniquement sans cet

¹⁴²⁹ *Ibid.*

¹⁴³⁰ *Ibid.*

¹⁴³¹ V. par ex. : Règl. DMA, art. 3 ; Règl. DSA, art. 15 §2, 19 et 29.

¹⁴³² Dir. DAMUN, art. 2 (6).

¹⁴³³ Dir. DAMUN, consid. 62 et art. 2 (6).

autre service ou service principal et l'intégration de cette caractéristique ou de cette fonctionnalité n'est pas un moyen d'échapper à l'application du règlement¹⁴³⁴.

Dans cette hypothèse, l'accessoire est tellement mineur que le service qui le met en œuvre pour les besoins de son service principal ou d'un autre service est exclu de la qualification de plateforme, à l'instar des journaux en ligne qui publient des articles sous la responsabilité éditoriale d'un éditeur et qui disposent d'une zone de commentaires accessibles à leurs utilisateurs¹⁴³⁵. Au contraire, un réseau social ne pourrait échapper à la qualification de plateforme en ligne dans la mesure où le stockage de commentaires ne constitue pas une caractéristique mineure du service offert, « *même s'il est accessoire à la publication des messages des destinataires du service* »¹⁴³⁶.

376. Le recours à la théorie de l'accessoire en présence d'activités hybrides : l'exemple de la jurisprudence - La jurisprudence a plusieurs fois eu recours à la théorie de l'accessoire aboutissant à des solutions distinctes selon les services concernés.

Dans l'affaire *Uber Systems Spain SL*, les juges européens ont considéré que le service d'intermédiation proposé par Uber, qui consiste à mettre en relation des chauffeurs et des passagers, devait être considéré « *comme faisant partie intégrante d'un service global dont l'élément principal est un service de transport* »¹⁴³⁷. Autrement dit, l'intermédiation est ici indissociable du transport, lequel apparaît comme le service principal. D'une relation triangulaire contractuelle, on passe à une chaîne de contrats linéaire¹⁴³⁸.

Au contraire, dans le cas d'Airbnb, l'intermédiation a été qualifiée de « *dissociable de l'opération immobilière* » dans la mesure où elle facilite « *la conclusion de contrat portant sur des opérations futures* »¹⁴³⁹. Dans un cas, l'intermédiation est un moyen, dans l'autre, une fin. Les implications de ces décisions sont cruciales quant à leur mise en œuvre puisque la

¹⁴³⁴ Règl. DSA, art. 3 (i).

¹⁴³⁵ Règl. DSA, consid. 13.

¹⁴³⁶ Règl. DSA, consid. 13.

¹⁴³⁷ CJUE, 20 déc. 2017, aff. C-434/15, *Uber Systems Spain SL*, §40 : CCE 2018, comm. 11, note G. Loiseau ; RDC 2018, p. 210, note J. Huet ; JCP E 2018, 1111, note Th. Douville ; D. 2018, p. 934, note N. Balat. V. également : J. SÉNÉCHAL, « Le « courtage » des opérateurs en ligne. Analyse sous le prisme de l'arrêt *Uber Systems Spain SL* de la Cour de Justice de l'Union européenne », *AJ Contrat* 2018, p. 8. La décision est d'ailleurs confirmée par CJUE, 10 avr. 2018, aff. C-320/16, *Uber France SAS* : D. 2018, p. 934, note N. Balat ; Europe 2018, comm. 226, note D. Simon ; RDC 2019, p. 43, obs. J. Huet ; RTD eur. 2019, p. 153, obs. L. Gard.

¹⁴³⁸ J. SÉNÉCHAL, « Le critère français de la subordination juridique confronté au « contrôle », à « l'influence déterminante » d'un opérateur de plateforme en ligne sur l'activité de ses usagers », *Dalloz IP/IT* 2019, p. 186.

¹⁴³⁹ CJUE, 19 déc. 2019, aff. C-390/18, *Airbnb*, §53 : Europe 2020, comm. 55, obs. M. Abenhaim ; CCE 2020, comm. 12, obs. G. Loiseau ; Dalloz IP/IT 2020, p. 265, obs. A. Lecourt ; AJ contrat 2020, p. 99, obs. D. Richard.

qualification d'intermédiation, appliquée au service à titre accessoire ou principal, relève du cas par cas¹⁴⁴⁰.

377. La contestation de la qualification de très grandes plateformes en ligne en présence d'activités hybrides : l'exemple de Zalando et d'Amazon - En présence de services hybrides, la difficulté provient de la nécessité de distinguer ce qui relève d'une activité de plateforme en ligne – et de la qualification de très grande plateforme en ligne en fonction du nombre de destinataires actifs – d'une activité de distribution. Des acteurs vont arguer du fait qu'ils ne réalisent pas d'intermédiation triangulaire en totalité, et que dans le cadre de leur activité triangulaire, n'atteignent pas le seuil requis pour être qualifiées de très grandes plateformes en ligne.

Zalando et Amazon par exemple contestent l'application des obligations relatives aux très grandes plateformes en ligne prévues par le règlement DSA en mettant en avant le caractère hybride de leurs activités¹⁴⁴¹. À la lecture du texte, sont visés par la qualification de plateforme en ligne, les services intermédiaires de type hébergement de contenus tiers. Or, Zalando et Amazon ne sont pas uniquement des places de marchés mettant en relation des vendeurs et des acheteurs mais vendent également directement aux acheteurs des produits qu'ils ont acquis auprès des fournisseurs. Dans cette configuration « *distribution* », les contenus hébergés et mis à disposition de leurs utilisateurs, ne proviennent pas de tiers mais de Zalando et Amazon eux-mêmes. De plus, à supposer que la qualification de plateforme puisse être reconnue au service de place de marché, ce dernier n'atteint pas le seuil de destinataires actifs mensuels¹⁴⁴².

Le 3 septembre 2025, le Tribunal de l'Union européenne a rejeté le recours de Zalando. Pour les juges, il y a bien deux activités : la vente directe de produits par Zalando (Zalando Retail) et la mise en relation de vendeurs tiers et d'acheteurs (Partner Program). Dès lors, Zalando n'est une plateforme en ligne au sens du règlement DSA qu'au titre de la seconde activité. Pour autant, et parce que Zalando est incapable de distinguer le nombre de destinataires actifs au titre de son service de distribution de celui de son service de plateforme, la Commission européenne était fondée à tenir compte du nombre de 83 millions de

¹⁴⁴⁰ Jugeant la dissociation des services totalement artificielle : G. LOISEAU, « Airbnb n'est pas un service d'intermédiation indissociablement lié à un service de prestation d'hébergement », *CCE* 2020, comm. 12. V. également : P. VAN CLEYNENBREUGEL, *Plateformes en ligne et droit de l'Union européenne. Un cadre juridique aux multiples visages*, Bruylant, coll. Manuels, 2021, spé. p. 92, n° 106.

¹⁴⁴¹ Commission européenne, communiqué IP/23/2413, 25 avr. 2023 désignant notamment Amazon et Zalando de « très grandes plateformes en ligne ».

¹⁴⁴² Recours introduit devant le Trib. UE, 27 juin 2023, aff. T-348/23, *Zalando c/ Commission* - Recours introduit devant Trib. UE, 5 juill. 2023, aff. T-367/23, *Amazon Services Europe c/ Commission*.

destinataires actifs déclenchant la qualification de très grande plateforme. Le caractère accessoire ou non d'un service par rapport à l'autre n'a donc pas motivé la décision. En revanche, l'entrelacement des services a rendu impossible la distinction entre ce qui relève de la distribution de ce qui ressort de l'activité de plateforme¹⁴⁴³.

S'agissant d'Amazon, le Tribunal de l'Union européenne avait ordonné la suspension de la décision de la Commission européenne concernant notamment l'obligation faite à la plateforme de publier son registre de publicités conformément à l'article 39 du règlement DSA, estimant que le recours d'Amazon contre sa désignation de très grande plateforme avait un effet suspensif¹⁴⁴⁴. Dans son ordonnance du 27 mars 2024, le vice-président de la CJUE avait annulé la partie de l'ordonnance attaquée sur ce point¹⁴⁴⁵ mais la plateforme restait soumise au DSA, et en particulier à son article 39, les juges ayant fait primer les intérêts défendus par le législateur européen « *sur les intérêts matériels d'Amazon* »¹⁴⁴⁶. Par une décision en date du 19 novembre 2025, le Tribunal de l'Union européenne a finalement rejeté le recours d'Amazon contre sa désignation de très grande plateforme¹⁴⁴⁷.

Par conséquent, il semble bien que le caractère hybride de certains modèles d'affaires ne soit pas un obstacle à la qualification globale de très grande plateforme en ligne.

378. Le gommage de l'intermédiation triangulaire - La triangulation est parfois gommée, non parce que le service considéré comme principal ne relève pas de l'intermédiation, mais parce que la protection de certains intérêts le justifie. Cela avait déjà été admis en matière de droit des marques, par exemple en ce qui concerne Amazon, qui propose des offres provenant de vendeurs tiers en même temps que ses propres offres. L'hybridité de son service a conduit la CJUE à considérer qu'il pouvait être tenu responsable lors d'atteintes à des signes distinctifs commis par des vendeurs tiers au sein de leurs annonces dans la mesure où, pour le

¹⁴⁴³ Trib. UE, 3 sept. 2025, aff. T-348/23, *Zalando c/ Commission*.

¹⁴⁴⁴ Trib. UE ord., 27 sept. 2023, aff. T-367/23 R, *Amazon Services Europe c/ Commission* : *Légipresse* 2024, p. 257, obs. N. Mallet-Poujol.

¹⁴⁴⁵ CJUE ord., 27 mars 2024, aff. C-639/23 P (R), *Commission c/ Amazon Services Europe*.

¹⁴⁴⁶ CJUE ord., 27 mars 2024, aff. C-639/23 P (R), *Commission c/ Amazon Services Europe*, pt. 164. L'argument tiré de la balance des intérêts penchant en faveur du législateur européen a joué dans plusieurs affaires portées en référé devant le Trib. UE, non pas pour contester la désignation de très grandes plateformes en ligne, mais pour faire échec à l'application de certaines dispositions du DSA, notamment l'article 39 (Trib. UE ord., 2 juill. 2024, aff. T-138/24 R, *Aylo Freesites c/ Commission* confirmé par CJUE ord., 6 sept. 2024, aff. C-511/24 P (R) – Trib. UE ord., 12 juill. 2024, aff. T-139/24 R, *WebGroup Czech Republic c/ Commission* confirmé par CJUE ord., 25 févr. 2025, aff. C-620/24 P (R)).

¹⁴⁴⁷ Trib. UE, 19 nov. 2025, aff. T-367/23, *Amazon Services Europe SARL c/ Commission*.

consommateur normalement informé et raisonnablement attentif, ces annonces peuvent sembler provenir d'Amazon lui-même¹⁴⁴⁸.

Ce gommage de la triangulation, également reconnu par la CJUE en droit de la consommation,¹⁴⁴⁹ est consacré dans le règlement DSA au profit du consommateur moyen qui avait des raisons de croire qu'il contractait avec la plateforme ou un utilisateur professionnel placé sous le contrôle de la plateforme, et non avec un utilisateur professionnel de l'autre face¹⁴⁵⁰, de sorte que la plateforme ne peut bénéficier de la responsabilité atténuée en matière de contenus illicites applicable aux hébergeurs. En droit du travail, la triangulation opérée par certaines plateformes se trouve également gommée en faveur de leurs prestataires. Ainsi, un livreur à vélo ou un chauffeur de VTC peut être qualifié de salarié de l'application qu'il utilise de sorte qu'il n'y a plus d'intermédiation¹⁴⁵¹.

§2. Le recentrage de la notion d'intermédiation dans l'appréhension de la recommandation numérique

379. La recommandation numérique, une intermédiation triangulaire particulière - De ses diverses acceptions de la notion d'intermédiation, il convient de faire un choix. En recentrant l'intermédiation dans sa conception triangulaire, la recommandation numérique constitue bien une intermédiation *per se* (A), bien qu'elle apparaisse encadrée (B).

A. La recommandation numérique, une intermédiation *per se*

380. La particularité de l'intermédiation constituée par la recommandation numérique - La recommandation numérique constitue, en elle-même, une forme d'intermédiation. Mais sa

¹⁴⁴⁸ CJUE, 22 déc. 2022, aff. jtes C-148/21 et C-184/21, *Louboutin c/Amazon* : CCE 2023, comm. 8, note P. Kamina ; *Europe* 2023, comm. 73, note P. Bruyas ; *Prop. Industr.* 2023, comm. 8, note A. Folliard-Monguiral.

¹⁴⁴⁹ CJUE, 9 nov. 2016, aff. C-149/15, *Wathelet* : *RTD civ.* 2017, p. 171, note P.-Y. Gautier ; *Europe* 2017, comm. 30, note S. Cazet ; *JCP G* 2017, act. 123, obs. G. Paisant.

¹⁴⁵⁰ Règl. DSA, art. 6 §3.

¹⁴⁵¹ Cass. soc. 28 nov. 2018, n° 17-20.079, *Take Eat Easy* : *AJ Contrat* 2019, p. 46, obs. L. Gamet ; *Dr. soc.* 2019, p. 185, obs. C. Radé ; *RDT* 2019, p. 36, obs. M. Peyronnet ; *Dalloz IP/IT* 2019, p. 186, obs. J. Sénéchal ; *RDSS* 2019, p. 170, obs. M. Badel ; *RDC* 2019/3, p. 40, obs. J. Huet – Cass. soc. 4 mars 2020, n° 19-13.316, *Uber France* : *AJ Contrat* 2020, p. 227, obs. Th. Pasquier ; *Dr. soc.* 2020, p. 374, obs. P.-H. Antonmattei ; *RDT* 2020, p. 328, obs. L. Willocx. Sur l'ensemble de la question, v. not. : S. CARRÉ, « La qualification des contrats liant les opérateurs de transport aux plateformes numériques : les habits neufs d'un vieux problème », *RTD com.* 2023, p. 519 ; P. PRÉPIN, *Le lien de subordination à l'épreuve du numérique*, th. Université Versailles Saint-Quentin-en-Yvelines/Paris Saclay, 2023, p. 419 et s.

singularité tient à ce que cette intermédiation repose sur une triangulation atypique, impliquant non pas trois personnes en interaction, mais un système, des contenus et un récepteur. C'est ce caractère hétérogène qui rend la triangulation apparente, tandis que du point de vue des acteurs, la relation semble parfois n'impliquer que deux personnes. Cette double lecture – structurelle et personnaliste – peut apparaître contradictoire (1) et n'est pas pleinement reçue par la doctrine dont les qualifications proposées sont critiquables (2).

1. La contradiction apparente de la recommandation numérique

381. Une triangulation hétérogène - À première vue, la recommandation numérique est composée de deux éléments : des contenus et un récepteur. Bien souvent, la recommandation numérique, parce qu'elle se matérialise par des contenus, tend à faire corps avec eux. Cela est sans aucun doute vrai lorsque la recommandation ne s'énonce pas comme telle et que l'utilisateur la « *subit* ». Ainsi, lorsqu'il se connecte sur un réseau social, la recommandation s'efface, elle est invisibilisée par les contenus qui en font l'objet. Parfois, la recommandation s'infère du rôle actif de l'utilisateur. Celui qui tape des mots clefs dans la barre de recherche attend une réponse de la part du moteur de recherche ou du site sur lequel il recherche des contenus mais d'un point de vue matériel la recommandation prend la forme d'une liste de résultats, c'est-à-dire d'un ensemble de contenus. Il arrive cependant que la recommandation s'énonce comme dans le cas des « *tops des ventes* », « *vous pourriez aimer* », « *les articles les plus lus* ». Dans ce cas, il ne s'agit que d'une condition d'identification¹⁴⁵² d'où il ressort qu'elle ne fait plus tout à fait corps avec les contenus qui en font l'objet.

Cette fusion-dissociation de la recommandation et des contenus invite donc en réalité à prendre de la distance vis-à-vis de la matérialisation de la recommandation. La recommandation constitue en réalité une triangulation entre trois éléments : un système, un ensemble de contenus et un récepteur. Le système de recommandation ne se confond donc pas avec la matérialisation de la recommandation, c'est-à-dire sa matière première. Au contraire, il a pour tâche d'opérer une mise en relation d'un récepteur avec un ou des contenus. En ce sens, la recommandation est une intermédiation de type triangulaire dans la mesure où elle a pour finalité une interaction entre deux « *extrêmes* ».

Il s'agit néanmoins d'une triangulation particulière en raison de son caractère hétérogène. Alors que l'intermédiation triangulaire est d'ordre personnel, puisque mettant en

¹⁴⁵² V. *supra* n° 310.

scène trois acteurs, la recommandation comporte à première vue un seul acteur certain : le récepteur. Dans cette acception néanmoins, la recommandation apparaît donc comme une intermédiation dans un sens quelque peu « *resserrée* » puisqu'elle ne peut être linéaire.

382. Un bipartisme personnel - Il est néanmoins possible de saisir la recommandation dans une perspective personnaliste en se focalisant sur les acteurs qui se cachent derrière ses « *entités* ». Il peut en effet être soutenu qu'elle sous-tend l'existence de trois personnes : le fournisseur de la recommandation, le fournisseur du contenu objet de la recommandation et le récepteur sans qu'il s'agisse pour autant de tripartisme. En effet, d'un point de vue personnel, la recommandation peut être envisagée comme une relation entre un émetteur, c'est-à-dire le fournisseur du système de recommandation, et un récepteur, le fournisseur du contenu apparaissant comme un tiers à la relation qu'il soit annonceur ou simple utilisateur. Ce n'est qu'en cas d'interaction entre le récepteur et le contenu tiers qu'une nouvelle relation peut se nouer, ou non, entre ce récepteur et le fournisseur du contenu. Cette nouvelle relation peut être de nature contractuelle comme lorsque deux utilisateurs contractent pour la vente d'un bien ou une prestation de service mais elle peut ne pas l'être et demeurer purement informationnelle. Ce bipartisme originel que constitue la recommandation est également valable lorsque le fournisseur du système de recommandation est également le fournisseur du contenu objet de la recommandation. Il y a dans ce cas fusion, voire confusion, de deux des acteurs de la recommandation, mais pas remise en cause de cette relation bipartite ni de la triangulation de la recommandation.

Ceci amène en réalité à distinguer deux niveaux d'analyse : la configuration de la recommandation elle-même et celle dans laquelle celle-ci s'inscrit. « *L'identité* » de l'intermédiaire dans la recommandation *per se* est le système de recommandation lui-même. Mais la qualité d'intermédiaire du système de recommandation ne peut être confondue avec la qualité du fournisseur du système de recommandation, même si c'est au prix d'un certain effort : un système de recommandation opère une mise en relation entre un récepteur et une information mais cela ne signifie pas que le fournisseur du système de recommandation est lui-même un intermédiaire au regard des contenus et du récepteur. Il peut l'être comme il peut ne pas l'être. Par exemple, l'algorithme de Netflix suggère des contenus à ses abonnés, il est en cela un intermédiaire. Netflix est également un intermédiaire dans la mesure où il distribue des contenus dont il a acquis les droits. Il l'est aussi lorsqu'il insère des publicités au sein des contenus. En revanche, il n'est pas un intermédiaire lorsqu'il distribue les contenus qu'il produit lui-même. Pour prendre un autre exemple, un site de presse en ligne qui publie les

articles de ses journalistes n'agit pas comme un intermédiaire dans ce cadre précis. En revanche, le système de recommandation qui suggère aux visiteurs les articles les plus lus est un intermédiaire qui met en relation les deux.

2. Les qualifications critiquables de la doctrine

383. Des qualifications doctrinales séduisantes - Si la recommandation numérique a pu être approchée à travers certaines figures connues de l'intermédiation, la doctrine peine à lui attribuer une qualification pleinement satisfaisante. Le courtage informationnel doit être rejeté (a) et l'infomédiation nuancée (b).

a. Le rejet du courtage informationnel

384. Le courtage informationnel, un modèle économique de mise en relation - L'expression de « *courtage informationnel* » se retrouve en bibliothéconomie où le courtier en information désigne une personne ou un organisme « *qui agit comme médiateur entre des sources d'information (banques de données ou autres) et des clients ou usagers* »¹⁴⁵³, en proposant moyennant rémunération des prestations de veille, de questions-réponses, la constitution de dossiers documentaires, l'élaboration de synthèses documentaires, l'interrogation de banques de données, ...¹⁴⁵⁴.

L'expression de courtage est également très présente dans le secteur des industries culturelles. Schématiquement et classiquement ce secteur peut fonctionner grâce à quatre modèles socio-économiques : le modèle éditorial centré sur l'éditeur et le producteur où la consommation de produits culturels est discontinue et repose sur l'achat de leurs supports (livres, musiques enregistrées), le modèle du flot centré sur le programmeur où la consommation de contenus s'opère en continu et leur production passe par des subventions publiques ou par la publicité (télévision, radio), le modèle du club organisé autour du câblodistributeur dans lequel la consommation de contenus se fait de manière discontinue moyennant le paiement d'un abonnement (télévision par câble) et le modèle du compteur marqué par la place prépondérante du propriétaire de kiosque qui peut vendre du temps de

¹⁴⁵³ M. CUTAJAR, *Les courtiers en information*, th. Lyon II, 1997, p. 139.

¹⁴⁵⁴ *Ibid.*, p. 139.

connexion au consommateur (Minitel)¹⁴⁵⁵. Le courtage informationnel constitue pour certains auteurs un cinquième modèle dans lequel un courtier ou « *intermédiaireur* » commercialise le « *fit de la mise en contact* », c'est-à-dire qu'il met en relation l'utilisateur, à sa demande, avec des sources d'information » et se rémunère « *au contact* » : « *à la commission, par référencement payant et vente de mots-clefs à des annonceurs, via la commercialisation d'informations acquises durant la transaction, etc.* »¹⁴⁵⁶. Ces cinq modèles peuvent d'ailleurs s'hybrider de manière concomitante comme dans la filière audiovisuelle, ou successive à l'instar de la filière cinématographique¹⁴⁵⁷. Le courtier est censé occuper une fonction totalement neutre vis-à-vis des contenus dans la mesure où il ne les choisit pas et ne les produit pas¹⁴⁵⁸.

385. Le courtage informationnel, un modèle juridique contractuel - En droit, le terme de « *courtage* » peut sembler à première vue pouvoir concerner la recommandation. Si pour certains, le courtage consiste à recueillir des informations auprès de clients au bénéfice de donneurs d'ordre¹⁴⁵⁹, ce rôle informationnel peut cependant apparaître limité¹⁴⁶⁰. En effet, le courtier a en charge de rapprocher deux acteurs pour les amener à conclure un contrat entre eux sans les représenter¹⁴⁶¹.

La recommandation numérique peut donc se distinguer du courtage sous trois aspects. Premièrement, la recommandation a une nature essentiellement informationnelle par sa matérialisation par des contenus, par sa fonction de mise en relation d'un utilisateur avec ces contenus¹⁴⁶² et par son fonctionnement, c'est-à-dire l'analyse préalable des données¹⁴⁶³. Deuxièmement, s'il est vrai que la recommandation numérique opère une mise en relation, cette dernière s'éloigne de celle à l'œuvre dans le cadre du courtage dans la mesure où l'intermédiaire n'a pas en charge de mettre en lien deux personnes mais des objets avec une

¹⁴⁵⁵ Sur l'historique de la construction de ces modèles, v. not. : M.-O. GOYETTE-CÔTÉ, *Les enjeux socioéconomiques de la circulation de l'information d'actualité sur Internet : comment les infomédiaires contribuent à la reconfiguration de la filière de l'information d'actualité*, th. Université Sorbonne Nouvelle, 2020, p. 38 et s.

¹⁴⁵⁶ P. MÆGLIN, « Des modèles socio-économiques en mutation », in *Les industries de la culture et de la communication en mutation*, dir. Ph. Bouquillion et Y. Combès, L'Harmattan, coll. Questions contemporaines, 2007, p. 161.

¹⁴⁵⁷ PH. BOUQUILLION *et al.*, *L'industrialisation des biens symboliques : les industries créatives en regard des industries culturelles*, PUG, 2013, p. 158 ; O. THUILLAS, *Les formes publiques de courtage informationnel : l'exemple des services géoCulture*, th. Université Sorbonne Cité, 2017, p. 42.

¹⁴⁵⁸ P. MÆGLIN, « Des modèles socio-économiques en mutation », précit., p. 158.

¹⁴⁵⁹ PH. DEVESA, *L'opération de courtage. Un groupe de contrats au service de la notion d'entremise*, préf. J.-M. Mousseron, Litec, coll. Bibl. dr. ent., t. 30, 1993, p. 64, n° 98.

¹⁴⁶⁰ N. DISSAUX, « Courtage », *Rép. com. Dalloz*, 2021, §18.

¹⁴⁶¹ J. RAYNARD, J.-B. SEUBE, *Droit des contrats spéciaux*, LexisNexis, 11^{ème} éd., 2024, p. 458, n° 513. Si mandat il y a, il ne peut donc s'agir que d'un mandat d'entremise : N. DISSAUX, « Courtage », précit., §47.

¹⁴⁶² V. *infra* n° 408.

¹⁴⁶³ V. *infra* n° 435 et s.

personne. Troisièmement, et contrairement au courtage, la finalité contractuelle est indifférente à la recommandation numérique. Mais cela ne signifie pas pour autant que le contrat lui soit indifférent. Dans les modèles d'intermédiation linéaire, le fournisseur du système, également fournisseur des contenus, est lié par contrat à l'utilisateur. Dans les modèles d'intermédiation triangulaire, les récepteurs de la recommandation, également fournisseurs de contenus, sont liés au fournisseur du système de recommandation par des conditions générales d'utilisation. En revanche, la conclusion d'un contrat n'est pas nécessairement l'aboutissement de la recommandation numérique. Parfois, il n'y a tout simplement pas de contrat à conclure, ce qui est le cas par exemple pour les réseaux sociaux et la distribution de contenus. À supposer qu'un contrat puisse être conclu entre un fournisseur de contenu et le récepteur, la recommandation ne constitue qu'une aide à la décision, un facteur d'éclaircissement, mais pas une intermédiation contractuelle en soi.

b. La nuance apportée à l'infomédiation

386. L'infomédiation, forme de courtage informationnel dans l'univers numérique - L'infomédiation ou « *informédiation* »¹⁴⁶⁴ est la contraction des termes « *intermédiation* » et « *information* ». À la fin des années 70, elle désigne le processus par lequel « *un nombre croissant d'activités humaines, dans différents domaines [...] sont susceptibles d'être médiées ou remplacées par des machines de haute technologie* »¹⁴⁶⁵. Autrement dit, le terme désigne « *au départ la nécessité de recourir à des logiciels pour venir en aide à une mémoire humaine désormais incapable de traiter à elle seule l'amoncellement de données thésaurisées dans des serveurs et/ou accessibles à distance. L'informatique comme technologie à la fois d'archivage (stockage) et de classification (calculs) apporte en quelque sorte une solution (le tri à grande vitesse) au problème qu'elle a contribué à forger (la constitution de vastes ensembles de données et la surabondance qui en résulte)* »¹⁴⁶⁶. En matière culturelle et médiatique, elle se définit plus simplement comme « *l'intermédiation outillée par l'informatique visant*

¹⁴⁶⁴ Sur le changement d'orthographe : M.-O. GOYETTE-CÔTÉ, *Les enjeux socioéconomiques de la circulation de l'information d'actualité sur Internet : comment les infomédiaires contribuent à la reconfiguration de la filière de l'information d'actualité*, th. précit., p. 104.

¹⁴⁶⁵ K. VALASKAKIS, "“Informmediation” and the quality of life a conceptual framework for the assessment of the human implication of the information revolution”, *Projet Gamma*, 1982, p. 23. V. précédemment : I. FITZPATRICK-MARTIN, "Social implications of the information economy. An initial assessment and guiding framework for impact studies", *Projet Gamma*, Université de Montréal-McGill University, paper n° 5, 1979.

¹⁴⁶⁶ G. GUIBERT *et al.*, *Médias, culture et numérique. Approches socioéconomiques*, Armand Colin, coll. *Cursus*, 2016, p. 91.

l'appariement entre l'indexation de biens culturels et médiatiques édités par des tiers (biens non produits par les infomédiaires) et la gestion de pratiques d'accès individualisé ».

Le concept d'infomédiation a connu également des développements en économie où l'infomédiaire est envisagé comme un « *gestionnaire des préférences* »¹⁴⁶⁷. Faisant le constat que les internautes laissent de nombreuses traces et données au cours de leur navigation, que ces dernières ont beaucoup de valeur et qu'ils pâtissent d'un manque de temps, de patience et de savoir-faire pour identifier les meilleures offres en ligne face à une surabondance informationnelle, Haygel et Rayport voient pour eux l'opportunité de confier à des « *infomédiaires* » le soin de négocier leurs « *préférences* » auprès d'entreprises en ligne¹⁴⁶⁸. Le rôle de l'infomédiaire consiste à aider les consommateurs à tirer parti de leurs préférences à partir de leurs données en identifiant le produit ou le service qui leur apporte le plus de satisfaction puis de rechercher le fournisseur du produit ou du service en question le moins cher¹⁴⁶⁹.

Souvent utilisée dans le domaine de l'information d'actualité en ligne, l'infomédiation peut désigner plus généralement « *la fonction consistant à relier des besoins ciblés et des ressources pertinentes au sein de volume de données considérables et hétérogènes. Mais l'infomédiation ne se réduit pas à cette activité de recherche de données, relativement classique dans le domaine de l'informatique documentaire, fût-elle désormais élargie à l'internet. Elle y apporte un service supplémentaire de mise à disposition de contenus et de liens, issus d'une sélection se présentant sous une forme éditorialisée* »¹⁴⁷⁰. La désintermédiation/réintermédiation à l'œuvre dans toutes les filières qui opèrent en ligne¹⁴⁷¹ a été en effet marquée par l'apparition d'infomédiaires dont l'activité se situe entre l'édition de contenus d'une part et la diffusion de ces contenus d'autre part afin d'appareiller une offre de contenus et une demande de contenus¹⁴⁷², tels que les moteurs de recherche ou les réseaux

¹⁴⁶⁷ M.-O. GOYETTE-CÔTÉ, *Les enjeux socioéconomiques de la circulation de l'information d'actualité sur Internet : comment les infomédiaires contribuent à la reconfiguration de la filière de l'information d'actualité*, th. précit., p. 105.

¹⁴⁶⁸ J. HAGEL, J. F. RAYPORT, "The Coming Battle for Customer Information", *Harvard Business Review* 1997, vol. 75, n° 1, p. 53.

¹⁴⁶⁹ *Ibid.*

¹⁴⁷⁰ F. REBILLARD, N. SMYRNAIOS, « Les infomédiaires, au cœur de la filière de l'information en ligne. Les cas de google, wikio et paperblog », *Réseaux* 2010/2, n° 160-161, p. 167.

¹⁴⁷¹ E. BUSTAMANTE, "Cultural Industries in the Digital Age : some provisional conclusions", *Media, Culture & Society* 2004, vol. 26, n° 6, p. 803. V. également : CH. BENAVENT, *Plateformes. Sites collaboratifs, marketplaces, réseaux sociaux ... Comment ils influencent nos choix*, FYP éditions, 2016, p. 98 et s.

¹⁴⁷² F. REBILLARD, N. SMYRNAIOS, « Les infomédiaires, au cœur de la filière de l'information en ligne. Les cas de google, wikio et paperblog », art. précit., p. 168.

sociaux, les sites de *e-commerce*, réalisant par la même une « *méta-éditorialisation* » des contenus¹⁴⁷³.

Ces différentes acceptions de l'infomédiation rejoignent donc la notion socioéconomique de courtage informationnel par cette fonction de mise en relation entre des utilisateurs et des contenus opérée par un intermédiaire qui n'est pas à l'origine de ces informations¹⁴⁷⁴. Dans le domaine de l'information d'actualité en ligne, cet intermédiaire est « *un acteur capable d'utiliser la technologie pour automatiser en partie ou en totalité la collecte, l'agrégation, l'organisation et la hiérarchisation des contenus informationnels produits par des tiers* »¹⁴⁷⁵. Il n'est pas seulement un portier, rendant disponibles des informations, mais également un sommelier, aidant l'utilisateur à choisir les informations les plus adaptés à ces goûts¹⁴⁷⁶.

387. Une réception imprécise de l'infomédiation en droit - La notion d'infomédiation a été reçue par la doctrine juridique qui la reconnaissait dans l'ancien article L. 111-7, I, 1° du code de la consommation. Cet article définissait en effet les opérateurs de plateforme en ligne en considération de leur activité, d'une part ceux qui proposaient un service de communication au public en ligne reposant sur « *le classement ou le référencement, au moyen d'algorithmes informatiques, de contenus, de biens ou de services proposés ou mis en ligne par des tiers* »¹⁴⁷⁷ et d'autre part ceux qui se fondaient sur « *la mise en relation de plusieurs parties en vue de la vente d'un bien, de la fourniture d'un service ou de l'échange ou du partage d'un contenu, d'un bien ou d'un service* »¹⁴⁷⁸. La première activité relevait de l'infomédiation tandis que la seconde constituait de l'intermédiation¹⁴⁷⁹. Il convient de noter que cette analyse apparaissait en contradiction avec la doctrine socio-économique qui assimile infomédiation et courtage informationnel. Cette remarque n'est pas dirimante néanmoins dans la mesure où ce type de

¹⁴⁷³ G. CHARTRON, F. REBILLARD, « La publication sur le web, entre filiations et innovations éditoriales », in *La redocumentarisation du monde*, dir. R. T. Pédaque, Cepaduès éd., 2007, p. 201.

¹⁴⁷⁴ M.-O. GOYETTE-CÔTÉ, *Les enjeux socioéconomiques de la circulation de l'information d'actualité sur Internet : comment les infomédiaires contribuent à la reconfiguration de la filière de l'information d'actualité*, th. précit., p. 143 ; M. CUTAJAR, *Les courtiers en information*, th. précit., p. 53 ; E. BROUSSEAU, N. CURIEN, « Économie d'Internet, économie du numérique », *Revue économique* 2011/7, vol. 52, p. 25.

¹⁴⁷⁵ M.-O. GOYETTE-CÔTÉ, *Les enjeux socioéconomiques de la circulation de l'information d'actualité sur Internet : comment les infomédiaires contribuent à la reconfiguration de la filière de l'information d'actualité*, th. précit., p. 143.

¹⁴⁷⁶ *Ibid.*, p. 333.

¹⁴⁷⁷ C. consom., art. L. 111-7, I, 1°.

¹⁴⁷⁸ C. consom., art. L. 111-7, I, 2°.

¹⁴⁷⁹ J. ROCHFELD, C. ZOLYNSKI, « La "loyauté" des "plateformes". Quelles plateformes ? Quelle loyauté ? », *Dalloz IP/IT* 2016, p. 520.

courtage ne relève pas d'une intermédiation proprement contractuelle¹⁴⁸⁰. Partant, il convient de garder à l'esprit que le courtage, en tant qu'intermédiation, n'a pas le même sens selon les disciplines et qu'il reste en droit cantonné à une intermédiation qui a pour finalité la conclusion d'actes juridiques. La distinction entre infomédiation et intermédiation appelle cependant une remarque dans la mesure où l'infomédiation, conformément à sa signification, est une forme d'intermédiation, bien qu'informationnelle. À cet égard, cette seconde activité était parfois dénommée « *interrelation* »¹⁴⁸¹ qui apparaît plus juste dans la mesure où le terme sous-tend qu'elle est une forme d'intermédiation.

388. La critique commune à la doctrine non juridique et juridique : la position de tiers de l'infomédiaire - Il convient de rappeler, s'agissant de l'infomédiation, la position de l'intermédiaire qui demeure un tiers aux contenus recommandés¹⁴⁸². Or, ainsi qu'il a été vu précédemment, la rédaction de l'ancien article L. 111-7, I du code de la consommation ouvrait la porte à ce que ces contenus proviennent de l'intermédiaire lui-même comme l'avait relevé à juste titre l'Autorité de la Concurrence¹⁴⁸³. Bien que l'exposé des motifs de la loi pour une République numérique se concentrait sur des intermédiaires tiers, c'est-à-dire des intermédiaires qui ne produisent pas eux-mêmes des contenus, le rapport de la Commission des lois relatif à la loi pour une République numérique avait en tête que la qualification d'opérateurs de plateforme à laquelle s'attache une obligation d'information portant sur le classement et le référencement de contenus pouvait également concerner les « *plateformes audiovisuelles telles que Deezer et Netflix* »¹⁴⁸⁴.

Pour autant, si la doctrine semblait unanime sur le fait que ces opérateurs de type distributeur audiovisuel devaient être exclus du périmètre de l'article¹⁴⁸⁵, le doute subsistait quant à la qualification des opérateurs qui exercent une activité hybride de distribution de produits et de mise en relation de vendeurs et d'acheteurs à partir du classement et du référencement d'offres.

¹⁴⁸⁰ Pour une analyse de l'infomédiation comme une forme de courtage, v. cependant : J. SÉNÉCHAL, « La diversité des services fournis par les plates-formes en ligne et la spécificité de leur rémunération, un double défi pour le droit des contrats (1^{ère} partie) », *AJ Contrats d'affaires – Concurrence – Distribution* 2016, p. 79.

¹⁴⁸¹ J. ROCHFELD, C. ZOLYNSKI, « La "loyauté" des "plateformes". Quelles plateformes ? Quelle loyauté ? », *Dalloz IP/IT* 2016, p. 520.

¹⁴⁸² V. *supra* n° 386.

¹⁴⁸³ ADLC, obs. relatives au projet de loi pour une République numérique, 10 nov. 2015. V. *supra* n° 372.

¹⁴⁸⁴ AN, rapp. n° 3399 de L. Belot sur le projet de loi pour une République numérique, 15 janv. 2016, p. 367.

¹⁴⁸⁵ M. LE ROY, *La loyauté des plateformes à l'égard des consommateurs*, préf. C. Zolynski et N. Sauphanor-Brouillaud, Dalloz, coll. Nouvelle Bibliothèque de Thèses, vol. 224, 2023, p. 25, n° 19 ; J. SÉNÉCHAL, « La diversité des services fournis par les plates-formes en ligne et la spécificité de leur rémunération, un double défi pour le droit des contrats (1^{ère} partie) », art. précit.

Au-delà de cette disposition consumériste, qui a par ailleurs été supprimée par la loi SREN, il faut bien admettre que l'infomédiation a un périmètre plus ou moins large. Dans une conception stricte, elle est exercée par un intermédiaire véritable tiers aux contenus. Dans une conception large, il semble qu'elle puisse être opérée par un acteur qui peut les avoir créés ou en être titulaire au sens de la propriété intellectuelle.

B. La recommandation numérique, une intermédiation encadrée

389. Une intermédiation prise dans des strates - Si la recommandation numérique peut être appréhendée comme une intermédiation *per se*, encore faut-il ne pas l'extraire artificiellement du contexte dans lequel elle s'inscrit. La recommandation numérique s'avère en effet encadrée d'un point de vue personnel (1), sectoriel (2) et matériel (3).

1. Un encastrement personnel

390. Le fournisseur de recommandation, partie et/ou tiers à la recommandation - Sous un aspect personnel, la recommandation numérique peut être émise par un tiers qui n'est pas le fournisseur des contenus ni *a fortiori* le destinataire. Il en va ainsi de Facebook qui détermine le fil d'actualités de ses utilisateurs en agencant les contenus provenant des autres utilisateurs ou d'Amazon lorsqu'il affiche à destination d'un potentiel acheteur des offres similaires à celles qu'il vient de consulter provenant d'autres vendeurs. Dans ce cas précis, la recommandation numérique met en scène trois acteurs, dont l'un est un tiers à la relation entre l'émetteur et le destinataire.

Mais la recommandation numérique peut également être émise par un acteur qui est lui-même fournisseur des contenus, en tout ou partie, de sorte que les qualités de fournisseur de la recommandation et de fournisseur des contenus reposent sur la même tête. Le site de presse en ligne Le Monde par exemple recommande les « *articles les plus lus* » provenant exclusivement de ses journalistes. Parfois, la recommandation mêle contenus propriétaires et contenus tiers. Dans l'exemple précité d'Amazon, ce dernier peut inclure dans ses recommandations des offres de biens qu'il distribue lui-même aux côtés de celles provenant d'autres vendeurs.

391. La recommandation, avec ou sans intermédiaire - Est-ce à dire que la recommandation numérique ne constitue pas toujours une intermédiation triangulaire du fait de ce cumul de qualité ? Non, car il importe, même si c'est au prix d'un certain effort, de distinguer ce qui relève de la recommandation elle-même et ce qui relève de ses acteurs et de façon symétrique, ce qui concerne l'intermédiation et ce qui se rapporte à l'intermédiaire. Comme l'a très justement relevé Nicolas Dissaux, « *la fonction d'intermédiation ne cristallise pas toujours l'existence d'un intermédiaire* »¹⁴⁸⁶. Ainsi, dans le cadre d'une distribution directe de produits assurée par un producteur qui se retrouve face au consommateur, « *le premier assume bien une fonction d'intermédiation entre l'offre et la demande ; il n'est pourtant pas lui-même un intermédiaire entre celle-ci et celle-là* »¹⁴⁸⁷.

2. Un encastrement sectoriel

392. L'irréductibilité de la recommandation à l'activité d'intermédiation - L'intermédiation réalisée par la recommandation numérique était également sectorielle. Ainsi qu'il a été vu précédemment, et comme le suggérait l'article L. 111-7, I du code de la consommation, les activités de certains acteurs – les opérateurs de plateforme en ligne – se scindaient en deux catégories de façon alternative ce que traduisait la conjonction de coordination « *ou* » : l'infomédiation par classement ou référencement de contenus ou la mise en relation de parties dans une perspective contractuelle qui pouvait prendre la forme d'un courtage¹⁴⁸⁸, voire, selon les obligations des parties au contrat conclu entre la plateforme et le consommateur, la forme d'un contrat de mandat ou d'un contrat d'entreprise¹⁴⁸⁹.

Pour autant, la ligne de partage entre infomédiation et interrelation était loin d'être aussi nette dans la mesure où l'infomédiation constituait bien souvent une première strate

¹⁴⁸⁶ N. DISSAUX, « Distribution – Généralités », *J.-Cl. Concurrence-Consommation*, fasc. 600, 2012, §7.

¹⁴⁸⁷ *Ibid.*

¹⁴⁸⁸ N. MATHEY, « L'ubérisation et le droit des contrats : l'immixtion des plateformes dans la relation contractuelle », in *Le droit civil à l'ère numérique, Actes du colloque du Master 2 Droit privé général et du Laboratoire de droit civil*, Paris II, 21 avr. 2017, p. 10, n° 7.

¹⁴⁸⁹ Sur ces différentes qualifications, v. : M. LE ROY, *La loyauté des plateformes à l'égard des consommateurs*, op. cit., p. 46, n° 43 et s. ; J. SÉNÉCHAL, « La diversité des services fournis par les plates-formes en ligne et la spécificité de leur rémunération, un double défi pour le droit des contrats (1^{ère} partie) », art. précit. ; G. LOISEAU, « Plateforme de mise en relation en ligne. Le mystère contractuel des relations triangulaires impliquant une plateforme de mise en relation en ligne », *CCE* 2016, comm. 61 ; D. HOUTCIEFF, « Les plateformes au défi des qualifications », in *L'émergence d'un droit des plateformes*, dir. X. Delpech, coll. Thèmes & commentaires, Dalloz, 2021, pp. 51-64 ; A. FORTUNATO, « La relation contractuelle collaborative », *RTD com.* 2019, p. 19 ; S. ZINTY, « Droit des plateformes numériques. Le cadre de la relation entre la plateforme et les usagers », *J.-Cl. Commercial*, fasc. 871, 2019, §5.

d'intermédiation à laquelle s'ajoutait d'autres strates, soit d'intermédiation contractuelle triangulaire (Balablacar, AirBnB), soit d'intermédiation linéaire (Deezer, Netflix ou d'Amazon qui peut distribuer des produits pour son propre compte), soit d'une hybridation des deux¹⁴⁹⁰, étant entendu que le périmètre de l'article L. 111-7, I, posait question¹⁴⁹¹.

Si l'article L. 111-7, I du code de la consommation a depuis été supprimé, l'encastrement sectoriel de la recommandation demeure pertinent. Elle est une intermédiation en soi qui peut s'inscrire ou non dans une autre intermédiation, rendant difficile son appréhension indépendante au regard des strates inférieures et supérieures qui l'entourent.

3. Un encastrement matériel

393. La recommandation, une couche informationnelle : l'exemple de la responsabilité des hébergeurs - La recommandation numérique se trouve en réalité imbriquée entre deux couches, l'une technique, l'autre économique, que le contentieux lié à la responsabilité des prestataires techniques sur Internet permet d'éclairer. Classiquement, à supposer qu'un contenu illicite soit accessible sur un espace en ligne, se pose la question de la responsabilité du prestataire exploitant cet espace. La directive 2000/31/CE posait la responsabilité atténuée de ceux qui fournissent un service de la société de l'information et qui assurent notamment une activité d'hébergement, c'est-à-dire de stockage d'informations à la demande d'un destinataire du service. Pour retenir leur responsabilité à raison de l'illicéité d'un contenu, deux conditions devaient être respectées : avoir eu connaissance de l'illicéité de ce contenu et ne pas avoir agi promptement pour le retirer¹⁴⁹².

À l'ère du 1.0, la solution était aisée puisque l'on avait d'un côté des prestataires de stockage purement techniques qui ne s'occupaient que de ce stockage et devaient donc bénéficier de cette responsabilité conditionnée et de l'autre des gestionnaires de sites internet qui déterminaient eux-mêmes les contenus à communiquer redevables des contenus illicites de plein droit. Or, le web 2.0, marqué par la diffusion de contenus par l'internaute lui-même a semblé rebattre les cartes dans la mesure où il peut arriver qu'un prestataire, « *tout en*

¹⁴⁹⁰ J. SÉNÉCHAL, « La diversité des services fournis par les plates-formes en ligne et la spécificité de leur rémunération, un double défi pour le droit des contrats (1^{ère} partie) », art. précit.

¹⁴⁹¹ V. *supra* n° 372.

¹⁴⁹² Dir. 2000/31/CE, art. 14.

fournissant les moyens techniques de la diffusion, ne contrôle pas nécessairement l'information communiquée au public »¹⁴⁹³.

Concrètement, et pour simplifier, il existe deux types d'hébergeurs : l'hébergeur « *physique* » qui stocke des contenus provenant de tiers pour leur mise à disposition du public à partir de serveurs informatiques et l'hébergeur « *virtuel* » qui réalise ces opérations à partir de son service de communication au public en ligne, en général, son site internet¹⁴⁹⁴. Le contentieux s'est alors concentré sur cette ligne de crête en cas de mise en ligne d'annonces de produits ou d'œuvres contrefaisantes au mépris des titulaires, ces derniers arguant du fait que de tels prestataires, tels que eBay, Google, Dailymotion et autres, ne sont pas des hébergeurs et ne peuvent dès lors pas bénéficier de la responsabilité allégée en matière de contenus illicites.

Afin de mettre fin aux errements jurisprudentiels, la CJUE est intervenue par deux décisions importantes. Dans son arrêt du 23 mars 2010 mettant en scène Google dont la responsabilité était recherchée à raison de l'existence de liens sponsorisés sur son moteur de recherche contrefaisant des marques dont Louis Vuitton est titulaire, les juges européens considèrent que le prestataire d'un service de référencement sur Internet – qui peut rentrer dans l'activité d'hébergement – peut bénéficier de la responsabilité allégée en matière de contenus illicites « *lorsque ce prestataire n'a pas joué un rôle actif de nature à lui confier une connaissance ou un contrôle des données stockées* »¹⁴⁹⁵. La CJUE y apporte un corollaire dans sa décision *eBay* du 12 juillet 2011 où elle considère que l'exploitant d'une place de marché peut être qualifié de prestataire intermédiaire et donc bénéficier de la responsabilité conditionnée « *lorsque celui-ci n'a pas joué un rôle actif qui lui permette d'avoir une connaissance ou un contrôle des données stockées* », précisant que « *ledit exploitant joue un tel rôle quand il prête une assistance laquelle consiste notamment à optimiser la présentation des offres à la vente en cause ou à promouvoir celles-ci* »¹⁴⁹⁶.

¹⁴⁹³ P. SIRINELLI (dir.), « Impact juridique », in *Lamy droit des médias et de la communication - Expert*, 2011, n° 476-4.

¹⁴⁹⁴ R. HARDOUIN, *La responsabilité limitée des prestataires techniques dans la loi pour la confiance dans l'économie numérique*, th. Université Versailles Saint-Quentin-en-Yvelines, 2011, p. 79.

¹⁴⁹⁵ CJUE, 23 mars 2010, aff. C-236/08 à C-238/08, *S^{te} Google c/ S^{te} Louis Vuitton Malletier* : JCP G 2010, note 642, L. Marino ; JCP G 2011, 1175, doctr. F. Terré ; CCE 2010, comm. 88, note Ph. Stoffel-Munck ; *ibid.*, comm. 70, note Ch. Caron ; *ibid.*, étude 12, G. Bonet ; D. 2010, p. 885, obs. C. Manara ; RTD eur. 2010, p. 939, obs. E. Treppoz ; CCC 2010, comm. 132, note M. Malaurie-Vignal ; RLDI 2010/60, n° 1980, note L. Grynbaum ; RLDI 2010/61, n° 1999, note C. Castets-Renard ; Légipresse 2010, p. 158, note C. Maréchal ; Propr. industr. 2010, comm. 31, note P. Tréfigny-Goy.

¹⁴⁹⁶ CJUE, 12 juill. 2011, aff. C-324/09, *L'Oréal et a. c/ eBay International et a.* : CCE 2011, comm. 99, note Ch. Caron ; Propr. industr. 2011, comm. 71, note A. Folliard-Monguiral ; Gaz. Pal. 26 oct. 2011, n° 299, p. 19, note L. Marino ; D. 2011, p. 1965, obs. C. Manara ; RLDI 2011/74, n° 67, note C. Castets-Renard ; *ibid.*, n° 2459, p. 61, note L. Grynbaum.

Plusieurs observations doivent être faites à cet égard. Premièrement, il importe de garder en tête le périmètre de la responsabilité qui doit porter sur des contenus eux-mêmes – et non des agencements de contenus – lesquels sont fournis par des tiers et non l’exploitant de l’espace numérique lui-même puisque dans cette hypothèse il est responsable de plein droit. Deuxièmement, il convient de ne pas opposer hébergement et édition de contenus dans la mesure où un même acteur peut exercer les fonctions de stockage et d’édition dans le même temps et donc faire l’objet d’une qualification distributive en fonction de l’objet du litige¹⁴⁹⁷.

394. La neutralité intellectuelle, ligne de partage entre la couche physique et la couche économique - S’agissant du critère de neutralité plus précisément, deux conceptions sont envisageables : ou bien l’on considère qu’un prestataire technique n’exerce qu’un rôle de tuyau qui stocke des contenus d’utilisateurs et les met à disposition du public dans la mesure où cette activité implique une absence de connaissance ou de contrôle des contenus en question ; ou bien l’on se focalise sur l’absence de contrôle intellectuel que cet intermédiaire effectue sur les contenus qu’il héberge.¹⁴⁹⁸

Pour autant, en pratique, la ligne de partage s’avère ardue à tracer. Si les deux arrêts de la CJUE amènent à considérer certains éléments comme indifférents tels que le « *caractère payant du service, la fixation des modalités de rémunération par le prestataire, le fait de donner des renseignements d’ordre général à ses clients et la concordance entre le mot sélectionné par l’hébergeur et le terme de la recherche introduite par l’internaute* »¹⁴⁹⁹, la jurisprudence interne postérieure n’est pas si stabilisée, notamment en ce qui concerne la couche économique. En particulier, la promotion ou l’optimisation d’offres en ligne provenant de tiers par le gestionnaire du site internet a ainsi été considérée tantôt comme caractérisant son rôle actif¹⁵⁰⁰, tantôt indifférent¹⁵⁰¹. Reste que pour certains auteurs, le modèle d’affaires de ces

¹⁴⁹⁷ L. COSTES, « Hébergeurs, prestataires Internet Entre responsabilité de droit commun et irresponsabilité conditionnelle ? », *RLDI* 2009, n° 47, p. 77 ; L. MARINO, « Google au pays des publicités : du droit des marques au droit de la responsabilité », *JCP G* 2010, 642 ; F. TERRÉ, « Être ou ne pas être... responsable : à propos des prestataires de services par internet », *JCP* 2011, I, 1175 ; P. SIRINELLI (dir.), « Problématiques spécifiques », in *Lamy droit des médias et de la communication - Expert*, 2017, n° 464-66 ; A. ROBIN, « Places de marché en ligne – Responsabilité, *J.-Cl. Commercial*, fasc. 827, 2023, §84. V. par ex. : CA Reims, ch. civ., 1^{ère} sect., 20 juill. 2010, n° 08/01519, *eBay France et International c/ Hermès International et a.* – CA Paris, pôle 5, ch. 2, 3 sept. 2010, n° 08/12821, *eBay Inc, eBay International c/ Christian Dior Couture* – TGI Paris, 4^{ème} sect., 13 sept. 2012, n° 09/19255, *TF1 et a. c/ Dailymotion* : *CCE* 2012, comm. 122, note A. Debet ; *RLDI* 2012/88, n° 2948, note B. Vandeveldel – CA Paris, pôle 5, 1^{ère} ch., 2 déc. 2014, n° 13/08052, *TF1 et a. c/ Dailymotion et a.* : *Gaz. Pal.* 5 mars 2015, n° 64, p. 20, note L. Marino.

¹⁴⁹⁸ R. HARDOUIN, *La responsabilité limitée des prestataires techniques dans la loi pour la confiance dans l’économie numérique*, th. précit., p. 171, n° 243.

¹⁴⁹⁹ TH. ROUHETTE, CH. GATEAU, « Le statut d’hébergeur en Europe, une insécurité juridique née de la difficile adaptation du droit à l’évolution technologique », *RLDI* 2011/72, n° 2399, p. 59.

prestataires s'avère déterminant pour établir le caractère actif ou non du prestataire¹⁵⁰². Or, le *business model* d'un prestataire n'apparaît pas pertinent pour apprécier son rôle neutre ou non à l'égard des contenus qu'il héberge. D'une part, le service d'hébergement est un service de société de l'information dont l'une des conditions est d'être « *normalement presté contre rémunération* »¹⁵⁰³ de sorte que sa philanthropie serait davantage une exception qu'un principe. D'autre part, le modèle économique d'un service d'hébergement n'emporte pas *ipso facto* connaissance ou contrôle intellectuel sur les contenus stockés. Ce n'est que si ce *business model* implique un rôle actif portant sur les contenus que le prestataire sort de la neutralité¹⁵⁰⁴.

395. L'inscription de la recommandation numérique entre la couche technique et la couche économique : les apports de l'avocat général de la CJUE - Si l'on revient aux recommandations numériques, il apparaît donc crucial de situer ces dernières entre cette couche technique de stockage et de mise à disposition de contenus et cette couche économique dans la mesure où elles facilitent la consultation de contenus, voire, le cas échéant, la conclusion de contrats lorsque ces contenus constituent des annonces. De là à affirmer que, parce que le fournisseur de recommandations numériques a un intérêt économique dans son système de recommandation, il excède la neutralité requise pour bénéficier d'une responsabilité allégée, il n'y a qu'un pas qu'il ne faut cependant pas franchir. À ce sujet, les conclusions de l'avocat général rendues dans le cadre des affaires *YouTube* et *Cyando* sont particulièrement éclairantes.

¹⁵⁰⁰ Cass. com. 3 mai 2012, n° 11-10.505 : *D.* 2012, p. 2331, obs. L. d'Avout et S. Bollée ; *ibid.*, p. 2343, obs. J. Larrieu, Ch. Le Stanc et P. Tréfigny ; *ibid.*, p. 2836, obs. P. Sirinelli – Cass. com. 3 mai 2012, n° 11-10.508 : *D.* 2012, p. 1261, obs. C. Manara ; *ibid.*, p. 2331, obs. L. d'Avout et S. Bollée ; *ibid.* p. 2343, obs. J. Larrieu, Ch. Le Stanc et P. Tréfigny ; *CCE* 2012, comm. 74, obs. Ch. Caron – Cass. com., 1^{er} juin 2022, n° 20-21.744 : *Légipresse* 2023, p. 241, étude N. Mallet-Poujol ; *CCE* 2022, comm. 58, obs. G. Loiseau – CA Paris, 3 janv. 2023, n° 20/08067, *Sté Airbnb Ireland Unlimited Company c/ M. B. et U. P.* : *CCE* 2023, comm. 23, obs. G. Loiseau.

¹⁵⁰¹ TGI Paris, 3^{ème} ch., 1^{ère} section, 12 janv. 2017, *Vitra Patente AG c/ La Redoute* – TGI Paris, 3^{ème} ch., 2^{ème} section, 28 juin 2019, *Jansport Apparel c/ Cdiscount* – TGI Paris, 3^{ème} ch., 3^{ème} section, 10 janv. 2020, *Lafuma Mobilier c/ Alibaba et autres* : *Dalloz IP/IT* 2020, p. 388, obs. E. Derieux – CA Aix-en-Provence, 21 sept. 2023, ch. 1-7, n° 21/14093.

¹⁵⁰² M. VIVANT (dir), « Une jurisprudence désordonnée », in *Lamy droit du numérique - Expert*, 2025, n° 2252 ; M. VIVANT, « Responsabilité des intermédiaires techniques de l'Internet : l'obscurité clarté d'un droit sans boussole apparente », in *Mélanges Y. Pouillet. Droit, normes et libertés dans le cybermonde*, Larcier, 2018, p. 319 ; L. GRYNBAUM, « Google Adwords : l'hébergeur, un prestataire nécessairement passif », *RLDI* 2010/60, n° 1980, p. 38 ; E. RICBOURG-ATTAL, *La responsabilité civile des acteurs de l'internet. Du fait de la mise en ligne de contenus illicites*, préf. J. Julien, Larcier, coll. Création Information Communication, 2014, p. 290, n° 359. *Contra* : S. LEMARCHAND, M. BARBIER, « Le fournisseur d'hébergement au sens de l'article 14 de la directive 2000/31 et la (nouvelle ?) condition de neutralité », *RLDI* 2009/54, n° 1804, p. 52.

¹⁵⁰³ Dir. (UE) 2015/1535 du PE et du Conseil du 9 septembre 2015 prévoyant une procédure d'information dans le domaine des réglementations techniques et des règles relatives aux services de la société de l'information, art. premier (b) (anciennement art. premier (2) de la directive. 98/34/CE du PE et du Conseil du 22 juin 1998 prévoyant une procédure d'information dans le domaine des normes et réglementations techniques.

¹⁵⁰⁴ P. SIRINELLI (dir.), « La recherche de la neutralité », in *Lamy droit des médias et de la communication - Expert*, 2011, n° 476-19 ; S. LEMARCHAND, M. BARBIER, « Le fournisseur d'hébergement au sens de l'article 14 de la directive 2000/31 et la (nouvelle ?) condition de neutralité », art. précit.

Dans l'affaire *YouTube* plus précisément, plusieurs éléments censés établir son rôle actif lui étaient reprochés. S'agissant de la structuration de l'espace, l'avocat général considère qu'elle est indifférente à la caractérisation d'un rôle actif s'appuyant pour ce faire sur l'arrêt *eBay* dans laquelle la CJUE avait considéré que l'assistance prêtée à certains vendeurs pour optimiser la présentation des offres était de nature individuelle. Ce n'est que dans ce cas que le prestataire s'implique activement dans le contenu des offres concrètes de sorte que la structuration générale des contenus n'obère pas son rôle neutre¹⁵⁰⁵. Concernant les fonctions de recherche et d'indexation des contenus, l'avocat général rappelle qu'elles sont « indispensables pour permettre aux utilisateurs de la plateforme de retrouver les informations qu'ils souhaitent consulter » et qu'elles « sont réalisées de manière automatisée ». Ainsi, « la circonstance que le prestataire a développé les outils et, en particulier, l'algorithme permettant ces traitements et qu'il maîtrise, de ce fait, notamment les conditions d'affichage des résultats de recherche, ne démontre pas qu'il maîtrise le contenu des informations recherchées »¹⁵⁰⁶. De même, la fourniture d'aperçus de vidéos recommandées, par exemple des « vidéos tendance » comme en l'espèce, ne remet pas en cause le rôle actif de YouTube.

Pour le démontrer, l'avocat général pointe la mauvaise compréhension qui a pu être faite de l'arrêt *eBay* dans lequel les juges avaient considéré qu'une assistance consistant à « promouvoir des offres » de certains vendeurs trahissait un rôle actif du prestataire. Or, selon lui, l'arrêt visait l'hypothèse où eBay faisait lui-même la promotion d'offres en dehors de sa place de marché par l'intermédiaire du service de référencement Adwords puisque cette activité publicitaire au bénéfice de sa place de marché lui conférait la maîtrise intellectuelle de ces contenus. Pour l'avocat général, la fourniture de recommandations à l'utilisateur sous forme de vidéos similaires à celles qu'il a précédemment consultées ne remet pas en cause le rôle neutre du prestataire. D'une part, l'existence de telles recommandations n'avait pas été soulevée dans l'arrêt *eBay* alors même que la plateforme en fournit, ce dont il déduit que cette circonstance est indifférente. D'autre part, elles traduisent une maîtrise de l'affichage des recommandations par le prestataire et non la maîtrise des contenus eux-mêmes¹⁵⁰⁷. Enfin, il rappelle la jurisprudence constante de la CJUE selon laquelle le modèle d'affaires du prestataire n'est pas pertinent, qu'il se fonde sur la publicité, comme Google, ou sur la ponction d'un pourcentage des transactions effectuées, comme eBay¹⁵⁰⁸.

¹⁵⁰⁵ CJUE, concl. M. Henrik Saugmandsgaard Øe, 16 juill. 2020, aff. jtes C-682/18 et C-683/18, *Youtube et Cyando*, §§158-159.

¹⁵⁰⁶ *Ibid.*, §160.

¹⁵⁰⁷ *Ibid.*, §§161-162.

¹⁵⁰⁸ *Ibid.*, §163 et s.

L’avocat général de la CJUE dans l’affaire *AGCOM c/ Google* le confirme également et fait œuvre de clarification dans ses conclusions rendues le 27 novembre 2025. En effet, il convient selon lui de distinguer « *l’optimisation technique ou d’affichage* » – dont relèvent les recommandations numériques¹⁵⁰⁹ – de « *l’optimisation du contenu* » : « *les fonctionnalités supplémentaires liées à l’YPP [diffusion en direct, contenu exclusif et discussion en ligne] semblent être un développement naturel du service de la société de l’information fourni par une plateforme de partage de vidéos telle que YouTube. Elles améliorent l’expérience des utilisateurs et tendent donc à augmenter le nombre de clics, ce qui est inhérent au modèle commercial de toute plateforme de partage de vidéos. Si cela reste dans les limites de l’optimisation de l’affichage, alors l’activité continue d’être celle d’un intermédiaire. L’augmentation du nombre de clics ne devient problématique que si, pour ce faire, la plateforme influence le contenu lui-même* »¹⁵¹⁰. Dès lors, l’optimisation d’affiche ou technique n’exclut pas la neutralité du prestataire vis-à-vis des contenus qui en font l’objet contrairement à l’optimisation du contenu. L’analyse est la même s’agissant de la rémunération : le fait que la plateforme partage des recettes avec les créateurs de contenus ne la fait pas sortir, en soi, de la qualification de service d’hébergement¹⁵¹¹.

396. L’inscription de la recommandation numérique entre la couche technique et la couche économique : la confirmation du règlement DSA – Les conclusions citées dans l’affaire *YouTube* et *Cyando* sont plus disertes que l’arrêt rendu à leur suite. Pour autant, l’analyse de l’avocat général est pertinente dans la mesure où elle permet de situer les recommandations numériques. D’une part, les recommandations sont des affichages de contenus et non des contenus, de sorte que la maîtrise des uns n’emporte pas la maîtrise des autres. Si les recommandations sont de nature informationnelle, leur maîtrise n’est que d’ordre technique et non intellectuel. De même, leur importance économique, qu’elles mènent à des clics, à des transactions ou ne proposent que « *du temps de cerveau disponible* » ne saurait justifier une torsion des textes et de la jurisprudence en inférant de cet intérêt une maîtrise autre que technique.

C’est d’ailleurs la position suivie par le règlement DSA qui reprend presque mot pour mot l’arrêt de la CJUE dans l’affaire *YouTube* et *Cyando* puisqu’il y est affirmé que « *le fait qu’un fournisseur indexe automatiquement les informations mises en ligne sur son service,*

¹⁵⁰⁹ CJUE, concl. M. Szpunar, 27 nov. 2025, aff. C-421-24, *AGCOM c/ Google*, §§78-79.

¹⁵¹⁰ *Ibid.*, §80.

¹⁵¹¹ *Ibid.*, §101.

qu'il dispose d'une fonction de recherche ou qu'il recommande des informations sur la base des profils ou des préférences des destinataires du service ne constitue pas un motif suffisant pour considérer que ce fournisseur a "spécifiquement" connaissance des activités illégales menées sur cette plateforme ou des contenus illicites stockés sur celle-ci »¹⁵¹². L'encadrement spécifique des recommandations par le législateur européen ne démontre donc pas l'existence d'une « troisième voie » qui reviendrait sur la responsabilité conditionnée des prestataires techniques mais d'une voie parallèle fondée sur les contenants et non les contenus¹⁵¹³.

Section 2. Les rationalités de la recommandation numérique

397. La recommandation numérique à la croisée des intérêts - La recommandation numérique fait intervenir au minimum deux acteurs, parties à la relation qu'elle crée, voire un troisième, tiers à cette relation. L'analyse des intérêts de ces acteurs fait apparaître des divergences voire des intérêts contradictoires. Cela nécessite de distinguer les rationalités de la recommandation numérique pour son destinataire (§1) et pour ses autres acteurs (§2).

§1. La rationalité de la recommandation numérique pour son destinataire

398. La recommandation numérique, pour ou contre le destinataire ? - Se placer du côté du destinataire permet de saisir l'ambivalence de la recommandation numérique à son égard. Si elle a pour fonction, à première vue, d'aider à la décision du destinataire (A), elle peut s'analyser en une prise de décision par son fournisseur (B).

¹⁵¹² Règl. DSA, consid. 22. V. : CJUE, 22 juin 2021, aff. jtes C-682/18 et C-683/18, *YouTube et Cyando*, §114 : CCE 2021, comm. 62, note G. Loiseau et comm. 61, note P. Kamina ; *Dalloz IP/IT* 2022, p. 448, obs. P. Sirinelli ; *RTD eur.* 2021, p. 991, obs. E. Treppoz.

¹⁵¹³ Une autre voie parallèle ou « pas de côté » consiste à se placer sur le terrain du droit des données à caractère personnel. Dans un arrêt du 2 décembre 2025, la CJUE a considéré que le RGPD primait sur l'exemption de responsabilité prévue par la directive 2000/31/CE dans la mesure où les contenus en question pouvaient être qualifiés de données à caractère personnel et que l'exploitant de la place de marché en ligne relevait de la catégorie de responsable de traitement de ces données : CJUE, 2 déc. 2025, aff. C-492/23, *Russmedia*.

A. L'aide à la décision du destinataire permise par la recommandation numérique

399. La distinction sémantique entre destinataire et le récepteur - Le choix du terme de « *destinataire* » doit être précisé d'autant que celui de récepteur a pu être utilisé dans les développements précédents. Il est vrai que les deux peuvent sembler distincts. Une auteure relève à ce titre que le terme de destinataire est « *lourd de sens, en ce qu'il suppose que l'information ne doit être communiquée qu'à cette seule personne* »¹⁵¹⁴. Dans ce cadre, le terme de récepteur peut être considéré comme plus large puisqu'il peut désigner la personne à laquelle l'information n'était pas destinée mais qu'il a tout de même reçue¹⁵¹⁵.

400. L'inclusion du destinataire de la recommandation numérique dans la qualification de destinataire du service - On pourrait même arguer du fait que le destinataire n'est pas nécessairement le récepteur final de l'information en question. S'agissant des recommandations numériques, le terme de récepteur n'apparaît pas. En revanche, celui de destinataire est bien présent dans le règlement DSA qui définit le système de recommandation comme un « *système entièrement ou partiellement automatisé utilisé par une plateforme en ligne pour suggérer sur son interface en ligne des informations spécifiques aux destinataires du service ou pour hiérarchiser ces informations, notamment à la suite d'une recherche lancée par le destinataire du service ou en déterminant de toute autre manière l'ordre relatif ou d'importance des informations affichées* »¹⁵¹⁶. Ce « *destinataire du service* » est lui-même défini comme « *toute personne physique ou morale utilisant un service intermédiaire, notamment pour rechercher une information ou la rendre accessible* »¹⁵¹⁷.

Deux remarques peuvent être faites à cet égard. Premièrement, le destinataire du service se caractérise par son activité et sa passivité au regard des contenus. Il peut, selon les cas, les rendre accessibles ou simplement les rechercher, les consulter¹⁵¹⁸. Deuxièmement, et en lien avec cette première remarque, le terme de destinataire semble s'appliquer davantage au service et non à la recommandation elle-même. Il existe en réalité deux relations informationnelles qui se superposent : la première qui lie un service et un destinataire de ce service ; la seconde qui opère entre un système de recommandation mis en place par ce service et le destinataire de la

¹⁵¹⁴ M. BIGOT-DESTREGUIL, *Le bien-information*, th. Paris I, 2017, p. 81, n° 124.

¹⁵¹⁵ *Ibid.*

¹⁵¹⁶ Règl. DSA, art. 3 (s).

¹⁵¹⁷ Règl. DSA, art. 3 (b).

¹⁵¹⁸ Ce caractère actif ne doit pas être confondu avec la notion de destinataire actif d'une plateforme en ligne ou d'un moteur de recherche en ligne (art. 3 (p) et (q)) auquel le règlement DSA recourt pour calculer la taille des services concernés par des obligations plus sévères.

recommandation. Mais en dépit de cette double relation, le destinataire de la recommandation reste *in fine* toujours un destinataire du service, parce que la recommandation fait partie de ce service.

401. La passivité du destinataire de la recommandation numérique - La particularité du destinataire du service dans le cadre de la recommandation réside en réalité dans sa passivité. Dans le cadre du service global, le destinataire du service peut être actif ou passif au regard des contenus tandis que dans le cadre de la recommandation proprement dite, il n'est que passif. Il s'agit de celui auquel on suggère des « *informations spécifiques* »¹⁵¹⁹, à l'intention duquel on hiérarchise ses informations, à la suite d'une recherche ou non¹⁵²⁰. Le destinataire est donc celui qui est mis en contact avec des informations objets de la recommandation. Qu'il l'ait désiré ou non, il n'est pas à l'origine de la recommandation.

Il convient également de préciser que si la définition du système de recommandation fait la part belle à la personnalisation, cette dernière n'en est pourtant pas une caractéristique puisqu'une recommandation peut consister à déterminer l'ordre d'importance des contenus¹⁵²¹. Pour autant, ce classement est bien à destination du destinataire du service, de sorte que le terme de destinataire doit être décorrélé de la nature personnalisée ou non de la recommandation qui porte sur les contenus eux-mêmes.

Enfin, si la distinction entre récepteur et destinataire peut être pertinente dans le cadre d'une étude sur l'information en général, elle n'a que peu d'intérêt dans le cadre de l'analyse de la recommandation. D'une part, et contrairement à l'information, la recommandation est toujours « *adressée* », c'est-à-dire qu'elle est destinée à autrui¹⁵²². Elle s'adresse en effet aux utilisateurs des services, dans leur totalité ou regroupés en fonction de leurs profils, qui sont donc tous destinataires. D'autre part, à supposer qu'il y ait des récepteurs « *fortuits* », par exemple dans le cadre de l'utilisation d'un compte « *familial* » pour regarder des séries, cela ne remet pas en cause l'existence de la recommandation, simplement son efficacité¹⁵²³.

402. L'irruption de l'« utilisateur » en droit européen - Le terme d'utilisateur est désormais omniprésent dans les textes européens applicables au numérique. La directive (UE) 2019/2161 mentionne en effet la rétractation du contrat de fourniture de contenu numérique et

¹⁵¹⁹ Règl. DSA, art. 3 (s).

¹⁵²⁰ Règl. DSA, consid. 70.

¹⁵²¹ V. *supra* n° 319 et s.

¹⁵²² V. *supra* n° 125.

¹⁵²³ V. *supra* n° 123.

la possibilité subséquente pour le professionnel de désactiver le « *compte utilisateur* » du consommateur¹⁵²⁴. Ici, le terme fait donc référence à une fonctionnalité du service mis à la disposition d'un consommateur.

D'autres textes recourent à des termes proches de celui d'utilisateur. Ainsi, le règlement DMA traite de l'« *utilisateur final* » qu'il définit comme « *toute personne physique ou morale utilisant des services de plateforme essentiels autrement qu'en tant qu'entreprise utilisatrice* »¹⁵²⁵, cette dernière correspondant à « *toute personne physique ou morale agissant à titre commercial ou professionnel qui utilise des services de plateforme essentiels aux fins ou dans le cadre de la fourniture de biens ou de services à des utilisateurs finaux* »¹⁵²⁶.

Cette définition introduit une confusion avec l'entreprise utilisatrice tel qu'envisagée par le règlement P2B qui la définit comme « *tout particulier qui agit dans le cadre de son activité commerciale ou professionnelle ou toute personne morale qui, par le biais de services d'intermédiation en ligne, offre des biens ou services aux consommateurs à des fins liées à son activité commerciale, industrielle, artisanale ou libérale* »¹⁵²⁷. Une confusion peut également opérer avec les définitions posées par la directive (UE) 2018/1972¹⁵²⁸, le règlement (UE) 2023/2854¹⁵²⁹ ou encore de la proposition de règlement relatif à l'IA¹⁵³⁰.

¹⁵²⁴ Dir. (UE) 2019/2161 du PE et du Conseil du 27 novembre 2019 modifiant la directive 93/13/CEE du Conseil et les directives 98/6/CE, 2005/29/CE et 2011/83/UE du PE et du Conseil en ce qui concerne une meilleure application et une modernisation des règles de l'Union en matière de protection des consommateurs, *JOUE* L328/7, 18 déc. 2019, art. 4 §10 (8).

¹⁵²⁵ Règl. DMA, art. 2 (20).

¹⁵²⁶ Règl. DMA, art. 2 (21).

¹⁵²⁷ Règl. P2B, art. 2 (1).

¹⁵²⁸ Dir. (UE) 2018/1972 du PE et du Conseil du 11 décembre 2018 établissant le code des communications électroniques européen (refonte), art. 2 (13) : « *personne physique ou morale qui utilise ou demande un service de communications électroniques accessible au public* » (utilisateur) et art. 2 (14) : « *utilisateur qui ne fournit pas de réseaux de communications électroniques publics ou de services de communications électroniques accessibles au public* » (utilisateur final).

¹⁵²⁹ Règl. (UE) 2023/2854 du PE et du Conseil du 13 décembre 2023 concernant des règles harmonisées portant sur l'équité de l'accès aux données et de l'utilisation des données et modifiant le règlement (UE) 2017/2394 et la directive (UE) 2020/1828 (règlement sur les données), art. 2 (12) : « *personne physique ou morale à laquelle appartient un produit connecté ou à laquelle des droits temporaires d'utilisation de ce produit connecté ont été cédés contractuellement, ou qui reçoit des services connexes* ».

¹⁵³⁰ Proposition de règlement du PE et du Conseil établissant des règles harmonisées concernant l'intelligence artificielle (législation sur l'intelligence artificielle) et modifiant certains actes législatifs de l'Union, COM/2021/206 final, art. 3 (4) : « *personne physique ou morale, autorité publique, agence ou autre organisme utilisant sous sa propre autorité un système d'IA, sauf lorsque ce système est utilisé dans le cadre d'une activité personnelle à caractère non professionnel* » (utilisateur). À noter que le terme de « *déploieur* » s'est substitué à celui de « *d'utilisateur* » dans le texte voté : Règl. (UE) 2024/1689 du PE et du Conseil du 13 juin 2024 établissant des règles harmonisées concernant l'intelligence artificielle et modifiant les règlements (CE) n° 300/2008, (UE) n° 167/2013, (UE) n° 168/2013, (UE) 2018/858, (UE) 2018/1139 et (UE) 2019/2144 et les directives 2014/90/UE, (UE) 2016/797 et (UE) 2020/1828 (règlement sur l'intelligence artificielle), art. 3 (4).

403. L'intégration du destinataire dans la catégorie des utilisateurs - Comme le relève Marylou Le Roy, la notion d'utilisateur prend de l'ampleur dans les textes européens, sans pour autant être unifiée¹⁵³¹. Dans son étude sur la loyauté des plateformes à l'égard des consommateurs, l'auteure relève que l'unité de la notion en droit économique réside en réalité dans l'existence d'une relation déséquilibrée entre les utilisateurs et les plateformes qu'ils utilisent, qu'ils soient consommateurs, professionnels ou non professionnels¹⁵³². Si l'émergence de cette nouvelle dénomination a pu être critiquée par certains en raison de sa trop grande neutralité minimisant le rôle des plateformes, ou par sa connotation péjorative la rapprochant d'un état de dépendance¹⁵³³, elle est en même temps saluée pour ses potentialités notamment sa cohérence au regard de la situation juridique dans laquelle sont placées les personnes qui recourent à ces services, pouvant pâtir d'une asymétrie statutaire d'un côté¹⁵³⁴ tout en participant activement à la « *construction (technique et économique) du réseau* »¹⁵³⁵. Cette situation ambivalente de l'utilisateur dans un contexte économique se retrouve également en dehors. Le terme d'utilisateur apparaît en effet neutre, dans le sens de factuel, puisqu'il renvoie au verbe utiliser, c'est-à-dire au fait de tirer avantage, profit de quelque chose¹⁵³⁶, sans préjuger de la nature économique ou non de cette utilité, de la passivité ou de l'activité de l'utilisateur, du service qui lui est fourni. Simplement, la qualification d'utilisateur pourra être resserrée selon les matières juridiques concernées.

Le considérant 2 du règlement DSA clarifie le terme d'utilisateur dans ses rapports avec celui de destinataire en affirmant que « *les conditions de la prestation de services intermédiaires dans l'ensemble du marché intérieur devraient être harmonisées, de manière à permettre aux entreprises d'accéder à de nouveaux marchés et à de nouvelles possibilités d'exploiter les avantages du marché intérieur, tout en offrant un choix plus étendu aux consommateurs et aux autres destinataires des services. Les utilisateurs professionnels, les consommateurs et les autres utilisateurs sont considérés comme étant des "destinataires du service" aux fins du présent règlement* ». Dès lors, dans le cadre du règlement DSA, le destinataire du service est une notion qui englobe les utilisateurs professionnels, les utilisateurs

¹⁵³¹ M. LE ROY, *La loyauté des plateformes à l'égard des consommateurs*, préf. C. Zolynski et N. Sauphanor-Brouillaud, Dalloz, coll. Nouvelle Bibliothèque de Thèses, vol. 224, 2023, p. XXII-XXIII.

¹⁵³² *Ibid.*, p. 96, n° 82.

¹⁵³³ Pour un exposé de ces critiques : *ibid.*, p. 97, n° 83.

¹⁵³⁴ *Ibid.*, p. 98, n° 84.

¹⁵³⁵ K. Favro et C. Zolynski, citées dans M. LE ROY, *La loyauté des plateformes à l'égard des consommateurs*, th. précit., p. 99.

¹⁵³⁶ *V*° Utiliser, *Dictionnaire de l'Académie Française*, 9^{ème} éd., accessible en ligne : <https://www.dictionnaire-academie.fr/article/A9U0236>.

consommateurs mais également les autres utilisateurs sans que le texte n'indique ce qu'il entend par cette dernière hypothèse.

404. La notion de décision en discussion : l'apport des sciences sociales - La notion de destinataire étant précisée, celle de décision doit maintenant être explicitée. La décision se définit comme « *l'action de décider ou de se décider* », « *le résultat de cette action* »¹⁵³⁷, provenant du latin *decidere*, c'est-à-dire « *couper, détacher* », « *trancher, régler* »¹⁵³⁸. La décision est donc duale puisqu'elle peut être vue comme un « *processus* »¹⁵³⁹ ou comme « *un acte conclusif* »¹⁵⁴⁰. À cet égard, comme le relève Lucien Sfez, la décision est traditionnellement une « *chaîne* » d'actions qui va de sa préparation, c'est-à-dire la délibération, à la décision elle-même et, enfin, à son exécution¹⁵⁴¹.

Ce triptyque théorique, cartésien, marqué par la linéarité de la décision qui en fait un *continuum*, n'est pourtant qu'un modèle, voire un mythe que l'auteur bat en brèche. La décision « *a pour fonction de permettre à l'acteur d'agir. Si réellement à tous moments de l'action les décideurs devaient se souvenir du poids des déterminismes et des structures, leur élan vers l'action serait brisé* »¹⁵⁴². « *Non linéaire ni progressiste, c'est-à-dire non accumulative de savoir, non perfectible, discontinue le plus souvent, elle se présente toujours comme un récit linéaire cohérent* »¹⁵⁴³.

L'un des paradoxes de la décision est en effet la place de la délibération, c'est-à-dire l'évaluation, puisqu'une fois opérée, la décision est, en apparence, prise automatiquement¹⁵⁴⁴. Pour Philippe Urfalino, une décision n'a d'ailleurs pas à être précédée d'une évaluation pour être prise puis exécutée : « *Dans la vie quotidienne individuelle, comme dans la vie sociale*

¹⁵³⁷ V^o Décision, 1^o, *Dictionnaire de l'Académie Française*, 9^{ème} éd., accessible en ligne : <https://www.dictionnaire-academie.fr/article/A9D0481>.

¹⁵³⁸ V^o Décider, *Dictionnaire de l'Académie Française*, 9^{ème} éd., accessible en ligne : <https://www.dictionnaire-academie.fr/article/A9D0460>.

¹⁵³⁹ En tant que processus, certains auteurs parlent donc de « prise de décision » : F. N. NDJOCK, « La prise de décision dans les réseaux socio numériques. Nouveau champ de recherche en SIC ? », *Les Cahiers du Numérique* 2021/1, vol. 17, p. 107.

¹⁵⁴⁰ B. BOUGON, L. FALQUE, *Apprendre à choisir. Une méthode pour décider seul ou à plusieurs*, Dunod, coll. Stratégie d'entreprise, 2020, p. 4.

¹⁵⁴¹ L. SFEZ, « Évaluer : de la théorie de la décision à la théorie de l'institution », *Cahiers internationaux de sociologie* 2010/1, n° 128-129, p. 91.

¹⁵⁴² L. SFEZ, *Critique de la décision*, Presses de Sciences Po, 4^{ème} éd., 1992, p. 24.

¹⁵⁴³ L. SFEZ, *Technique et idéologie. Un enjeu de pouvoir*, Le Seuil, coll. La Couleur des idées, 2019, p. 87.

¹⁵⁴⁴ L. SFEZ, « Évaluer : de la théorie de la décision à la théorie de l'institution », art. précit., p. 92. L'auteur donne l'exemple d'une évaluation faite par un jury d'agrégation ou d'une commission de spécialité : « *L'autorité compétente qui nomme a compétence liée. Le ministère ou l'Université suit toujours. Qui peut croire aujourd'hui qu'après une évaluation transparente et scientifiquement menée, l'arbitraire d'une décision puisse encore s'exercer ? Évaluer signifie donc bien plus qu'évaluer, évaluer signifie en fait, en matière de nomination, décider* ».

*organisée, il arrive que des actions soient entreprises, sans une décision préalable, sans même l'exercice d'un choix véritable entre plusieurs options, pour autant ces actions ne sont ni des réflexes, ni des automatismes et ne sont pas dépourvues d'intelligence »*¹⁵⁴⁵. Il existe donc une confusion théorique entre réflexion – qui suppose une intentionnalité – et décision qui se double, selon lui, d'une confusion entre décision et choix. La décision comme « *arrêt d'une intention d'agir* » peut être précédée d'une activité de délibération qui « *peut exiger la comparaison entre plusieurs options alternatives et la sélection d'entre eux (le choix), mais elle peut également exiger une réflexion sur les fins ou les objectifs que l'on souhaite se donner. Ainsi peut-il et il y a souvent : délibération sur les fins, délibérations sur les moyens, choix, décision et action. Mais de nombreuses actions intentionnelles et rationnelles ont lieu sans être précédées de tous ces actes* »¹⁵⁴⁶. La décision apparaît donc comme un concept très discuté tant dans son périmètre que son existence même rendant son acception plus difficile qu'il n'y paraît¹⁵⁴⁷.

405. Pour une acception large de la notion de décision dans le cadre des recommandations numériques - En droit également, la décision peut renvoyer à un résultat ou à un processus¹⁵⁴⁸. En tant que résultat, la décision au sens juridique peut être circonscrite à « *une manifestation unilatérale de volonté, produisant des effets juridiques ou matériels, sur son auteur ou sur autrui* »¹⁵⁴⁹. La décision est par conséquent composée de plusieurs éléments. D'une part, l'existence d'une volonté de l'auteur, c'est-à-dire « *précisément la possibilité de prendre une décision, de vouloir* »¹⁵⁵⁰. D'autre part, la nature unilatérale de cette volonté qui renvoie en droit à l'unilatéralisme lequel est entendu de plusieurs manières¹⁵⁵¹ : l'existence d'une seule volonté à la source de l'acte, le fait que l'acte n'exprime que l'intérêt d'une partie unique ou qu'il ait pour objet de régler les relations entre des personnes autres que ses auteurs.

¹⁵⁴⁵ PH. URFALINO, « La décision fût-elle jamais un objet sociologique ? », document de travail, 2005, p. 12, accessible en ligne : <http://deey.free.fr/documents/Documents%20Citoyennete,%20Espace%20et%20Politique%20publique/D%C3%A9cision%20objet%20sociologique.pdf>.

¹⁵⁴⁶ *Ibid.* V. également l'exposé des systèmes décisionnels 1 et 2 de D. Kahnemann : D. KAHNEMAN, *Thinking, Fast and Slow*, Farrar, Strauss and Giroux, 2011, p. 20.

¹⁵⁴⁷ V. par ex. en sciences de gestion : P. CASTEL, M.-E. CHESSEL, « La décision toujours en question », *Entreprises et Histoire* 2019/4, n° 97, p. 7 ; O. GERMAIN, J.-L. LACOLLEY, « La décision existe-t-elle ? », *Revue française de gestion* 2012/6, n° 225, p. 47.

¹⁵⁴⁸ L. HUTTNER, *La décision de l'algorithme. Étude de droit privé sur les relations entre l'humain et la machine*, préf. J. Rochfeld, Dalloz, coll. Nouvelle Bibliothèque de Thèses, vol. 235, 2024, p. 28, n° 28.

¹⁵⁴⁹ *Ibid.*, p. 30, n° 29.

¹⁵⁵⁰ CH. ATIAS, *De la difficulté contemporaine à penser en droit*, PUAM, coll. Droits, pouvoirs & sociétés, 2016, p. 84.

¹⁵⁵¹ Pour un exposé des différentes conceptions de l'unilatéralisme et de leurs critiques : L. HUTTNER, *La décision de l'algorithme. Étude de droit privé sur les relations entre l'humain et la machine*, op. cit., p. 41 et s.

Toutes ces définitions recèlent des faiblesses tenant en partie à ce qu'elles contribuent à resserrer *in fine* le périmètre de la décision.

Une partie de la doctrine s'attache donc à l'absence de consentement du destinataire de la décision pour caractériser son caractère unilatéral¹⁵⁵² permettant de saisir les hypothèses dans lesquelles les décisions sont prises par autrui à destination d'autrui et dans lesquelles les décisions sont prises par nous-mêmes pour nous-mêmes dans la mesure où l'on ne peut consentir à sa propre décision¹⁵⁵³. « *Manifestation unilatérale de volonté* », la décision procède encore d'une faculté de choix qui exprime le libre arbitre de son auteur¹⁵⁵⁴. Enfin, la décision se caractérise par ses effets qui, comme l'a montré Liane Huttner, diffèrent selon son destinataire. Dans le cadre des décisions prises à l'intention d'autrui, l'auteur et le destinataire sont distincts et la soumission de ce dernier à la décision ne se conçoit que par la notion de pouvoir dont est investi l'auteur de la décision¹⁵⁵⁵, à l'inverse des décisions prises pour soi-même qui « *ne seront certes pas soumises au droit du pouvoir* » mais « *n'en constituent pas moins l'expression d'une liberté, qu'il convient de protéger* »¹⁵⁵⁶. Malgré cette différence, ces deux types d'actes sont bien assortis d'effets, juridiques ou matériels.

406. La localisation de la recommandation numérique en amont de la décision - Cette appréhension de la décision en tant que « *manifestation unilatérale de volonté, produisant des effets juridiques ou matériels, sur son auteur ou sur autrui* »¹⁵⁵⁷ semble bien correspondre à ce à quoi mène la recommandation numérique pour l'utilisateur : consulter un contenu, naviguer entre des espaces numériques, comparer des produits ou des prestataires, en d'autres termes faire un choix. Ainsi, la recommandation numérique ne s'analyse pas comme une décision en soi. Elle se situe en amont de la décision, au cours du processus décisionnel qui peut englober la délibération, l'évaluation, le choix, termes ici considérés comme équivalents. Autrement dit, elle n'est pas la décision, statique, puisqu'elle y est située en amont mais fait partie du processus décisionnel, dynamique.

¹⁵⁵² R. ENCINAS DE MUNAGORRI, L'acte unilatéral dans les rapports contractuels, préf. A. Lyon-Caen, LGDJ, coll. Bibl. dr. privé, 1996, p. 95, n° 88 ; L. HUTTNER, *La décision de l'algorithme. Étude de droit privé sur les relations entre l'humain et la machine*, op. cit., p. 44, n° 43.

¹⁵⁵³ L. HUTTNER, *La décision de l'algorithme. Étude de droit privé sur les relations entre l'humain et la machine*, op. cit., p. 44, n° 43.

¹⁵⁵⁴ *Ibid.*, p. 44, n° 44.

¹⁵⁵⁵ *Ibid.*, p. 51, n° 53.

¹⁵⁵⁶ *Ibid.*, p. 55.

¹⁵⁵⁷ *Ibid.*, p. 55, n° 69.

407. La complexité de la décision dans le contexte numérique - La décision, tout comme le processus décisionnel, revêt des difficultés particulières pour l'utilisateur dans l'univers numérique marqué par le passage du web 1.0 au web 2.0, c'est-à-dire de la production d'informations d'une poignée d'utilisateurs – producteurs, médias officiels, gouvernements – à la production d'informations à la portée de tous. Non seulement le flux informationnel n'est plus nécessairement vertical¹⁵⁵⁸, mais il devient également multidirectionnel. Par conséquent, le volume de contenus disponibles accroît considérablement, rendant le repérage de l'utilisateur d'autant plus ardu dans ce qu'il convient d'appeler le « *bazar du web* »¹⁵⁵⁹. Cette « *surcharge informationnelle* »¹⁵⁶⁰ ou « *infobésité* »¹⁵⁶¹ se couple également à une dissémination informationnelle dans la mesure où l'information est éparpillée entre divers sites et applications : « *Une explosion sans précédent de la quantité d'information disponible, tend à faire croire que son accès en est facilité, quand, au contraire il devient de plus en plus difficile de présenter, diffuser, trouver, analyser l'information pertinente pour la prise de décision stratégique* »¹⁵⁶².

Or, le numérique regorge d'informations pouvant mener à des décisions plus ou moins critiques¹⁵⁶³ : trouver un restaurant où dîner pour fêter un anniversaire, choisir un film à regarder après une longue journée de travail, sourcer de potentiels candidats à un poste demeurant vacant dans une entreprise, repérer une ressource déterminante dans le cadre d'une thèse, etc. Dès, lors trouver l'information pertinente, c'est-à-dire pertinente pour soi-même, revient à chercher une aiguille dans une botte de foin¹⁵⁶⁴, trop d'informations tuant l'information¹⁵⁶⁵ et trop de choix rendant impossible de la prise d'une décision¹⁵⁶⁶.

¹⁵⁵⁸ L. QUONIAM, « Du web 2.0 au concept 2.0 », *Les Cahiers du Numérique* 2010/1, vol. 6, p. 9.

¹⁵⁵⁹ D. CARDON, *Culture numérique*, Presses de Sciences Po, coll. Les Petites Humanités, 2019, p. 354.

¹⁵⁶⁰ Traduction de l'expression « *information overload* » telle qu'utilisée dès les années 60 par B. M. Gross (B. M. GROSS, « Operation Basic : The Retrieval of Wasted Knowledge », *Journal of Communication*, vol. 12, n° 2, 1962, p. 67) et popularisée par A. Toffler (A. TOFFLER, *Future Shock*, Random House, 1970).

¹⁵⁶¹ D. SHENK, *Data Smog*, Harper Collins, 1997.

¹⁵⁶² L. QUONIAM, « Du web 2.0 au concept 2.0 », art. précit.

¹⁵⁶³ CNIL, *Comment permettre à l'Homme de garder la main ? Les enjeux éthiques des algorithmes et de l'intelligence artificielle*, synthèse du débat public animé par la CNIL dans le cadre de la mission de réflexion éthique confiée par la loi pour une République numérique, 2017, p. 30.

¹⁵⁶⁴ R. CHAMSI ABU QUBA *et al.*, « iSoNTRE : transformateur intelligent de réseaux sociaux en environnement de moteur de recommandation », in *Les moteurs et systèmes de recommandation*, dir. G. Kembellec, G. Chartron et I. Saleh, ISTE éditions, coll. Systèmes d'information, web et informatique ubiquitaire, 2014, p. 106.

¹⁵⁶⁵ D. BOUGNOUX, « L'économie médiatique de l'attention », in *L'économie de l'attention. Nouvel horizon du capitalisme ?*, dir. Y. Citton, La Découverte, coll. Sciences humaines, 2014, p. 73 ; CNIL, *Comment permettre à l'Homme de garder la main ? Les enjeux éthiques des algorithmes et de l'intelligence artificielle*, précit., p. 20.

¹⁵⁶⁶ B. SCHWARTZ, *The Paradox of Choice. Why More is Less*, Harper Perennial, 2004.

408. La fonction de réduction de la complexité décisionnelle de l'utilisateur de la recommandation numérique - C'est donc dans ce contexte que la recommandation numérique revêt une utilité pour l'utilisateur en rationalisant les informations disponibles sur les espaces numériques susceptibles de l'intéresser. Ce faisant, elle opère un filtrage préalable à la prise de décision qu'il est possible d'analyser comme une délégation au service de l'utilisateur. Pour autant, la décision reste entre les mains de ce dernier qu'elle soit de nature contractuelle – conclure une transaction avec autrui – ou elle-même informationnelle – consulter un contenu. Cette fonction d'assistance de l'utilisateur est d'ailleurs rappelée dans le règlement DSA au considérant 70 qui dispose que les « *systèmes de recommandation peuvent avoir une incidence significative sur la capacité des destinataires à récupérer les informations en ligne et à interagir avec elles, y compris pour faciliter la recherche d'informations pertinentes pour les destinataires du service et contribuer à améliorer l'expérience utilisateur* ». En matière économique, cette fonction d'assistance du consommateur apparaît également, mais en filigrane, les textes faisant référence à l'influence du classement sur son choix¹⁵⁶⁷.

B. Le glissement de l'aide à la décision du destinataire à la prise de décision par le fournisseur du de la recommandation numérique

409. Le glissement vers la décision en cas de pluralité de contenus : l'impact cognitif du classement de contenus sur les destinataires – Comme le note Fabien Tarissan : « *Les réseaux informatiques ont atteint une taille telle qu'il est devenu indispensable de mettre au point des mécanismes permettant d'organiser l'information disponible afin de permettre aux utilisateurs de trouver ce qu'ils cherchent. En retour, ces mécanismes pèsent sur l'information mise en valeur, posant la question de leur impact sur notre manière de nous informer et suscitant des inquiétudes quant aux biais qu'ils induisent* »¹⁵⁶⁸. En effet, si la recommandation numérique constitue en principe une aide à la décision, elle glisse pourtant facilement vers la décision elle-même, y compris en cas de pluralité de contenus proposés à l'utilisateur, même

¹⁵⁶⁷ Par exemple, la directive (UE) 2019/2161 dite « Omnibus », modifiant la directive 2005/29/CE sur les pratiques commerciales déloyales évoque « *« l'incidence importante » du classement sur le choix des consommateurs (consid. 18), de même que le règlement P2B qui ajoute que ce classement influe « par conséquent, sur la réussite commerciale des entreprises utilisatrices » en ce qui concerne les fournisseurs de services d'intermédiation en ligne (consid. 24) et la réussite commerciale des utilisateurs de sites internet d'entreprise s'agissant des fournisseurs de moteurs de recherche en ligne (consid. 26).*

¹⁵⁶⁸ F. TARISSAN, *Au cœur des réseaux. Des sciences aux citoyens*, Le Pommier, coll. Essais, 2019, p. 93.

lorsque la recommandation est consciencisée par lui c'est-à-dire désirée ou à tout le moins identifiable¹⁵⁶⁹. Dans ces deux cas, celui dans lequel l'utilisateur est à la recherche d'informations (moteur de recherche généraliste comme Google, comparateurs en ligne du type Tripadvisor, moteur de recherche intégré à un espace numérique transactionnel du type Airbnb, Fnac.com) et lorsque la recommandation numérique s'énonce (les titres les plus *streamés* sur Deezer, les vidéos les plus vues sur YouTube, les *tops* des ventes sur Amazon, le *top* 10 de la semaine sur Netflix, les *tops tweets* sur X), ces recommandations induisent des biais cognitifs dans l'esprit de leurs destinataires.

Comme l'expliquent Erik Bertin et Jean-Maxence Granier, « *cette prégnance du classement comme mode d'accès au "texte Internet" dans son ensemble a un impact considérable sur la praxis de la réception. La pensée du classement comme schème cognitif fondateur se diffuse à travers le dispositif formel qui est celui de la liste. [...] Autrement dit, le dispositif formel et spatial oriente la valorisation du contenu* »¹⁵⁷⁰ car « *disposer des noms en liste, c'est signifier graphiquement une stricte hiérarchie verticale qui peut ne pas exister ou être beaucoup plus vague* »¹⁵⁷¹. À titre d'exemple, une étude de First Page Sage, société spécialisée dans le Search Engine Optimization (SEO) menée en 2025 indique que le taux de clic sur les trois premiers résultats organiques avoisine les 68,7% des clics totaux, c'est-à-dire plus des deux tiers, le premier d'entre eux atteignant d'ailleurs un taux de clic de 39,8%¹⁵⁷².

L'utilisateur n'est pas nécessairement à la recherche de contenus. Le membre d'un réseau social n'est en effet pas, ou rarement, dans une situation où il projette une décision à prendre, du moins consciemment ou en tous cas engageante, comme *scroller* son fil d'actualités ou démarrer le défilé des *stories*. La distinction entre aide à la décision (par le fournisseur de la recommandation) et décision (de l'utilisateur) peut donc s'avérer à la fois contextuelle et relative.

410. La recommandation, une pré-décision de la part du fournisseur de la recommandation - Un utilisateur d'Amazon à la recherche d'un produit particulier qui effectue une recherche sur la plateforme peut se faire aider par un classement des produits

¹⁵⁶⁹ V. *supra* n° 310 et s.

¹⁵⁷⁰ E. BERTIN, J.-M. GRANIER, « La société de l'évaluation : nouveaux enjeux de l'âge numérique », *Communication & langages* 2015/2, n° 184, p. 128.

¹⁵⁷¹ J. GOODY, *La raison graphique. La domestication de la pensée sauvage*, Les Éditions de Minuit, coll. Le sens commun, 1979, p. 17.

¹⁵⁷² First Page Sage, « Google Click-Through Rates (CTRs) by Ranking Position in 2025 », Report, 28 mai 2025, accessible en ligne : <https://firstpagesage.com/reports/google-click-through-rates-ctrs-by-ranking-position/>. Ce taux atteint même 42,9 % si le premier résultat s'affiche sous forme de snippet.

susceptibles de correspondre à ce qu'il recherche tandis que la décision d'acheter tel ou tel produit dans la liste demeure entre ses mains. *A priori*, il y a ici une distinction claire entre aide à la décision de la part d'Amazon et décision de l'utilisateur. Pour autant, il peut être objecté qu'Amazon sélectionne nécessairement les produits qu'il estime pertinents au regard de la recherche menée par l'utilisateur et les hiérarchise de sorte que la décision que prendra ce dernier est en réalité *a minima* contrainte. Cette réduction des champs des possibles, qu'elle soit ou non dans l'intérêt de l'utilisateur, peut donc s'analyser comme une pré-décision élaborée par Amazon.

La frontière est encore plus ténue dans un contexte purement informationnel. Sur les réseaux sociaux, l'utilisateur n'est pas nécessairement à la recherche de quelque chose mais fait tout de même face à une hiérarchisation de contenus qui ne dit pas son nom. Pourtant, à la manière d'Amazon, un réseau comme Facebook réduit le champ des possibles en affichant des contenus plutôt que d'autres, dans un ordre particulier.

Quant à l'utilisateur, celui-ci ne prend pas systématiquement de décision. Parfois, les contenus nécessitent une action de sa part afin de consulter (par un clic) ce qui le rapproche de l'utilisateur d'Amazon précédemment évoqué. Parfois, les contenus s'affichent en totalité, certaines vidéos démarrent automatiquement de sorte que le fil d'actualités dépasse la simple aide à la décision ou à la navigation au sens large et apparaît non seulement comme une décision mais encore comme une décision qui s'auto-exécute. Dans certaines hypothèses, aide à la décision et décision également peuvent se succéder. L'utilisateur de Spotify peut se voir proposer des titres à écouter dès sa connexion (aide à la décision, bien que restreinte) et une fois le titre joué, l'application joue un titre qu'il estime pertinent compte tenu du titre précédent (décision).

411. Le développement des assistants personnels, source de difficultés accrues - Si la recommandation numérique a été jusqu'ici envisagée comme une mise en forme particulière de contenus au pluriel, la question se pose de l'inclusion des résultats uniques délivrés par des assistants personnels dans la notion de recommandation numérique. Un assistant personnel est « *un agent logiciel visant à interagir en langage naturel avec un individu afin de l'aider à réaliser des tâches* »¹⁵⁷³. Parfois qualifié d'assistant « *conversationnel* »¹⁵⁷⁴, la catégorie rassemble deux types d'assistants : les assistants virtuels qui « *utilisent la conversation avec les*

¹⁵⁷³ CNIL, *A votre écoute. Exploration des enjeux éthiques, techniques et juridiques des assistants vocaux*, Livre blanc, 2020, p. 13.

¹⁵⁷⁴ C. ZOLYNSKI, (prés.), *Les assistants vocaux et les autres agents conversationnels*, rapp. du CSPLA, déc. 2022, p. 9.

utilisateurs pour les aider à accomplir des tâches spécifiques » dont certains fonctionnent à la voix de l'utilisateur et les *chatbots* qui sont « *des systèmes conçus pour des conversations prolongées, qui imitent les conversations non structurées ou les "chats" caractéristiques de l'interaction humain-humain, principalement à des fins de divertissement, mais aussi à des fins pratiques, comme rendre plus naturels les assistants virtuels* »¹⁵⁷⁵. Parmi ces assistants, les assistants vocaux font l'objet d'une attention particulière en raison de leur développement mais également des préoccupations qu'ils soulèvent dans la mesure où l'interaction humain-machine est rendue plus naturelle¹⁵⁷⁶ et qu'ils nécessitent un volume important de données afin d'exécuter les tâches demandées : demander la météo du jour, une recette de cuisine, contrôler la domotique (gestion des luminaires, de la température dans une habitation), lire des contenus, rappeler l'agenda de l'utilisateur.

On voit à la sémantique utilisée pour décrire plus généralement ce que fait un assistant personnel que l'on peut potentiellement s'éloigner d'une simple recommandation numérique. Si le règlement DMA et le Data Act, qui envisagent « *l'assistant virtuel* », le définissent comme un « *logiciel qui peut traiter des demandes, des tâches ou des questions ...* »¹⁵⁷⁷, le Comité européen de la protection des données (CEPD ou EDPB en anglais pour *European Data Protection Board*) évoque à propos de l'assistant vocal « *un service qui comprend les commandes vocales et les exécute ou assure les échanges avec d'autres systèmes informatiques si nécessaire* »¹⁵⁷⁸. L'accent est donc mis ici sur des « *commandes* » et leur « *exécution* » qui font davantage penser à des décisions, des ordres passés par l'utilisateur que l'assistant doit mettre en œuvre. L'assistant personnel – vocal ou non – peut donc glisser d'une simple recommandation à l'exécution pure et simple d'une décision.

Il faut d'ailleurs noter que certains textes ne traitent pas spécifiquement des assistants personnels – vocaux ou non – en adoptant une définition neutre d'un point de vue technologique. Le règlement P2B par exemple vise le classement « *quels que soient les moyens technologiques utilisés pour une telle présentation, organisation ou communication* »¹⁵⁷⁹, précisant d'ailleurs dans plusieurs considérants que leurs fournisseurs – services

¹⁵⁷⁵ *Ibid.* V. également : CNIL, *A votre écoute. Exploration des enjeux éthiques, techniques et juridiques des assistants vocaux*, précit., p. 13.

¹⁵⁷⁶ CEPD, *Lignes directrices 02/2021 sur les assistants virtuels*, version 2.0, 2021, p. 7 ; CNIL, *A votre écoute. Exploration des enjeux éthiques, techniques et juridiques des assistants vocaux*, précit., pp. 19-20 ; C. ZOLYNSKI, (prés.), *Les assistants vocaux et les autres agents conversationnels*, précit., p. 12.

¹⁵⁷⁷ Règl. DMA, art. 2 (12) ; Règl. (UE) 2023/2854 du PE et du Conseil du 13 décembre 2023 concernant des règles harmonisées portant sur l'équité de l'accès aux données et de l'utilisation des données et modifiant le règlement (UE) 2017/2394 et la directive (UE) 2020/1828 (règlement sur les données), art. 2 (31).

¹⁵⁷⁸ CEPD, *Lignes directrices 02/2021 sur les assistants virtuels*, précit., p. 3.

¹⁵⁷⁹ Règl. P2B, art. 2 (8).

d'intermédiation en ligne ou moteurs de recherche en ligne – peuvent respectivement fournir leurs services par « *des technologies d'assistance vocale* » ou à la suite de « *demandes vocales* »¹⁵⁸⁰. La prise en compte de ces outils est moins claire dans le règlement DSA. Si le texte inclut les « *demandes vocales* » dans sa définition des moteurs de recherche en ligne¹⁵⁸¹, l'inclusion des « *réponses* » dans la définition des systèmes de recommandation peut être sujette à discussion en raison de la référence à « *l'interface en ligne* » pour la suggestion d'informations spécifiques aux destinataires du service, termes absents dans le reste de la disposition¹⁵⁸². S'agissant de la question de la réponse unique plus spécifiquement, le règlement DMA précise au sujet du classement que ce dernier peut se matérialiser « *indépendamment du fait qu'un seul résultat soit ou non présenté ou communiqué* »¹⁵⁸³, tandis que le règlement DSA traite des informations objets de la recommandation au pluriel¹⁵⁸⁴.

Le développement des assistants personnels est donc facteur de complexité non seulement en raison de leurs fonctionnalités – exécuter des tâches, répondre à des demandes, des questions – mais également dans la matérialisation de leurs « *actions* » qui ne passent pas nécessairement par des contenus mais par un contenu voire une absence de contenu.

412. Le glissement vers la décision en cas de contenu unique fourni par les assistants personnels - Les actions réalisées grâce aux assistants personnels et l'aide à la décision qu'est censée constituer la recommandation ne se recoupent donc pas. D'un côté, il convient de noter qu'en matière d'assistant personnel, c'est toujours son utilisateur qui a l'initiative de son utilisation. Il formule des « *demandes* », pose des « *questions* », exige de lui qu'il « *exécute* » des fonctions même lorsqu'il n'apparaît pas prendre cette initiative. À titre d'exemple, l'allumage de la lumière en présence d'un individu dans une pièce de la maison ne se fait pas nécessairement par un ordre formulé vocalement à l'intention de son enceinte mais peut être le résultat d'un paramétrage de l'utilisateur imposant au logiciel de déclencher la lumière quand une présence est détectée dans une pièce. Dans ce cas, l'assistant reste l'exécutant d'une décision en amont par son utilisateur.

Pourtant, la recommandation numérique n'est pas nécessairement à l'initiative de son destinataire. Elle peut faire suite à une requête de sa part mais peut également se matérialiser par défaut à l'initiative de son fournisseur, distinct du destinataire. D'un autre côté, les

¹⁵⁸⁰ Règl. P2B, consid. 11 et 13.

¹⁵⁸¹ Règl. DSA, art. 3 (j).

¹⁵⁸² Règl. DSA, art. 3 (s).

¹⁵⁸³ Règl. DMA, art. 2 (22).

¹⁵⁸⁴ Règl. DSA, art. 3 (s).

fonctionnalités d'un assistant personnel peuvent parfois dépasser la simple recommandation. Certaines de ses fonctionnalités sont en effet des tâches que l'assistant doit exécuter : allumer la lumière, jouer tel morceau. Il n'aide donc pas à la décision de son utilisateur mais exécute une décision prise par ce dernier.

D'autres fonctionnalités sont orientées « *aide à la décision* » comme lorsque l'on demande à l'assistant la météo du jour ou la recette du bœuf bourguignon. Ici, la distinction entre aide à la décision (par l'assistant) et décision (de l'utilisateur) est effectivement plus difficile à opérer. La « *tâche* » se matérialise bien par un contenu (audio) mais ce contenu est unique, de sorte qu'il n'y a pas de choix à opérer entre plusieurs d'entre eux, pas de hiérarchisation. En réalité, le classement est invisibilisé. Dans le cas de la recette du bœuf bourguignon, le logiciel va rechercher toutes les recettes correspondantes disponibles en ligne mais va choisir celle qu'il estime pertinente pour l'utilisateur. Il en va de même pour la météo même si, en la matière, il peut arriver que le fournisseur de l'assistant favorise le service météo qu'il a lui-même développé ou celui d'un partenaire. Dans tous les cas, plusieurs « *réponses* » peuvent être en théorie proposées à l'utilisateur mais un seul contenu va lui être fourni¹⁵⁸⁵. Le glissement vers la décision est donc encore plus sensible qu'en cas de pluralité de contenus.

413. Aide à la décision et décision : une différence de nature ou de degré ? - La frontière entre aide à la décision et décision est donc extrêmement tenue dans une perspective pratique. Dans une perspective théorique, Lucien Sfez relevait également la difficulté à distinguer la délibération (la phase dans laquelle peut opérer l'aide à la décision) de la décision elle-même, voire de son exécution. Critiqué au motif que la prise de décision est rarement linéaire, ce découpage cartésien de la décision est en soi difficilement praticable dans la mesure où délibération, décision et exécution relèvent d'un *continuum*¹⁵⁸⁶.

Cela ne signifie pas pour autant qu'il y ait identité de nature entre aide à la décision et décision, mais que le marquage d'une étape à l'autre est rendu difficile¹⁵⁸⁷. Du point de vue de l'utilisateur, la distinction entre aide à la décision et décision n'est pas neutre. Dans un cas, il est assisté, ce qui signifie qu'il conserve sa part de liberté de décision même si cette dernière peut

¹⁵⁸⁵ C. ZOLYNSKI, (prés.), *Les assistants vocaux et les autres agents conversationnels*, précit., pp. 127-128.

¹⁵⁸⁶ V. *supra* n° 404.

¹⁵⁸⁷ Ce point a d'ailleurs été par les juges européens dans l'affaire *Schufa* rendu à propos d'un système expert de *scoring* bancaire. Alors que ce dernier peut être vu comme un aide à la décision, les juges ont considéré que l'action de la banque à laquelle la valeur de probabilité avait été transmise « *avait été guidée de façon déterminante* » par cette dernière : CJUE, 7 déc. 2023, aff. C-634/21, *Schufa*, §62 : *Dalloz act.*, 12 déc. 2023, obs. L. Pailler ; *RLDI* 2024/210, n° 4843, obs. L. Costes ; *CCE* 2024, étude 3, note L. Huttner ; *Europe* 2024, comm. 79, note J. Tribout ; *RD bancaire et fin.* 2024, comm. 46, obs. M. Gillouard ; *D.* 2024, p. 1000, note Th. Douville ; *RTD com.* 2024, p. 342, note E. Netter ; *Dalloz IP/IT* 2024, p. 362, obs. C. Galichet. V. également *infra* n° 547.

être restreinte par le périmètre du choix ; dans l'autre, un tiers fait le choix à sa place. Dans un cas, l'utilisateur prend une décision qu'il va s'appliquer à lui-même. Dans l'autre, un tiers prend une décision à son égard. Pour autant, cette distinction elle-même n'est pas claire en raison des biais cognitifs qui peuvent affecter l'utilisateur. La question de la subsistance d'une liberté de choix de l'utilisateur dans le cas d'une « simple » aide à la décision peut effectivement se poser même lorsque la recommandation prend la forme d'un classement visible qui lui est présenté¹⁵⁸⁸. Cet effet de cadrage¹⁵⁸⁹ s'ajoute au biais d'automation qui amène l'utilisateur « à faire davantage confiance aux résultats produits par la machine qu'à son propre jugement et, ainsi, à avaliser de façon systématique ou excessive les recommandations qu'elle formule »¹⁵⁹⁰. Il y a tout lieu de penser que l'aide à la décision s'efface d'autant plus lorsque le classement est invisibilisé.

Par conséquent, il semble difficile de considérer de façon générale qu'il existe entre aide à la décision et décision une différence de degré ou de nature. D'un côté, la différence semble être de degré puisqu'il existe une gradation dans la liberté dont dispose l'utilisateur entre l'aide à la décision et la décision. De l'autre, la différence est de nature dans la mesure où, dans le cas de l'aide à la décision, le décisionnaire reste l'utilisateur. Tandis que dans le cas de la décision, l'utilisateur n'est que son destinataire.

414. Aide à la décision et décision : une identité de nature technique - La ligne de partage entre la décision et l'aide à la décision que constitue la recommandation est donc difficile à tracer, ce dont diverses études rendent compte notamment dans le contexte du développement de l'intelligence artificielle (IA)¹⁵⁹¹. Ce *continuum* est également pointé du doigt par la doctrine,

¹⁵⁸⁸ V. *supra* n° 312.

¹⁵⁸⁹ A. TVERSKY, D. KAHNEMAN, "The framing of decisions and the psychology of choice", *Science* 1981, vol. 211, n° 4481, p. 453.

¹⁵⁹⁰ Conseil d'État, *Intelligence artificielle et action publique : construire la confiance, servir la performance*, Étude à la demande du Premier ministre, 2022, p. 104.

¹⁵⁹¹ Conseil de l'Europe, *Algorithmes et droits humains. Étude sur les dimensions des droits humains dans les techniques de traitement automatisé des données et éventuelles implications réglementaires*, Comité d'experts sur les intermédiaires d'internet (MSI-NET), DGI (2017)12, 2018, p. 3 ; CNIL, *Comment permettre à l'Homme de garder la main ? Les enjeux éthiques des algorithmes et de l'intelligence artificielle*, précit., p. 26 et s. ; Conseil d'État, *Étude annuelle 2014. Le numérique et les droits fondamentaux*, La Documentation Française, 2014, p. 237.

notamment en matière juridique¹⁵⁹², administrative¹⁵⁹³, juridictionnelle¹⁵⁹⁴, médicale¹⁵⁹⁵. De ce point de vue, et face à la multiplication des systèmes d'IA, un pas de côté de nature technique est fait par les institutions et le législateur.

Lorsqu'il s'agit de nommer ce que « *fait* » un système d'IA, les termes utilisés dans les rapports, études et avis ne se recoupent pas totalement. Si la prise de décision opérée par ces systèmes y est centrale¹⁵⁹⁶, un système d'IA n'y est cependant pas réductible. Le groupe d'experts de la Commission européenne évoque la capacité d'un système d'intelligence artificielle à classer « *correctement des informations dans les bonnes catégories* » ou de sa capacité à « *réaliser des prévisions, des recommandations ou des décisions correctes sur la base de données ou de modèles* »¹⁵⁹⁷. Les lignes directrices proposent ensuite une liste de questions à se poser pour déterminer si un système d'IA est digne de confiance comme « *le système d'IA interagit-il avec la prise de décision par un utilisateur final humain (par exemple, en recommandant des mesures ou décisions à prendre, ou en présentant des choix possibles) ?* », « *Estimez-vous qu'un système d'IA devrait communiquer aux utilisateurs qu'une décision, un contenu, un conseil ou un résultat découlent d'une décision*

¹⁵⁹² S. CHASSAGNARD-PINET, « Les usages des algorithmes en droit : prédire ou dire le droit ? », *Daloz IP/IT* 2017, p. 495 ; M. TELLER, « Vers l'acceptabilité sociale des algorithmes ou comment passer de l'« algocratie » à la démocratie algorithmique », *RPPI* 2022, n° 1, dossier 6 ; J.-B. DUCLERCQ, « Les effets de la multiplication des algorithmes informatiques sur l'ordonnancement juridique », *CCE* 2015, étude 20 ; G. KETTANI, « Quand l'algorithme écrit le droit : les conséquences de la nouvelle normativité algorithmique », *Daloz IP/IT* 2022, p. 552 ; M. MEKKI, « Les fonctions de la responsabilité civile à l'épreuve du numérique : l'exemple des logiciels prédictifs », *Daloz IP/IT* 2020, p. 672.

¹⁵⁹³ E. UNTERMAIER-KERLÉO, « Les nouveaux visages de la décision administrative : d'une administration assistée à une administration automatisée », *JCP G* 2018, 2239 ; E. BARBIN, « Le contrôle juridictionnel de l'outil numérique d'aide à la décision administrative », *RFDA* 2021, p. 491 ; B. BARRAUD, « L'algorithmisation de l'administration », *RLDI* 2018, n° 150, p. 42.

¹⁵⁹⁴ B. DONDERO, « Justice prédictive : la fin de l'aléa judiciaire ? », *D.* 2017, p. 532 ; M. CLÉMENT, « Algorithmes au service du juge administratif : peut-on en rester maître ? », *AJDA* 2017, p. 2453 ; J.-B. DUCLERCQ, « Les algorithmes en procès », *RFDA* 2018, p. 131 ; L. GODEFROY, « La performativité de la justice « prédictive » : un pharmakon ? », *D.* 2018, p. 1979 ; F. ROUVIÈRE, « Dix problèmes épistémologiques sur la justice prédictive », *D.* 2021, p. 587.

¹⁵⁹⁵ L. MAZEAU, « Intelligence artificielle et responsabilité civile : le cas des logiciels d'aide à la décision en matière médicale », *RPPI* 2018, n° 1, dossier 6 ; M. BERNELIN, S. DESMOULIN-CANSELIER, « L'intelligibilité des algorithmes dans les systèmes d'aide à la décision médicale », *Journal international de bioéthique et d'éthique des sciences* 2021/2, vol. 32, p. 19.

¹⁵⁹⁶ CNIL, *Comment permettre à l'Homme de garder la main ? Les enjeux éthiques des algorithmes et de l'intelligence artificielle*, précit. ; Conseil de l'Europe, *Algorithmes et droits humains. Étude sur les dimensions des droits humains dans les techniques de traitement automatisé des données et éventuelles implications réglementaires*, précit. ; Conseil d'État, *Intelligence artificielle et action publique : construire la confiance, servir la performance*, précit. ; Commission européenne, *White Paper on Artificial Intelligence. A European approach to excellence and trust*, COM(2020) 65 final, 19 févr. 2020 ; OCDE, *L'intelligence artificielle dans la société*, 2019 ; EDPB et CEPD, *Avis conjoint 05/2021 sur la proposition de règlement du Parlement européen et du Conseil établissant des règles harmonisées concernant l'intelligence artificielle (législation sur l'intelligence artificielle)*, 2021.

¹⁵⁹⁷ Groupe d'experts de haut niveau sur l'intelligence artificielle, *Lignes directrices en matière d'éthique pour une IA digne de confiance*, 2019, p. 21 n° 69.

*algorithmique ? »*¹⁵⁹⁸. Le Conseil d'État évoque également « *la réponse* » à une « *question posée, un montant, une recommandation, une prévision, un contenu – image, son, texte ..., une décision, le mouvement d'un robot ...* »¹⁵⁹⁹, tandis que l'OCDE se focalise sur l'établissement de « *prévisions* », la formulation de « *recommandations* » ou la prise de « *décisions* »¹⁶⁰⁰.

415. Une identité de nature technique confirmée par le règlement IA - La proposition de règlement européen de l'IA définissait le système d'IA de la façon suivante : « *un logiciel qui est développé au moyen d'une ou plusieurs des techniques et approches énumérées à l'annexe I et qui peut, pour un ensemble donné d'objectifs définis par l'homme, générer des résultats tels que des contenus, des prédictions, des recommandations ou des décisions influençant les environnements avec lesquels il interagit* »¹⁶⁰¹. Le recours au terme de « *résultat* » pour désigner ce que produit un système d'IA n'était certainement pas anodin et se révélait approprié. D'une part, il permettait de dépasser la simple décision et la recommandation pour y adjoindre les contenus et les prédictions dans une perspective englobante. D'autre part, il apparaissait neutre dans la mesure où il ne préjugait pas d'une différence cognitive et subjective chez l'utilisateur entre ces résultats mais se concentrait sur la « *fonction* »¹⁶⁰² que remplit un système d'IA, que l'on peut analyser sous un angle technique et objectif.

La référence aux résultats a néanmoins disparu du texte du règlement voté. Désormais, un système d'IA est défini comme « *un système automatisé qui est conçu pour fonctionner à différents niveaux d'autonomie et peut faire preuve d'une capacité d'adaptation après son déploiement, et qui, pour des objectifs explicites ou implicites, déduit, à partir des entrées qu'il reçoit, la manière de générer des sorties telles que des prédictions, du contenu, des recommandations ou des décisions qui peuvent influencer les environnements physiques ou virtuels* »¹⁶⁰³.

¹⁵⁹⁸ *Ibid.*, p. 33.

¹⁵⁹⁹ Conseil d'État, *Intelligence artificielle et action publique : construire la confiance, servir la performance*, précit., p. 23.

¹⁶⁰⁰ OCDE, *L'intelligence artificielle dans la société*, précit., p. 25.

¹⁶⁰¹ Proposition de règlement du PE et du Conseil établissant des règles harmonisées concernant l'intelligence artificielle (législation sur l'intelligence artificielle) et modifiant certains actes législatifs de l'Union, COM/2021/206 final, art. 3 (1).

¹⁶⁰² Conseil d'État, *Intelligence artificielle et action publique : construire la confiance, servir la performance*, précit., p. 52.

¹⁶⁰³ Règl. (UE) 2024/1689 du PE et du Conseil du 13 juin 2024 établissant des règles harmonisées concernant l'intelligence artificielle et modifiant les règlements (CE) n° 300/2008, (UE) n° 167/2013, (UE) n° 168/2013, (UE) 2018/858, (UE) 2018/1139 et (UE) 2019/2144 et les directives 2014/90/UE, (UE) 2016/797 et (UE) 2020/1828 (règlement sur l'intelligence artificielle), art. 3 (1). Le terme de « *sortie* » serait encore plus neutre que celui de « *résultat* » qui « *implique l'idée de l'aboutissement d'un processus* » : A. LATIL, « *Droit de l'intelligence artificielle (droit international et européen)* », *J.-Cl. Communication*, fasc. 988, 2024, §60.

Les références à ce que « *génère* » un système d'IA sont en revanche inchangées et n'épuisent donc pas l'interrogation sur ce que recouvrent ces termes. La distinction entre prédictions, contenus, recommandations et décisions est en effet malaisée. Le terme de « *contenu* » peut être interprété largement (démarrage automatique d'un titre de musique par une application, texte généré par ChatGPT, réponse d'un *chatbot*, apparition de contenus dans les fils d'actualités des réseaux sociaux) mais semblait être utilisé de façon restrictive dans la proposition de règlement sur l'IA qui se focalisait en réalité sur la génération de contenus manipulateurs du type *deepfake*¹⁶⁰⁴. Les considérants du texte actuel sont plus diserts puisqu'en envisageant les problématiques liées au droit d'auteur et aux droits voisins¹⁶⁰⁵, ils visent également le contenu en tant qu'œuvre de l'esprit. De même, il est fait explicitement référence aux « *contenus illicites* » présents dans le règlement DSA. Traiter distinctement le contenu de la recommandation semble confirmer que la recommandation n'est pas réductible à un contenu¹⁶⁰⁶ mais la situation est moins simple en pratique et rejoint la question du contenu unique fourni par les assistants vocaux et personnels¹⁶⁰⁷. Le contenu fourni à la suite d'une question posée à ChatGPT peut en effet s'apparenter à une recommandation puisque ses algorithmes passent en revue les différentes réponses pouvant être apportées à la requête de l'utilisateur, effectuant par là un classement de ces réponses invisible aux yeux de ce dernier. Cette « *recommandation* » peut également être rapprochée d'une décision à son égard.

Le terme de « *prédiction* » peut également se télescoper avec celui de recommandation lorsque cette dernière est de nature personnalisée. Techniquement, un algorithme de recommandation personnalisée se fonde sur les données d'utilisateurs pour « *prédire* » quels contenus pourront répondre aux besoins ou aux intérêts déclarés ou inférés du destinataire¹⁶⁰⁸. Toujours est-il que cette perspective technique et cette focalisation sur le terme englobant de « *résultat* » permettrait de dépasser d'éventuelles difficultés à distinguer plusieurs fonctions des systèmes d'IA.

¹⁶⁰⁴ Proposition de règlement du PE et du Conseil établissant des règles harmonisées concernant l'intelligence artificielle, précit., art. 52 §3.

¹⁶⁰⁵ Règl. IA, consid. 105 à 109.

¹⁶⁰⁶ V. *supra* n° 336 et s.

¹⁶⁰⁷ V. *supra* n° 412.

¹⁶⁰⁸ V. *infra* n° 479 et s.

§2. La rationalité de la recommandation numérique pour les autres acteurs

416. La recommandation numérique, dispositif crucial pour les acteurs autres que le destinataire - Vue du côté des autres acteurs que le destinataire, la recommandation numérique révèle des logiques différentes que la seule assistance individuelle. Elle participe en effet d'un écosystème aux rouages parfois discrets, mais rarement désintéressés, tant de la part de son fournisseur (A) que du fournisseur du contenu (B).

A. La rationalité de la recommandation numérique pour son fournisseur

417. Entre maîtrise de la navigation et effacement de la contrainte - La recommandation numérique peut facilement basculer d'une fonction d'aide du destinataire à une fonction de contrôle de sa mobilité (1), n'allant cependant pas jusqu'à une fonction de sanction ni de gouvernance (2).

1. D'une fonction d'aide à une fonction de contrôle de la mobilité du destinataire

418. La notion de fournisseur de la recommandation numérique : le fournisseur de service - Dans le sens commun, le fournisseur est celui « *qui assure habituellement la fourniture de telle denrée, de telle marchandise, ou chez qui on se la procure* »¹⁶⁰⁹, « *fournir* » étant synonyme de « *procurer, faire avoir* »¹⁶¹⁰. La notion de fournisseur en droit, en particulier dans le domaine du numérique, est très présente mais peut s'avérer difficile à définir¹⁶¹¹. En ce qui concerne la recommandation numérique, le terme de fournisseur n'apparaît pas. De la même façon que la qualification de destinataire de la recommandation numérique au sens du DSA est subsumée dans la qualification de destinataire du service sur lequel est fournie la recommandation numérique¹⁶¹², la qualification de fournisseur de la recommandation numérique est contenue dans celle de fournisseur du service principal, les deux relations informationnelles se juxtaposant. Si le fournisseur de la recommandation numérique est

¹⁶⁰⁹ V^o Fournisseur, *Dictionnaire de l'Académie Française*, 9^{ème} éd., accessible en ligne : <https://www.dictionnaire-academie.fr/article/A9F1441>.

¹⁶¹⁰ V^o Fournir, I, 2^o, *Dictionnaire de l'Académie Française*, 9^{ème} éd., accessible en ligne : <https://www.dictionnaire-academie.fr/article/A9F1439>.

¹⁶¹¹ J. SÉNÉCHAL, « La notion de fournisseur de contenu numérique : quel rôle pour les plateformes en ligne ? », *Dalloz IP/IT* 2017, p. 20.

¹⁶¹² V. *supra* n^o 403.

d'abord un fournisseur de service, il importe d'identifier à quelle catégorie de service il appartient, étant précisé qu'au sein de cette catégorie, tous les fournisseurs de service ne sont pas assujettis aux règles relatives à la recommandation numérique¹⁶¹³.

L'autre difficulté tient à la succession et à l'entrelacement des textes de ces dernières années. Si l'on revient aux textes, le service fourni peut être un service de la société de l'information tels qu'un « *service d'intermédiation en ligne* » (place de marché, boutique d'applications) au sens des règlements P2B¹⁶¹⁴ et DMA¹⁶¹⁵, un « *service numérique* » comme un moteur de recherche en ligne¹⁶¹⁶, « *un service au sens des articles 56 et 57 du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne* » à l'instar des plateformes de partage de vidéos en ligne¹⁶¹⁷ ou une « *plateforme* » de réseau social¹⁶¹⁸. Le règlement DSA, quant à lui, vise les « *plateformes* » comme les services sur lesquels sont fournies les recommandations numériques, appartenant à la qualification des « *services d'hébergement* », eux-mêmes « *services intermédiaires* » de la société de l'information¹⁶¹⁹. Or, l'article 34 relatif à l'analyse des risques systémiques auquel peuvent participer les recommandations numériques s'applique non seulement aux très grandes plateformes en ligne mais également aux très grands moteurs de recherche en ligne. Par conséquent, les débiteurs du régime juridique des recommandations en ligne sont plus divers que les acteurs visés dans la notion définie dans le règlement.

419. La notion de fournisseur de la recommandation numérique : au-delà du fournisseur de service ? - La directive sur les pratiques commerciales déloyales ne fait pas référence à des « *fournisseurs de services* ». Texte de droit de la consommation, ses dispositions visent logiquement le « *professionnel* » mais pas n'importe lequel s'agissant des recommandations numériques. En effet, l'article 7 §4 *bis* impose uniquement à ceux qui permettent aux consommateurs de rechercher des produits offerts par d'autres professionnels tiers ou par des consommateurs (places de marché, comparateurs) une obligation d'information portant sur le classement des offres¹⁶²⁰. Les lignes directrices, à cet égard, précisent que cette obligation « *ne s'applique pas aux professionnels qui laissent uniquement leurs*

¹⁶¹³ En effet, seuls les plateformes en ligne, les très grandes plateformes en ligne et les très grands moteurs de recherche en ligne sont concernés.

¹⁶¹⁴ Règl. P2B, consid. 11.

¹⁶¹⁵ Règl. DMA, art. 2 (5).

¹⁶¹⁶ Règl. P2B, art. 2 (5) ; Règl. DMA, art. 2 (6).

¹⁶¹⁷ Dir. SMA, art. 1 (1) (a) (*bis*).

¹⁶¹⁸ Règl. DMA, art. 2 (7).

¹⁶¹⁹ Règl. DSA, art. 3 (i), art. 3 (g) (ii) et art. 3 (a).

¹⁶²⁰ Dir. 2005/29/CE, art. 7 §4 *bis*.

consommateurs rechercher leurs propres offres de produits différents »¹⁶²¹. Comme les autres textes susmentionnés, l'idée générale qui préside à l'encadrement des recommandations numérique est donc de cibler les acteurs qui occupent une place d'intermédiaire entre plusieurs utilisateurs en s'assurant une transparence et une loyauté quant à la position des contenus tiers (classement payant) ou des contenus « *propriétaires* » (autopréférence) dont ils peuvent tirer profit.

Même en dehors du contexte concurrentiel ou consumériste, le législateur vise essentiellement les acteurs les plus puissants dont le modèle d'affaires repose sur les recommandations numériques. Or, cela a pour effet de laisser sur le côté des acteurs qui recourent à des systèmes de recommandation dont la transparence peut être questionnée. Un site de marque peut parfaitement « *pousser* » des articles vers un consommateur sur lesquels il prendra une marge plus élevée. En dehors d'un contexte purement économique, les fournisseurs de services d'information en ligne ou les plateformes de distribution vidéo recourent également à des systèmes de recommandation en ligne sans être concernés par les règles en vigueur. Or, non seulement ils réalisent bien une intermédiation informationnelle, mais cette dernière, de surcroît, n'est pas indifférente à la quête d'un pouvoir informationnel au moins aussi important qu'une domination économique.

Enfin, il convient d'ajouter que le fournisseur de la recommandation peut encore être un fournisseur de système d'IA défini par le règlement IA comme « *une personne physique ou morale, une autorité publique, une agence ou tout autre organisme qui développe ou fait développer un système d'IA ou un modèle d'IA à usage général et le met sur le marché ou met le système d'IA en service sous son propre nom ou sa propre marque, à titre onéreux ou gratuit* »¹⁶²².

420. La circulation du destinataire de la recommandation, enjeu économique commun de la recommandation numérique pour son fournisseur - La recommandation numérique a une importance capitale pour son fournisseur, économique de façon directe ou indirecte, à court ou long terme. Elle est un moyen de réduire les frictions que peut connaître le destinataire lors de sa navigation, ce qui a pour effet d'agir sur sa mobilité tout en profitant d'une manière ou d'une autre au fournisseur.

¹⁶²¹ Commission européenne, *Orientations concernant l'interprétation et l'application de la directive 2005/29/CE du Parlement européen et du Conseil relative aux pratiques commerciales déloyales des entreprises vis-à-vis des consommateurs dans le marché intérieur*, C/2021/9320, 29 déc. 2021, pt. 4. 2. 3.

¹⁶²² Règl. IA, art. 3 (3).

Dans les modèles d'affaires majoritairement attentionnels, la recommandation numérique peut avoir pour objet de retenir le destinataire sur l'espace numérique afin de maximiser le temps qu'il y passe et donc de collecter davantage de données sur lui afin de le connaître davantage. Ces données qui aboutissent à un profilage de l'utilisateur sont cruciales pour les utilisateurs de l'autre « *face* », c'est-à-dire les annonceurs, qui vont pouvoir acheter de l'espace publicitaire auprès du fournisseur – les contenus sponsorisés sur les réseaux sociaux, les annonces ou liens sponsorisés sur les moteurs de recherche – et atteindre leurs cibles de façon plus fine.

Dans les modèles d'affaires transactionnels, la recommandation numérique a principalement pour objet de pousser à l'achat en proposant des offres similaires à celles que le destinataire a précédemment consultées ou en lui présentant les meilleures ventes, ce qui aura pour effet, non seulement, de l'inciter à consulter les offres, mais également de le rassurer en se fiant au comportement de ses pairs.

Enfin, les modèles d'affaires du type distribution recourent également aux recommandations numériques afin de supprimer l'errance que pourrait connaître un abonné face à une multitude de contenus mais également maximiser le temps passé pour collecter des données, non pas au bénéfice d'annonceurs comme sur les réseaux sociaux, mais pour envisager la mise en production de contenus correspondant à ses intérêts.

421. Le paradoxe de la recommandation numérique : de l'information à l'attention du destinataire - En même temps qu'elles répondent à la problématique de la surabondance et de la dissémination de l'information¹⁶²³, les recommandations numériques ne sont pas étrangères au phénomène attentionnel, en réalité commun à tous les modèles d'affaires. D'un côté, elles participent d'une réduction des frictions que peuvent connaître les utilisateurs qui, sans elles, se retrouveraient noyés dans le « *bazar du web* »¹⁶²⁴. De l'autre, elles peuvent être considérées comme génératrices d'un « *syndrome de saturation cognitive* »¹⁶²⁵ en raison de leur propre surabondance et de leur diversité en même temps qu'elles constituent elles-mêmes des outils de

¹⁶²³ I. SALEH, « Avant-propos. Les moteurs (et systèmes) de recommandation », in *Les moteurs et systèmes de recommandation*, dir. G. Kembellec, G. Charton et I. Saleh, ISTE éd., coll. Systèmes d'information, web et informatique ubiquitaire, p. 18.

¹⁶²⁴ D. CARDON, *Culture numérique*, Presses de Sciences Po, coll. Les petites humanités, 2019, p. 354.

¹⁶²⁵ J.-C. DOMENGET, A. COUTANT, « Partir des usages pour analyser les systèmes de recommandation : le cas des médias sociaux », in *Les moteurs et systèmes de recommandation*, dir. G. Kembellec, G. Charton et I. Saleh, ISTE éd., coll. Systèmes d'information, web et informatique ubiquitaire, p. 64.

captation de l'attention¹⁶²⁶, notion au cœur des doctrines socio-économiques des dernières années, et plus encore avec l'avènement des plateformes.

422. Les apports théoriques des sciences économiques : le renversement du paradigme informationnel - Jusque dans les années 1970, les économistes analysent le marché en partant de l'hypothèse de l'existence d'un *homo oeconomicus*, c'est-à-dire d'un homme rationnel capable de prendre les meilleures décisions en termes d'utilité. La décision est dite rationnelle en ce que l'agent économique, dans une situation donnée, est notamment capable de recenser toutes les alternatives possibles, leurs conséquences et de les évaluer¹⁶²⁷.

Ce modèle de la rationalité économique est néanmoins profondément remis en cause. Pour l'économiste H. A. Simon, la prise de décision est largement tributaire du temps que l'individu peut y consacrer et l'examen de ses conséquences dépend de son expérience comme de l'information disponible¹⁶²⁸. Au sujet de cette dernière, il observe notamment que « *dans un monde riche en informations, l'abondance d'informations entraîne la pénurie d'une autre ressource : la rareté devient ce que consomme l'information. Ce que l'information consomme est assez évident : c'est l'attention de ses receveurs. Donc, une abondance d'informations crée une rareté de l'attention et le besoin de répartir efficacement cette attention parmi la surabondance des sources d'informations qui peuvent la consommer* »¹⁶²⁹.

423. L'attention, au cœur de la doctrine économique - Ce renversement de paradigme constitue pour certains le cœur d'une nouvelle économie¹⁶³⁰, celle de l'attention¹⁶³¹ qui a depuis fait florès surtout chez ses critiques y voyant une nouvelle forme de capitalisme et un risque accru d'aliénation de l'individu¹⁶³², qui se trouve renforcé dans l'univers numérique par la

¹⁶²⁶ J.-S. VAYRE, *Des machines à produire des futurs économiques. Sociologie des intelligences artificielles marchandes à l'ère du big data*, thèse en sociologie, th. Université Toulouse, 2016, p. 499.

¹⁶²⁷ H. A. SIMON, *Administrative Behavior : A Study of Decision-Making Processes in Administrative Organization*, Macmillan, 1947.

¹⁶²⁸ *Ibid.*

¹⁶²⁹ H. A. SIMON, "Designing Organizations for an Information-Rich World", in *Computers, Communications and the Public Interest*, M. Greenberger (Ed.), The John Hopkins Press, 1971, p. 40.

¹⁶³⁰ Pour certains, l'économie de l'attention est en réalité loin d'être nouvelle puisqu'elle remonte à l'Antiquité : R. A. LANHAM, *The Economics of Attention. Style and Substance in the Age of Information*, University of Chicago Press, 2006.

¹⁶³¹ M. H. GOLDBABER, "The Attention Economy and the Net", *First Monday*, 4 avr. 1997, vol. 2, n° 4.

¹⁶³² Pour une bibliographie non exhaustive : F. BERARDI, *Precarious Rhapsody. Semiocapitalism and the Pathologies of the Post-Alpha Generation*, Minor Compositions, 2010 ; Y. MOULIER BOUTANG, *Le capitalisme cognitif. La nouvelle grande transformation*, Ed. Amsterdam, 2007 ; M. WARK, *Telesnesia. Communication, Culture and Class*, Polity Press, 2012 ; P. MOLINIER, S. LAUGIER, « Capitalismes émotionnels », *Multitudes* 2013/1, n° 52, p. 159 ; J. CRARY, *Suspensions of Perception. Attention, Spectacle, and Modern Culture*, The MIT Press, 2001 ; M. H. GOLDBABER, "The Attention Economy and the Net", précit. ; G. FRANK, « Économie de l'attention », in *L'économie de l'attention. Nouvel horizon du capitalisme ?*, dir. Y. Citton, La Découverte, coll.

multiplication des objets communicants, l'augmentation de la publicité et la croissance du volume d'informations disponibles¹⁶³³. Du latin *attentio*, « *action de tendre son esprit vers* », l'attention est une « *tension de l'esprit vers un objet à l'exclusion de tout autre* »¹⁶³⁴, synonyme d'application, de concentration et par extension de curiosité ou d'intérêt¹⁶³⁵. En ce sens, elle est « *affaire de sélection* »¹⁶³⁶ mais peut également se définir comme la « *disposition que présente quelqu'un à être soigneux, soucieux de, vigilant, délicat* »¹⁶³⁷. Pour Bernard Stiegler, ces deux sens – concentration et prévenance – bien que distincts, ne sont pas antinomiques : « *De même qu'on ne saurait limiter l'attention à la vigilance, on ne peut la restreindre à des questions de focalisation ou de concentration qui paraissent tendre à nous isoler ou à nous protéger de notre environnement social. [...] Or la prévenance et la sollicitude sont aussi essentielles à l'attention que la vigilance et la concentration. En les réintégrant dans notre conception de l'attention, on prend une meilleure mesure de la formation sociale de l'attention individuelle* »¹⁶³⁸.

Bien que définie, l'attention recèle une grande diversité. Elle peut être automatique et attentionnelle, captive ou volontaire, attractive ou aversive¹⁶³⁹, répondre à des régimes distincts comme l'alerte, la fidélisation, la projection ou l'immersion¹⁶⁴⁰. Selon Yves Citton, l'attention constitue un mille-feuille c'est-à-dire une superposition des mécanismes attentionnels qui peuvent être collectifs, conjoints mais également individuels, catégorie dans laquelle on retrouve l'attention réflexive, l'attention volontaire et l'attention automatique¹⁶⁴¹.

424. La recommandation numérique, un dispositif attentionnel - Toujours est-il que comme « *ressource limitée* »¹⁶⁴², elle est une véritable préoccupation particulièrement dans

Sciences humaines, 2014, p. 55 ; T. WU, *The Attention Merchants. The Epic Scramble to Get Inside our Heads*, Knopf, 2016 ; S. ZUBOFF, *The Age of Surveillance Capitalism*, PublicAffairs, 2019 ; B. PATINO, *La civilisation du poisson rouge, Petit traité sur le marché de l'attention*, Grasset, 2019.

¹⁶³³ E. KESSOUS *et al.*, « L'économie de l'attention : entre protection des ressources cognitives et extraction de la valeur », *Sociologie du travail* 2010, vol. 53, n° 3, p. 359.

¹⁶³⁴ 1^{er} Attention, I, *Centre National de Ressources Textuelles et Lexicales*, accessible en ligne : <https://www.cnrtl.fr/definition/attention>.

¹⁶³⁵ 1^{er} Attention, I, A, 1^{er} et 2^o, *Centre National de Ressources Textuelles et Lexicales*, accessible en ligne : <https://www.cnrtl.fr/definition/attention>.

¹⁶³⁶ Y. CITTON, *Pour une écologie de l'attention*, Le Seuil, coll. La Couleur des idées, 2014, p. 256.

¹⁶³⁷ 1^{er} Attention, I, B, 2^o, *Centre National de Ressources Textuelles et Lexicales*, accessible en ligne : <https://www.cnrtl.fr/definition/attention>.

¹⁶³⁸ B. STIEGLER, « L'attention, entre économie restreinte et individuation collective », in *L'économie de l'attention. Nouvel horizon du capitalisme ?*, dir. Y. Citton, La Découverte, coll. Sciences humaines, 2014, p. 125.

¹⁶³⁹ Y. CITTON, *Pour une écologie de l'attention*, *op. cit.*, p. 66 et s.

¹⁶⁴⁰ D. BOULLIER, « Médiologie des régimes d'attention », in *L'économie de l'attention. Nouvel horizon du capitalisme ?*, dir. Y. Citton, La Découverte, coll. Sciences humaines, 2014, p. 84.

¹⁶⁴¹ Y. CITTON, *Pour une écologie de l'attention*, *précit.*, p. 184 et s.

¹⁶⁴² D. KAHNEMAN, *Attention and Effort*, Prentice-Hall Inc., 1973.

l'univers numérique où l'enjeu est de mobiliser l'attention de l'individu grâce à des mécanismes de « *captologie* », terme s'intégrant aux sciences computationnelles et défini comme le recours au « *design, à la recherche et à l'analyse des produits computationnels interactifs afin de modifier les attitudes des individus ou leurs comportements* »¹⁶⁴³. Autrement dit, la captologie s'attache à étudier la manière dont les ordinateurs peuvent influencer les comportements humains¹⁶⁴⁴ : « *Le biais de l'attention continue est ainsi maintenu en permanence grâce à différents outils comme le scroll ou le déclenchement automatique d'un autre contenu. Le biais de la désirabilité sociale est entretenu par la course aux micro-récompenses comme les likes, tandis que la réapparition d'une publicité pour inciter un consommateur à acheter joue sur le biais de la répétition. Dans le sens inverse, le biais de la rareté, par exemple d'une chambre d'hôtel, est également très présent sur les plateformes de réservation hôtelière* »¹⁶⁴⁵, pratiques qui ont en réalité comme dénominateur commun l'attention de l'utilisateur qu'il s'agit de capter pour impacter ses décisions.

On comprend que la recommandation, que l'on peut présenter comme une solution visant à réduire l'incertitude de l'utilisateur d'un service, est en elle-même un dispositif attentionnel. Elle constitue de ce fait un *pharmakon*. Elle est un remède à la surabondance et à la dissémination informationnelle, tout en apparaissant comme un poison menaçant le libre arbitre du destinataire lorsqu'elle excède sa fonction de réduction de l'incertitude, notamment lorsqu'elle consiste à satisfaire au premier chef son fournisseur. Les moteurs de recherche en ligne peuvent favoriser leurs propres services ou les contenus émanant de sites dont ils sont partenaires ou auxquels ils sont affiliés de même que les enceintes connectées, les plateformes de *e-commerce* peuvent mettre en avant les produits de tiers sur lesquels ils prennent une marge plus importante ou les produits qu'ils distribuent eux-mêmes comme les plateformes de vidéos. Au-delà de cette problématique, l'omniprésence des recommandations numériques et leur diversité contribuent à la perdition du destinataire non seulement confronté à leur surabondance, mais également captif de ces dispositifs à la manière de la publicité¹⁶⁴⁶.

¹⁶⁴³ B. J. FOGG, *Persuasive Technology. Using Computers to Change What We Think and Do*, Morgan Kaufmann, 2003, p. 5.

¹⁶⁴⁴ M. LE ROY, *La loyauté des plateformes à l'égard des consommateurs*, préf. C. Zolynski et N. Sauphanor-Brouillaud, Dalloz, coll. Nouvelle Bibliothèque de Thèses, vol. 224, 2023, p. 196, n° 167.

¹⁶⁴⁵ *Ibid.*, p. 201.

¹⁶⁴⁶ Ce n'est d'ailleurs pas un hasard si certains auteurs qualifient parfois les recommandations numériques de « *formes de publicité particulière* » : J.-S. VAYRE, *Des machines à produire des futurs économiques. Sociologie des intelligences artificielles marchandes à l'ère du big data*, th. Université Toulouse, 2016, p. 573.

2. L'exclusion d'une fonction de sanction et de gouvernance pour le fournisseur de la recommandation numérique

425. La modération, une sanction dans l'univers numérique - La modération, même si le terme n'est pas toujours mentionné, apparaît étroitement liée à la recommandation. La directive 2005/29/CE sur les pratiques commerciales déloyales telle que modifiée par la directive Omnibus répute substantielles les informations relatives aux principaux paramètres qui déterminent « *le classement des produits* » et « *l'ordre d'importance de ces paramètres* »¹⁶⁴⁷ lesquels sont définis comme « *l'ensemble des critères et processus généraux, des signaux spécifiques intégrés dans les algorithmes ou d'autres mécanismes d'ajustement ou de rétrogradation utilisés en relation avec le classement* »¹⁶⁴⁸.

Le règlement P2B évoque également les hypothèses dans lesquelles « *un fournisseur de services d'intermédiation en ligne peut avoir des motifs légitimes pour restreindre, suspendre ou résilier la fourniture de ses services à une entreprise donnée, y compris en déréférençant certains biens ou services d'une entreprise utilisatrice donnée ou en supprimant des résultats de recherche* »¹⁶⁴⁹ et impose aux fournisseurs de fournir les motifs de leurs décisions mais également de permettre à l'entreprise concernée de formuler une plainte à leur rencontre¹⁶⁵⁰. S'agissant des moteurs de recherche en ligne, l'article 5 §4 leur impose notamment de permettre à l'utilisateur de consulter la notification à l'origine de son déréférencement ou de la modification de l'ordre de classement¹⁶⁵¹.

En revanche, le règlement DSA traite nommément de la modération, qu'il définit comme « *les activités, qu'elles soient automatisées ou non, entreprises par des fournisseurs de services intermédiaires qui sont destinées, en particulier, à détecter et à identifier les contenus illicites ou les informations incompatibles avec leurs conditions générales, fournis par les destinataires du service, et à lutter contre ces contenus ou ces informations, y compris les mesures prises qui ont une incidence sur la disponibilité, la visibilité et l'accessibilité de ces contenus ou ces informations, telles que leur rétrogradation, leur démonétisation, le fait de rendre l'accès à ceux-ci impossible ou leur retrait, ou qui ont une incidence sur la capacité des destinataires du service à fournir ces informations, telles que la suppression ou la suspension du compte d'un destinataire* »¹⁶⁵².

¹⁶⁴⁷ Dir. 2005/29/CE, art. 7 §4 bis.

¹⁶⁴⁸ Dir. (UE) 2019/2161, consid. 22.

¹⁶⁴⁹ Règl. P2B, consid. 22.

¹⁶⁵⁰ Règl. P2B, art. 4.

¹⁶⁵¹ Règl. P2B, consid. 26 et art. 5 §4.

¹⁶⁵² Règl. DSA, art. 3 (t).

Tel qu'envisagé, la modération s'inscrit dans la lutte contre les contenus illicites mais également incompatibles avec les conditions générales d'utilisation, ce qui la rapproche d'une gouvernance des contenus. Dans tous les cas, la modération a bien à voir avec « *la disponibilité* », « *la visibilité* » et « *l'accessibilité* » des contenus, ce qui n'est pas sans rappeler la recommandation. D'une part, les deux ont un impact sur la capacité d'un contenu à être ou ne pas être trouvé, ou sur la possibilité d'un utilisateur d'y être exposé ou ne pas y être exposé¹⁶⁵³. D'autre part, si la modération peut impacter la recommandation, l'inverse peut également être vrai. C'est parce qu'un contenu sera proposé à l'internaute que ce dernier pourra le signaler comme étant illicite.

426. L'exclusion de la fonction de sanction de la recommandation numérique - Une auteure a pu écrire que la recommandation était « *une sanction positive pour favoriser la visibilité de certains contenus* »¹⁶⁵⁴ tandis que la modération était une « *sanction négative des contenus* »¹⁶⁵⁵. Ce rapprochement de la recommandation numérique et de la modération des contenus à raison de leur fonction de sanction est néanmoins critiquable.

À première vue, la modération n'a pas pour objet tous les contenus mais ceux qui revêtent le caractère d'illicéité alors que la recommandation a justement pour vocation de référencer le plus de contenus possibles. Pour autant, l'illicéité reconnue à un contenu peut n'être que temporaire dans la mesure où la mesure de modération peut être contestée, non seulement auprès du fournisseur de plateforme en ligne¹⁶⁵⁶ mais encore dans le cadre d'un règlement extrajudiciaire¹⁶⁵⁷, voire auprès d'un juge. Un contenu considéré comme illicite peut donc recouvrer sa licéité. De même, rien ne préjuge de la licéité d'un contenu parce qu'il fait l'objet d'un classement. Comme le chat de Schrödinger qui peut être vivant et mort avant que l'on ouvre sa boîte, un contenu numérique peut être licite et illicite avant d'avoir été jugé comme tel.

¹⁶⁵³ V.-L. BENABOU, J. FARCHY, (prés.), *Les dispositifs de recommandation des œuvres audiovisuelles et musicales sur les services en ligne*, rapp. de mission à l'attention du CSPLA, déc. 2021, p. 13. *Contra* : E. DUBOUT, « Modérer la modération : le Digital Services Act ou la civilisation numérique », *RTD eur.* 2023, p. 7, pour qui la modération « *demeure associée à une action de restriction de la communication* ».

¹⁶⁵⁴ M. LE ROY, « Les réglementations à parfaire applicables aux recommandations et à la modération des contenus proposés aux consommateurs sur les plateformes et sur les moteurs de recherche », in *Vers un droit neuroéthique ? Réflexion à partir des pratiques numériques d'influence et de manipulation des consommateurs*, IRJS Éditions, coll. Bibliothèque de l'IRJS-André Tunc, t. 136, 2025, p. 223. V. également : S. LEQUETTE, *Droit du numérique*, LGDJ-Lextenso, coll. Précis Domat Droit privé, 2024, p. 247, n° 446.

¹⁶⁵⁵ *Ibid.*, p. 224.

¹⁶⁵⁶ Règl. DSA, art. 20.

¹⁶⁵⁷ Règl. DSA, art. 21.

Mais lorsque la modération porte sur des contenus dont l'illicéité est certaine, elle constitue une sanction qui peut concerner spécifiquement un contenu et prendre la forme d'une démonétisation, d'une restriction de visibilité par rétrogradation, retrait ou blocage ou encore s'étendre à l'utilisateur par la suspension ou la suppression de son compte¹⁶⁵⁸.

Par conséquent, la modération apparaît donc comme une mesure correctrice qui ne porte pas sur la recommandation elle-même mais sur les contenus qui en font l'objet.

427. L'exclusion de la fonction de gouvernance de la recommandation numérique - La recommandation numérique a certainement à voir avec la confiance que les destinataires peuvent ressentir vis-à-vis d'elle. Comme vu précédemment, elle exerce une fonction de contrôle de la mobilité qui opère le plus souvent par la maximisation du temps passé ou la fidélisation de l'utilisateur. De prime abord, elle remplit donc une fonction de confiance selon laquelle elle apporte à son destinataire ce qu'il cherche consciemment ou non.

Néanmoins, si cela peut être vrai pour les recommandations qui s'énoncent du type « *top des ventes* », « *commentaires les plus lus* », « *titres les plus streamés* » et les résultats de recherche sollicités, il est permis de douter que la confiance soit systématiquement au cœur des recommandations numériques, en particulier lorsqu'elles ne sont ni sollicitées, ni explicites, car il apparaît difficile de faire confiance à un dispositif qui demeure somme toute invisible. Dès lors, la confiance peut être considérée comme une fonction pour certaines recommandations numériques, mais pas pour toutes.

En revanche, certains dispositifs, qui peuvent à première vue apparaître proches des recommandations numériques, remplissent à titre principal une fonction de confiance, à l'instar des notes et avis en ligne portés sur des personnes – prestataires, vendeurs – ou sur des produits – biens ou services – qui visent à réduire les frictions que créent les relations à distance et entre des personnes qui n'ont jamais été en « *relations d'affaires* » auparavant¹⁶⁵⁹. L'objet des notes et avis en ligne est alors de rassurer de futurs utilisateurs quant à la probité d'un potentiel cocontractant ou la qualité d'un produit qu'il projette d'acheter, le tout en déléguant aux utilisateurs ayant déjà eu recours à ce cocontractant ou acquis ce produit le soin d'aiguiller les prospects. Sans surprise, ce sont majoritairement les modèles d'affaires transactionnels qui recourent à ces dispositifs, triangulaires comme Airbnb, Amazon, Blablacar, ou linéaires comme les sites de marques. La fonction de confiance de ces dispositifs se double alors d'une fonction de gouvernance : les prestataires les moins bien notés peuvent apparaître en queue de

¹⁶⁵⁸ Règl. DSA, art. 17 §1.

¹⁶⁵⁹ D. CARDON, *Culture numérique*, Presses de Sciences Po, coll. Les Petites Humanités, 2019, pp. 322-323.

liste – quand ils ne sont pas tout bonnement exclus du service – de même que les produits¹⁶⁶⁰. Les notes et avis en ligne servent donc à trier le bon grain de l’ivraie en réduisant les hypothèses de mauvaises expériences en ligne.

Il n’en va pas de même pour les recommandations numériques envisagées qui ne connaissent pas de bons grains ni d’ivraies, car tous les contenus disponibles ont justement vocation à être recommandés aux utilisateurs, en tous cas en ce qui concerne les recommandations personnalisées du type « *vous pourriez aimer* ». C’est d’ailleurs leurs promesses au début des années 2000 que d’établir une « *longue traîne* »¹⁶⁶¹ permettant à des contenus de niche d’être « *trouvés* » ou « *poussés* » vers des amateurs de ces contenus à faible audience. Cette longue traîne s’observe notamment dans des modèles d’affaires transactionnels comme Amazon, mais également dans les modèles de la distribution vidéo à l’exemple de Netflix qui ne proposent pas uniquement des contenus à fort potentiel rentrant dans des « *tops* » mais également des contenus rencontrant un intérêt très aigu chez peu de destinataires des recommandations personnalisées.

B. La rationalité poursuivie par le fournisseur du contenu, objet de la recommandation numérique : entre visibilité et ressource économique

428. Une notion apparemment stricte de fournisseur de contenu : un tiers « volontaire à la relation informationnelle entre le destinataire et le fournisseur de la recommandation numérique - Le fournisseur de contenu est *a priori* extérieur à la relation informationnelle qui se tisse entre le fournisseur de la recommandation et son destinataire. Pour autant, cela ne signifie pas que l’inclusion des contenus qu’il fournit dans une recommandation numérique lui soit indifférente. Le fournisseur de contenus n’apparaît pas dans les textes relatifs aux recommandations et doit être appréhendé au regard de l’intermédiation informationnelle que la recommandation réalise. En ce sens, le fournisseur du contenu n’est ni le destinataire de la recommandation ni le fournisseur de la recommandation numérique.

La directive Omnibus modifiant la directive sur les pratiques commerciales déloyales mentionne au titre des pratiques commerciales réputées trompeuses en toutes circonstances « *le professionnel* » qui « *paie directement ou indirectement le fournisseur de la fonction de rechercher en ligne pour bénéficier d’un classement plus élevé d’un produit dans les résultats*

¹⁶⁶⁰ CH. BENAVENT, *Plateformes. Sites collaboratifs, marketplaces, réseaux sociaux ... Comment ils influencent nos choix*, FYP éditions, 2016, p. 111 et s.

¹⁶⁶¹ V. *supra* n° 26.

de recherche »¹⁶⁶² et, en ce qui concerne l'obligation de transparence relative au classement, « les professionnels » ou « les consommateurs » qui proposent par exemple des biens ou des services¹⁶⁶³. Dans ce cadre, le fournisseur du contenu, objet de la recommandation numérique, est celui qui propose un bien ou un service, proposition qui se matérialise par un contenu. Il en va de même pour le règlement P2B qui vise les « offres des entreprises utilisatrices » que ces dernières publient sur des services d'intermédiation en ligne¹⁶⁶⁴ et le règlement DMA qui inclut les services de réseaux sociaux en ligne, les services de plateforme de partage de vidéos ou d'assistants virtuels¹⁶⁶⁵. De son côté, le règlement DSA semble *a priori* viser les « informations fournies par les destinataires »¹⁶⁶⁶, autrement dit « les destinataires du service » entendus comme les personnes physiques ou morales utilisant un service intermédiaire, notamment pour rechercher une information ou la rendre accessible¹⁶⁶⁷. Dans cette perspective, il n'est point de fournisseur de contenu sans volonté de sa part de rendre accessible ledit contenu¹⁶⁶⁸.

429. L'élargissement de la notion de fournisseur du contenu : le cas du fournisseur « involontaire » de contenus - Se pose néanmoins la question de l'inclusion de contenus dans des résultats de recherche de moteurs en ligne qui « récupèrent » des contenus sans avoir été à proprement parler « fournis », autrement dit de la qualification de fournisseur de contenu applicable en dehors d'une manifestation de volonté du titulaire de droits sur le contenu. Pour certains auteurs, un service de référencement naturel¹⁶⁶⁹, bien que « simple facilité d'accès au contenu »¹⁶⁷⁰ est plus que cela : « en pratique il s'agit sans aucun doute de la méthode employée par les internautes pour accéder à un contenu, de sorte que le fournisseur de contenu se trouve dans l'obligation, pour avoir la plus grande visibilité possible, de manifester sa volonté d'être référencé. Certes, il ne faut pas omettre l'hypothèse dans laquelle le fournisseur

¹⁶⁶² Dir. (UE) 2019/2161, consid. 20. Cette nouvelle pratique commerciale réputée déloyale en toutes circonstances se trouvent désormais à l'annexe I, 11° de la dir. 2005/29/CE.

¹⁶⁶³ Dir. (UE) 2019/2161, consid 22 et art. 4 bis.

¹⁶⁶⁴ Règl. P2B, consid. 24 et art. 2 (8).

¹⁶⁶⁵ Règl. DMA, art. 2 (22).

¹⁶⁶⁶ Règl. DSA, consid. 70. Le considérant adopte donc une conception plus stricte de l'origine des contenus, objet de la recommandation numérique, que ne le laisse supposer la lecture de l'art. 3 (s) qui ne précise pas si ces informations doivent provenir des destinataires du service ou non. V. également *supra* n° 333.

¹⁶⁶⁷ Règl. DSA, art. 3 (b). L'article reprend à peu de chose près la définition contenue à l'art. 2 (d) de la dir. 2000/31/CE.

¹⁶⁶⁸ R. HARDOUIN, *La responsabilité limitée des prestataires techniques dans la loi pour la confiance dans l'économie numérique*, th. Université Versailles Saint-Quentin-en-Yvelines, 2011, p. 104, n° 138 et s.

¹⁶⁶⁹ La question ne se pose pas pour le référencement payant de contenus dans la mesure le fournisseur du contenu est lié contractuellement au fournisseur de moteur de recherche pour que le premier voit ses contenus « poussés » dans les résultats de recherche du second moyennant rémunération.

¹⁶⁷⁰ R. HARDOUIN, *La responsabilité limitée des prestataires techniques dans la loi pour la confiance dans l'économie numérique*, th. précit., p. 111, n° 149.

de contenu souhaiterait bénéficier d'un référencement ciblé [...] mais cette situation ne change rien à la qualification d'offre [...]. Si le fournisseur de contenu souhaite restreindre la communication de son contenu, ce sera à lui de mettre en place les moyens de détermination et d'identification de celles-ci et transformer sa communication publique en correspondance privée »¹⁶⁷¹. C'est notamment pour cette raison que les moteurs de recherche sont traités à part dans les textes de droit numérique. Par exemple, le règlement DSA ne les qualifie pas de « plateformes » puisqu'une plateforme appartient à la catégorie des services d'hébergement caractérisés par leur activité de stockage d'informations fournies par un destinataire du service à sa demande¹⁶⁷². De même, le règlement P2B les distingue de la manière suivante : les services d'intermédiation en ligne et les entreprises utilisatrices sont liés contractuellement contrairement aux moteurs de recherche en ligne et les utilisateurs de sites internet d'entreprise¹⁶⁷³.

430. L'élargissement de la notion de fournisseur de contenu : la fourniture du contenu par le fournisseur de la recommandation numérique - Malgré les apparences, et ce que la logique sous-entendrait, rien n'indique que les contenus objets de la recommandation numérique proviennent d'un tiers, c'est-à-dire d'un acteur autre que le fournisseur de la recommandation. Ni le droit interne ni le droit européen ne ferme en effet la porte à ce qu'un fournisseur de recommandation soit en quelque sorte « *juge et partie* »¹⁶⁷⁴, excepté dans quelques hypothèses spécifiques¹⁶⁷⁵. Le législateur en est d'ailleurs parfaitement conscient lorsqu'il vise les cas d'autopréférence ou d'autopromotion qui amènerait un fournisseur de

¹⁶⁷¹ *Ibid.* Ce raisonnement a d'ailleurs été retenu par les juges dans une affaire opposant la SAIF, société de gestion collective des auteurs des arts visuels et de l'image fixe, à Google Images à qui elle reprochait de référencer des images sans autorisation de leurs titulaires. Les juges tranchent de manière limpide : « *Considérant qu'il n'est pas sérieusement discuté que le moteur de recherche Google en cause référence automatiquement (par un robot explorateur) les images des sites internet, étant précisé qu'un éditeur de site a les moyens d'effectuer des choix lui permettant d'être référencé tout en contrôlant l'indexation ; que cet éditeur a en particulier la possibilité de poser des règles spécifiques pour chacune de ses pages et d'exclure de l'indexation les images représentées par l'utilisation de consignes (fichiers d'exclusion "robot.txt" et intégration de balises "Metarobots")* » (CA Paris, pôle 5, 1^{ère} ch., 26 janv. 2011, n° 08/13423, SAIF c/ Google : *Propriété intellectuelle*, 2011, p. 201, obs. A. Lucas).

¹⁶⁷² Règl. DSA, art. 3 (g) (iii).

¹⁶⁷³ Règl. P2B, consid. 4.

¹⁶⁷⁴ V. *supra* n° 332 et s.

¹⁶⁷⁵ Par exemple, la directive DAMUN ne traite que de l'hypothèse dans laquelle les contenus proviennent de tiers ce qui s'infère de la définition du fournisseur de service de partage de contenus en ligne selon la formulation suivante : « le fournisseur d'un service de la société de l'information dont l'objectif principal ou l'un des objectifs principaux est de stocker et de donner au public l'accès à une quantité importante d'œuvres protégées par le droit d'auteur ou d'autres objets protégés qui ont été téléversés par ses utilisateurs, qu'il organise et promeut à des fins lucratives » (art. 2 (6)).

recommandation à favoriser ses propres contenus¹⁶⁷⁶. L'idée selon laquelle les contenus objets de la recommandation sont fournis par des tiers s'explique par deux facteurs.

Le premier est pragmatique dans la mesure où les acteurs visés par les textes – plateformes et moteurs de recherche – axent leurs services et leurs modèles d'affaires en grande partie sur l'activité des utilisateurs. En réalité, et comme il a été exposé, la plupart de ces acteurs fonctionnent de façon hybride¹⁶⁷⁷.

Le second facteur qui conduit à biaiser l'analyse est davantage juridique et concerne les conditions d'engagement de responsabilité de ces acteurs en raison des contenus illicites qui circulent sur ou grâce à leurs services. C'est en effet la promesse du règlement DSA que de permettre d'assainir l'environnement numérique en le purgeant des contenus problématiques. Du point de vue de la responsabilité des acteurs, la philosophie qui prévaut n'a pas fondamentalement changé depuis la directive sur le commerce électronique. Ils ne sont responsables des contenus qu'ils hébergent et/ou mettent à disposition du public qu'à la condition qu'ils aient connaissance de l'illicéité desdits contenus. En revanche, ils demeurent responsables si l'utilisateur qui a mis en ligne ledit contenu a agi sous leur autorité ou leur contrôle et il en va *a fortiori* de même si ce sont eux qui ont mis en ligne le contenu de leur propre volonté¹⁶⁷⁸.

S'agissant de la recommandation numérique, il est vrai que l'articulation entre sa définition et le considérant y correspondant ne rend pas la lecture limpide. Si le considérant ne fait référence qu'aux « *informations fournies par les destinataires* »¹⁶⁷⁹ et pointe du doigt les effets délétères des systèmes de recommandation sur ces derniers (viralité de certains messages, impact comportemental), excluant à première vue que les contenus proviennent également du fournisseur de la recommandation, la définition du système de recommandation est beaucoup plus large puisqu'elle ne fait pas de l'origine du contenu, objet de la recommandation, un critère d'identification¹⁶⁸⁰.

431. La restriction potentielle de la notion de fournisseur de contenu : la question de la création de contenu - Un doute subsiste quant au rôle du fournisseur du contenu lorsque celui-ci est un tiers dans la mesure où il peut s'agir de celui qui crée le contenu ou de celui qui le met en ligne. De ces deux acceptions, le législateur ne semble pas avoir tranché, préférant le flou de

¹⁶⁷⁶ V. *supra* n° 332 et s.

¹⁶⁷⁷ V. *supra* n° 366.

¹⁶⁷⁸ V. *supra* n° 347.

¹⁶⁷⁹ Règl. DSA, consid. 70.

¹⁶⁸⁰ Règl. DSA, art. 3 (s).

la notion de « *fourniture* ». Par exemple, le règlement (UE) 2021/784 relatif à la lutte contre les contenus terroristes définit le fournisseur de contenus comme celui qui « *a fourni des informations qui sont stockées, ou qui l'ont été, et diffusées au public par un fournisseur de service d'hébergement* »¹⁶⁸¹. La directive DAMUN se concentre sur le « *téléversement* » des contenus par les utilisateurs¹⁶⁸². Le règlement DSA définit le destinataire du service dont les informations sont « *fournies* » par l'entremise de la recommandation comme « *toute personne physique ou morale utilisant un service intermédiaire, notamment pour rechercher une information ou la rendre accessible* »¹⁶⁸³.

D'un côté, la création de contenus peut donc sembler secondaire par rapport à l'acte de téléchargement ou de téléversement des contenus pour diffusion au public *via* le fournisseur de service, cet acte étant porteur de conséquences pour celui qui fournit donc le contenu sans en être l'auteur.

De l'autre, il est envisageable que la fourniture de contenus puisse dans certaines hypothèses englober la création de contenus et son téléchargement. C'est ici la voie suivie par le législateur dans la directive SMA qui introduit une nouvelle catégorie de fournisseurs de services aux côtés des fournisseurs de médias audiovisuels, dénommés « *services de plateformes de partage de vidéos* » qui fournissent au grand public des « *programmes* », des « *vidéos créées par l'utilisateur* » ou « *les deux* »¹⁶⁸⁴. Une vidéo créée par l'utilisateur constitue selon le texte « *un ensemble d'images animées, combinées ou non à du son, constituant un seul élément, quelle qu'en soit la longueur, qui est créé par un utilisateur et téléchargé vers une plateforme de partage de vidéos par ce même utilisateur ou par n'importe quel autre utilisateur* »¹⁶⁸⁵. Enfin, il convient d'ajouter que le fournisseur du contenu peut également céder certains droits sur son contenu, à charge pour le cessionnaire d'assurer sa mise en ligne à destination de ses utilisateurs¹⁶⁸⁶.

432. L'intérêt du fournisseur du contenu dans la recommandation numérique : une visibilité non économique - La question de l'intérêt ou non du fournisseur de contenu dans la recommandation numérique ne se pose, par hypothèse, que lorsque le fournisseur du contenu

¹⁶⁸¹ Règl. (UE) 2021/784 du PE et du Conseil du 29 avril 2021 relatif à la lutte contre la diffusion des contenus à caractère terroriste en ligne, art. 2 (2).

¹⁶⁸² Dir. DAMUN, art. 2 (6).

¹⁶⁸³ Règl DSA, art. 3 (b).

¹⁶⁸⁴ Dir. SMA, art 1 (1) (a) (*bis*).

¹⁶⁸⁵ Dir SMA, art. 1 (1) (b) (*bis*).

¹⁶⁸⁶ C'est le cas de Netflix et de Spotify par exemple.

n'est pas le fournisseur de la recommandation numérique¹⁶⁸⁷. Tiers à la relation qui s'instaure entre ce dernier et l'utilisateur, le fournisseur du contenu peut n'avoir aucun intérêt dans le fait que son contenu soit intégré dans une recommandation numérique.

Certes, son degré d'implication numérique peut se limiter à la création de contenus (statuts, *stories*, *posts*, photos, courtes vidéos, etc) et/ou au partage de contenus d'autrui et différer selon les espaces numériques mais ces pratiques « *expressivistes* »¹⁶⁸⁸ révèlent en réalité, selon certains auteurs, « *un processus de subjectivation toujours adressé à autrui et en quête de réception* »¹⁶⁸⁹, un processus d'extériorisation mais également de simulation de soi-même qui a à voir avec le rapport de l'individu avec son identité¹⁶⁹⁰. À partir du moment où l'utilisateur s'exprime sur un espace numérique, c'est qu'il s'attend à être lu, vu, qu'il sollicite consciemment ou non une réaction de la part d'autrui ce qu'il ne l'empêche pas d'adapter sa forme et son contenu expressifs selon le public auquel il s'adresse en utilisant un espace numérique plutôt qu'un autre (réseaux sociaux professionnels *versus* personnels), en paramétrant ses comptes pour moduler « *son public* » (listes fermées d'amis comme sur Facebook ou sélection de certains d'entre eux pour la diffusion de *stories* sur Instagram)¹⁶⁹¹.

Certains utilisateurs peuvent pousser leur expressivité jusqu'à ce qu'elle confine à « *l'exhib'* »¹⁶⁹² entretenue par « *de multiples artefacts proposant une métrique relationnelle (compteur d'amis, classement de popularité, notes de pertinence)* »¹⁶⁹³. Or, ce sont précisément ces métriques qui s'avèrent déterminantes dans l'inclusion d'un contenu inclusif dans une recommandation numérique¹⁶⁹⁴.

Sans aller jusqu'à l'exhibition de type égocentrique, certains fournisseurs de contenus peuvent chercher à occuper le terrain pour des raisons politiques, sociétales voire sociales non tant pour des raisons visant à construire leur propre identité que pour afficher leurs prises de position, peser sur le débat public voire faire infuser leurs idées dans l'esprit des destinataires de la recommandation numérique. Personnalités publiques, partis et/ou partisans politiques, associations, intellectuels engagés, commentateurs de la vie publique, *trolls* à la solde d'États étrangers (dans le désordre) partagent sur les réseaux sociaux leurs analyses, opinions, critiques

¹⁶⁸⁷ La question n'est en effet pas pertinente lorsque le fournisseur de la recommandation numérique est le fournisseur de contenus puisque celui-ci y a forcément un intérêt. V. *supra* n° 424.

¹⁶⁸⁸ L. ALLARD, « Émergence des cultures expressives, d'internet au mobile », *MédiaMorphoses* 2007, vol. 21, n° 1, p. 20.

¹⁶⁸⁹ *Ibid.*

¹⁶⁹⁰ D. CARDON, « Le design de la visibilité. Un essai de cartographie du web 2.0 », *Réseaux* 2008/6, n° 152, p. 93.

¹⁶⁹¹ *Ibid.*

¹⁶⁹² *Ibid.* p. 131.

¹⁶⁹³ *Ibid.*

¹⁶⁹⁴ V. *infra* n° 489.

sur les sujets chauds grâce à des *hashtags* soigneusement choisis, créés par eux-mêmes ou auxquels ils se rallient, permettant à leurs contenus d'être référencés sur les plateformes et aux utilisateurs de naviguer au sein de cette nouvelle base de données/contenus comme sur X. Si le principe d'un débat public ouvert à tous (chacun pouvant être simultanément fournisseur de contenus et destinataire d'une recommandation numérique) est louable, le référencement par *hashtag* peut avoir des effets pervers. Certaines actions coordonnées peuvent consister à faire accéder un *hashtag* au « top » des plus utilisés sur le réseau, lesquels sont en soi *a minima* illicites ou rassemblent des contenus à la licéité douteuse, terreau idéal pour une désinformation à grande échelle¹⁶⁹⁵. Au contraire, la création et le recours à des *hashtags* permettent dans le même temps de contourner la censure de certains gouvernements dont les ressortissants bénéficient d'une liberté d'expression réduite à sa portion congrue¹⁶⁹⁶.

433. L'intérêt du fournisseur du contenu dans la recommandation numérique : une ressource parfois économique - Le fournisseur du contenu peut également être intéressé par l'inclusion de son contenu dans une recommandation numérique pour des raisons proprement économiques. Il peut directement acheter de l'espace publicitaire sur un réseau social (contenus sponsorisés sur Facebook et Instagram), un moteur de recherche (résultats payants en haut de la page de résultats Google), un site de *e-commerce* (annonces sponsorisées sur Amazon, annonces « à la une » sur Le Bon Coin). L'idée consiste ici à investir dans de la publicité, le plus souvent ciblée sur les centres d'intérêt et les préférences des prospects, pour obtenir un retour sur cet investissement par la réalisation d'un achat de la part de l'utilisateur et donc développer son chiffre d'affaires.

En dehors du cas des annonceurs, les fournisseurs de contenus sont également attentifs aux recommandations numériques. Les producteurs musicaux ont tout intérêt à voir leurs titres inclus dans les playlists de Deezer ou Spotify car plus un titre est *streamé*, plus leur rémunération augmente. Cela n'est pas le cas des producteurs de films qui ne sont pas rémunérés selon le nombre de visionnages de leurs œuvres sur Netflix. Pour autant, la présence

¹⁶⁹⁵ V. par ex, le *hashtag* #JeanMichelTrogneux insinuant que Brigitte Macron serait née homme : J. PEZET, « #JeanMichelTrogneux : quelle est l'origine de la fake news transphobe visant Brigitte Macron ? », *CheckNews (Libération)*, 15 déc. 2021, accessible en ligne : https://www.liberation.fr/checknews/jeanmicheltrogneux-quelle-est-lorigine-de-la-fake-news-transphobe-visant-brigitte-macron-20211215_VADA3N3GAZDBJESOF2MYAVEII/.

¹⁶⁹⁶ En Iran, quelques heures après le crash d'hélicoptère dans lequel le président Raïssi a péri, le #Helikotlet, jeu de mots entre « hélicoptère » et « kotlet » (plat iranien composé de boulettes de viande et de pommes de terre), sert de ralliement sur X aux opposants au régime conservateur. V. : A. Jaegy, « Mort du président iranien : les origines du *hashtag* #Helikotlet, partagé par les opposants au régime », *Le Point*, 20 mai 2024, accessible en ligne : https://www.lepoint.fr/monde/mort-du-president-iranien-les-origines-du-hashtag-helikotlet-partage-par-les-opposants-au-regime-20-05-2024-2560721_24.php.

anticipée d'une œuvre dans les tops 10 de la semaine par exemple, ou la mise à disposition d'une série à succès, peuvent conduire un producteur à négocier les droits en sa faveur avec la plateforme audiovisuelle. On peut même imaginer qu'un producteur ayant négocié à faible coût une licence avec Netflix puisse renégocier avec lui son montant pour poursuivre la mise à disposition de ce titre sur la base du nombre des visionnages passé ou se fonder sur ces bons résultats pour négocier en sa faveur de futures licences sur des œuvres à venir¹⁶⁹⁷.

Les utilisateurs personnes physiques ne sont pas en reste. Dans les modèles d'affaires attentionnels, le développement d'une communauté active autour d'un utilisateur, qui a pu faire auparavant la démonstration d'un certain exhibitionnisme, peut lui permettre de « *monnayer* » son audience ou l'accès d'annonceurs à cette audience. Dans le premier cas, l'utilisateur est rémunéré en fonction des vues de ces contenus par la plateforme (TikTok, YouTube), dans le second il est sollicité par des annonceurs qui cherchent à cibler sa communauté et lui proposent de faire des « *posts* » à propos de biens ou services moyennant contrepartie¹⁶⁹⁸.

Enfin, il convient d'ajouter que la quête de l'inclusion d'un contenu dans la recommandation numérique peut mener à des stratégies de manipulation du référencement de la part de fournisseurs de contenus pour des raisons économiques ou non. Les sites de *streaming* musical sont la cible de manipulation d'écoutes en ligne visant à gonfler artificiellement le nombre de lectures d'un titre et donc la rémunération de l'auteur. Cela peut passer par des *bots* ou des personnes physiques rémunérées pour jouer un titre ou consister dans la création d'une *playlist* qui sera suivie essentiellement par des faux comptes derrière lesquels des *bots* joueront les titres en boucle¹⁶⁹⁹. La manipulation du référencement peut également prendre la forme d'un « *Google Bombing* » qui consiste pour un fournisseur de contenu à jouer sur le poids de son site ou de sa page pour faire remonter le contenu dans la liste des résultats naturels du moteur de recherche. Cette manipulation peut d'ailleurs provenir de tiers. En 2018

¹⁶⁹⁷ La grève des scénaristes à Hollywood avait notamment pour objet l'ouverture des données des distributeurs en ligne afin de prendre connaissance de la consommation exacte des films proposés sur ces « plateformes », et donc de renégocier éventuellement leurs droits : Summary of the 2023 WGA MBA, *WGA contract 2023*, accessible en ligne : <https://www.wgacontract2023.org/the-campaign/summary-of-the-2023-wga-mba>. D'autres syndicats s'étaient mis en grève à ce sujet comme le SAG-AFTRA (syndicat des acteurs). Sur ces grèves et leurs suites v. not. : K. CAMPIONE, "New WGA & SAG-AFTRA Residuals Model Explained : "Poker Face" & "Secret Invasion" Could Join "Stranger Things" & "Wednesday" in Streaming Bonus Club", *Deadline*, 30 nov. 2023, accessible en ligne : <https://deadline.com/2023/11/streaming-model-explained-sag-aftra-wga-residuals-deal-1235642995/>.

¹⁶⁹⁸ V. *supra* n° 330. V. également : Q. GILLIOTTE, D. PASQUIER, « Travailler à sa chaîne. Les vidéastes des plateformes face à leurs sources de revenus », *Réseaux* 2024/4, n° 246-247, pp. 89-126.

¹⁶⁹⁹ Centre National de la Musique, *Manipulation des écoutes en ligne*, Direction des études et de la prospective, 2021, p. 6. Cette pratique peut, selon certains avocats, servir en réalité à blanchir l'argent du narcotrafic. En amont, l'argent de la drogue sert à acheter des *streams*, en aval il se retrouve sous forme de royalties générés par les fausses écoutes.

par exemple, un internaute tapant le terme « *idiot* » dans Google et cliquant sur l'onglet « *images* » se voyait proposer des photos de Donald Trump¹⁷⁰⁰.

434. Conclusion de chapitre - La recommandation numérique est d'abord une configuration. Elle peut être à ce titre qualifiée d'intermédiation, à condition toutefois de prendre acte des glissements que cette notion a subis, en droit comme en économie. D'abord, il a fallu en clarifier les contours, tant son acception s'est fragmentée avec l'avènement du numérique, entre linéarité, triangularité, hybridation et confusion terminologique. En se recentrant sur la recommandation elle-même, cette dernière apparaît bien comme une intermédiation *per se* mais présente des particularités. Elle répond bien à une logique d'intermédiation triangulaire – entre un système, des contenus et un récepteur – tout en pouvant être envisagée, d'un point de vue personnel, comme une relation bipartite. Si la qualification de courtage informationnel est exclue, celle d'infomédiation paraît plus adéquate, avec des modifications tenant à l'origine des contenus recommandés qui ne proviennent pas nécessairement de tiers. Enfin, cette intermédiation ne peut être pensée indépendamment du contexte dans lequel elle s'inscrit : elle est souvent enchâssée dans d'autres formes d'intermédiation ou d'activités, techniques ou économiques, qui en déterminent les modalités et les effets. Ce dernier point est crucial, car il place la recommandation numérique au sein d'un système en couches auprès de son fournisseur : une couche technique qui correspond à l'hébergement et au stockage de contenus, une couche informationnelle qui concerne les contenus et les recommandations et une couche économique dans la mesure où ces dernières s'inscrivent dans un modèle d'affaires attentionnel ou transactionnel. Cette distinction permet de comprendre pourquoi un fournisseur de recommandation ne peut être tenu responsable pour les contenus proprement dits lorsqu'il ne les fournit pas lui-même.

Les fonctions de la recommandation numérique s'avèrent diverses, voire parfois contradictoires. Du point de vue du destinataire de la recommandation, cette dernière s'analyse d'abord en une aide à la décision – choisir un film, un bien, un prestataire et plus généralement se repérer au sein d'une masse de contenus – mais peut glisser facilement vers une décision de la part du fournisseur de la recommandation qui « *assigne* » une liste de contenus au destinataire non sans effet performatif. Du côté du fournisseur de la recommandation, cette

¹⁷⁰⁰ M. TURCAN, « Google bombing : le mot "idiot" est associé aux photos de Donald Trump », *Numerama*, 20 juill. 2018, accessible en ligne : <https://www.numerama.com/politique/395963-google-bombing-le-mot-idiot-est-associe-aux-photos-de-donald-trump.html>.

dernière peut également facilement passer d'une simple aide à un véritable contrôle de la mobilité du destinataire en maîtrisant son attention pour des raisons économiques (rétention, collecte de données, ...). Enfin, du côté du fournisseur du contenu (autre que le fournisseur de la recommandation), l'intérêt de voir son contenu être recommandé peut s'inscrire dans une stratégie politique, égocentrique, économique.

Chapitre 2. Le fonctionnement de la recommandation numérique

435. Du « *pour quoi* » au « *comment* » - Si la fonction s'intéresse à « *ce à quoi sert* » la recommandation numérique, son fonctionnement consiste à traiter de la façon dont elle la remplit. Son appréhension systémique (Section 1) permet d'envisager sa qualification comme traitement de données (Section 2).

Section 1. L'appréhension systémique de la recommandation numérique

436. De la recommandation numérique au système de recommandation numérique - Jusqu'ici, les termes de recommandations numériques ont été privilégiés. Mais il serait plus juste de parler de système de recommandation numérique, ce qui clarifie d'ailleurs les rapports entre la recommandation et sa matérialisation. Appréhender de façon systémique la recommandation numérique nécessite de se pencher d'abord sur la compréhension de ce caractère (§1) avant de détailler ses composantes (§2).

§1. La compréhension du caractère systémique de la recommandation numérique

437. Un système à part entière - La recommandation numérique constitue un système en soi. Cela n'est d'ailleurs pas un hasard si le règlement DSA n'envisage par les recommandations numériques mais les « *systèmes de recommandation* ». Ce caractère systémique de la recommandation numérique se doit d'être explicité, non seulement dans sa signification (A) mais également sur ses implications (B).

A. La signification du caractère systémique de la recommandation numérique

438. La définition du caractère systémique - Le qualificatif « *système* » désigne « *ce qui se rapporte à un système* », « *l'approche d'un sujet, d'un problème envisagé comme un système d'éléments en interaction* » et, par extension, « *qui est inhérent à un système, à un tout structuré* »¹⁷⁰¹. Si le terme apparaît dans le règlement DSA au sujet des risques¹⁷⁰², il semble que cela concerne davantage tout l'écosystème auquel prennent part les très grandes plateformes en ligne et les très grands moteurs de recherche en ligne¹⁷⁰³. L'expression « *système de recommandation* » est utilisée par le règlement DSA, qui le définit à l'article 3 (s) comme « *un système entièrement ou partiellement automatisé utilisé par une plateforme en ligne pour suggérer sur son interface en ligne des informations spécifiques aux destinataires du service ou pour hiérarchiser ces informations, notamment à la suite d'une recherche lancée par le destinataire du service ou en déterminant de toute autre manière l'ordre relatif ou d'importance des informations affichées* ». En d'autres termes, la recommandation numérique est en soi un système dont il importe d'envisager la nature.

439. L'inscription du caractère systémique de la recommandation numérique dans le règlement DSA - Si le règlement DSA considère la recommandation numérique en soi comme « *un système* », recourant à de nombreuses reprises aux termes de « *système de recommandation* » et parfois à ceux de « *systèmes de recommandation ou classement* »¹⁷⁰⁴, le texte utilise également le terme de système pour désigner autre chose que la recommandation numérique : les systèmes algorithmiques, les systèmes de publicité, les systèmes de modération ou encore les systèmes de traitement des plaintes.

La lecture des considérants et des dispositions relatives aux risques systémiques invite à considérer que le système de recommandation est en réalité un système algorithmique. Le considérant 84 indique que l'évaluation de ces risques par les très grandes plateformes en ligne et les très grands moteurs de recherche en ligne devraient passer « *sur les systèmes ou autres éléments susceptibles de contribuer aux risques, y compris tous les systèmes algorithmiques qui peuvent être concernés, en particulier leurs systèmes de recommandation et leurs systèmes*

¹⁷⁰¹ V° Systémique, *Dictionnaire de l'Académie Française*, 9^{ème} éd., accessible en ligne : <https://www.dictionnaire-academie.fr/article/A9S3968>.

¹⁷⁰² Règl. DSA, art. 34 et 35.

¹⁷⁰³ Règl. DSA, consid. 76.

¹⁷⁰⁴ Règl. DSA, consid. 55.

publicitaires », cette nature algorithmique de la recommandation étant reprise dans les articles 34 et 35.

Si la recommandation numérique est algorithmique, cela ne signifie pour autant pas que tous les systèmes algorithmiques constituent des systèmes de recommandation. Ces derniers doivent en effet être distingués des systèmes de publicité¹⁷⁰⁵, de modération¹⁷⁰⁶ et de traitement des plaintes. De même, cela ne doit pas signifier que ces systèmes sont étrangers aux algorithmes, à l'instar de la publicité dont le traitement est ambigu, tantôt envisagé comme un type de système algorithmique¹⁷⁰⁷, tantôt comme un système distinct des « *systèmes de recommandation et de tout autre système algorithmique pertinent* »¹⁷⁰⁸.

B. Les implications du caractère systémique de la recommandation numérique

440. L'algorithme, moyen nécessaire de la recommandation numérique -

L'appréhension du caractère systémique de la recommandation numérique invite à la considérer comme un système aboutissant à la délivrance d'une incitation formelle au moyen d'algorithmes. La Commission nationale de l'informatique et des libertés (CNIL) ou encore le Conseil d'État recourent fréquemment à l'expression « *algorithmes de recommandation* »¹⁷⁰⁹.

L'article L. 111-7, I du code de la consommation disposait, avant que la loi SREN ne le supprime¹⁷¹⁰, que l'opérateur de plateforme en ligne devait avoir pour activité « *le classement ou le référencement, au moyen d'algorithmes informatiques, de contenus, de biens ou de services proposés ou mis en ligne par des tiers* »¹⁷¹¹, ce qui avait d'ailleurs conduit les juges à débouter l'association CLCV dans le litige l'opposant à la FNAC éditant le site labo.fnac.com. Dans cette affaire, la société n'avait pas à respecter les prescriptions du texte dans la mesure où le classement des produits « *repose simplement sur un ordre antéchronologique (du plus récent au plus ancien, excluant donc par définition l'intervention d'algorithmes informatiques* »¹⁷¹².

¹⁷⁰⁵ V. *supra* n° 331.

¹⁷⁰⁶ V. *supra* n° 425 et s.

¹⁷⁰⁷ Règl. DSA, consid. 84.

¹⁷⁰⁸ Règl. DSA, art. 34.

¹⁷⁰⁹ CNIL, *Comment permettre à l'Homme de garder la main ? Les enjeux éthiques des algorithmes et de l'intelligence artificielle*, synthèse du débat public animé par la CNIL dans le cadre de la mission de réflexion éthique confiée par la loi pour une République numérique, 2017 ; Conseil d'État, *Étude annuelle 2014. Le numérique et les droits fondamentaux*, La Documentation Française, 2014.

¹⁷¹⁰ L. n° 2024-449 du 21 mai 2024 visant à sécuriser et à réguler l'espace numérique, art. 52.

¹⁷¹¹ C. consom., art. L. 111-7 I, 1° (ancien).

¹⁷¹² TJ Paris, 24 nov. 2020, *Association CLCV c / Be Labo* : CCE 2021, étude 13, comm. Ch. Gateau et P. Faron.

Pour autant, la référence au « *service reposant le classement ou le référencement, au moyen d'algorithmes informatiques* » perdure à l'article 6-4 de la LCEN.

441. L'algorithme, moyen indifférent de la recommandation numérique ? - Si la nature algorithmique de la recommandation numérique est une certitude s'agissant du règlement DSA, il faut néanmoins noter que d'autres textes européens sont plus flous. L'algorithme semble parfois être envisagé comme un moyen parmi d'autres.

Le considérant 23 de la directive Omnibus indique que « *les professionnels ne devraient pas être tenus de divulguer le fonctionnement détaillé de leurs mécanismes de classement, notamment les algorithmes* ». Le considérant 19 de la directive précise à propos du classement qu'il rend compte « *de la priorité relative accordée aux offres des professionnels ou de la pertinence donnée aux résultats de recherche, tels qu'ils sont présentés, organisés ou communiqués par les fournisseurs de la fonction de recherche en ligne, notamment celles résultant de l'utilisation du séquençage algorithmique, de mécanismes d'évaluation ou de notation, de la mise en surbrillance, d'autres outils de mise en évidence ou d'une combinaison de ces différents moyens* »¹⁷¹³. Pourtant, les orientations de la Commission européenne relative à la directive sur les pratiques commerciales déloyales considèrent que les moteurs de recherche « *permettent de rechercher les informations sur Internet selon un algorithme spécifique* »¹⁷¹⁴.

En réalité, l'algorithme apparaît bien comme le moyen privilégié de la recommandation numérique. La référence au « *séquençage algorithmique* » dans la directive Omnibus et le règlement P2B est sur ce point intéressante, dans la mesure où il s'agit de la seule occurrence du terme « *algorithme* », ce qui n'est certainement pas anodin. Les deux textes ne citent le séquençage algorithmique que comme un exemple parmi d'autres des moyens du classement, ce que confirment les lignes directrices relatives au règlement P2B lorsqu'elles relient le séquençage aux « *résultats en réponse à une requête de recherche* »¹⁷¹⁵, ouvrant la voie à d'autres moyens lorsque le classement ne s'inscrit pas dans le cadre d'une recherche en ligne. Ce traitement du séquençage algorithmique est en réalité problématique puisqu'il résulte de l'appréhension des moyens du classement – « *séquençage algorithmique* », « *mécanismes*

¹⁷¹³ Ce passage est repris au considérant 24 du règl. P2B.

¹⁷¹⁴ Commission européenne, *Orientations concernant l'interprétation et l'application de la directive 2005/29/CE du Parlement européen et du Conseil relative aux pratiques commerciales déloyales des entreprises vis-à-vis des consommateurs dans le marché intérieur*, C/2021/9320, 29 déc. 2021, pt. 4. 2. 3.

¹⁷¹⁵ Commission européenne, *Lignes directrices concernant la transparence en matière de classement conformément au règlement (UE) 2019/1150 du Parlement européen et du Conseil*, C/2020/8579, 29 mai 2019, pt. 36.

d'évaluation ou de notation », « *mise en surbrillance* », « *autres outils de mise en évidence* » ou « *combinaison de ces différents moyens* » – que le législateur mêle phase amont (construction) et aval (délivrance) de la recommandation numérique, de même qu'il mixe les phases invisibles et visibles de la recommandation numérique. Ce faisant, il sous-entend que l'algorithme ne serait présent que dans l'un de ces moyens – le séquençage – et donc absent des autres. Si cette conception du classement est conforme à l'esprit du texte, « *neutre technologiquement* »¹⁷¹⁶, cela n'empêche pas ses lignes directrices de le considérer comme « *une forme de prise de décision algorithmique, fondée sur les données* »¹⁷¹⁷ ou d'évoquer « *la nature intrinsèquement dynamique du classement (reposant habituellement sur des algorithmes)* »¹⁷¹⁸.

442. L'algorithme, moyen suffisant de la recommandation numérique ? - Tous les textes traitant de la recommandation numérique n'ont pas la même portée. Il en va ainsi de la directive Omnibus et des orientations de la Commission européenne sur le texte. De nature consumériste, ces dernières ont un champ d'application large afin de protéger le consommateur, en particulier en ce qui concerne la notion de recommandation. Le point 23 *quater* de la directive sur les pratiques commerciales déloyales, telle que modifiée par la directive Omnibus, considère par exemple que constitue une pratique commerciale déloyale en toutes circonstances le fait « *d'envoyer ou charger une autre personne morale ou physique d'envoyer de faux avis ou de fausses recommandations de consommateurs, ou déformer des avis de consommateurs ou des recommandations sociales afin de promouvoir des produits* ». Sans préciser s'il s'agit d'avis, de recommandations de consommateur ou de recommandations sociales, le considérant 49 de la directive Omnibus évoque les mentions « *j'aime* » sur les réseaux sociaux, tandis que les orientations de la Commission européenne citent « *les pratiques relatives aux faux suiveurs, aux fausses réactions et aux fausses opinions* »¹⁷¹⁹ mêlant recommandations et avis de même que les éléments qui participent de leurs constructions.

Pour autant, il semble que le législateur ait bien en tête, même si ce n'est pas à titre exclusif, la nature algorithmique de la recommandation numérique. À propos du point 23 *quater*, le considérant 49 de la directive Omnibus précise que la recommandation peut consister « *à extrapoler des recommandations sociales lorsque l'interaction positive d'un utilisateur*

¹⁷¹⁶ *Ibid.*, pt. 21.

¹⁷¹⁷ *Ibid.*, pt. 11.

¹⁷¹⁸ *Ibid.*, pt. 46.

¹⁷¹⁹ Commission européenne, *Orientations concernant l'interprétation et l'application de la directive 2005/29/CE du Parlement européen et du Conseil relative aux pratiques commerciales déloyales des entreprises vis-à-vis des consommateurs dans le marché intérieur*, précit., pt. 4. 2. 4.

avec un certain contenu en ligne est reliée ou transférée à un contenu différent mais associé, créant ainsi l'apparence que cet utilisateur a également une opinion positive de ce contenu ». De même, la Commission européenne donne l'exemple de la pratique consistant à « *relier les recommandations de consommateurs à d'autres contenus que ceux que le consommateur avait en tête* »¹⁷²⁰. Le droit de la consommation mis à part, l'algorithme apparaît bien comme le moyen privilégié de la recommandation numérique. Ceci a été évoqué à propos du règlement P2B, mais c'est également le cas de la directive SMA qui définit le service de plateformes de partage de vidéos comme « *un service [...] dont l'organisation est déterminée par le fournisseur de la plateforme de partage de vidéos, à l'aide notamment de moyens automatiques ou d'algorithmes, en particulier l'affichage, le balisage et le séquençement* »¹⁷²¹.

Moyen privilégié, l'algorithme n'est pas nécessairement le seul moyen de la recommandation numérique et un doute réside dans la compréhension de cette expression. De deux choses l'une : ou bien l'on considère que la recommandation est soit algorithmique, soit autre chose ; ou bien l'on affirme qu'elle est algorithmique et peut s'y ajouter autre chose. Cette seconde option est privilégiée. Le développement sur la référence au séquençage algorithmique et son interprétation par la Commission démontre en réalité un mélange des genres entre ce qui relève de l'amont et de l'aval, de l'invisible et du visible, de la construction et de la délivrance de la recommandation numérique. Dire que la recommandation numérique est nécessairement algorithmique ne signifie pas qu'elle le soit en totalité. C'est ce que confirme le règlement DSA qui l'envisage comme un « *système entièrement ou partiellement automatisé* »¹⁷²² et c'est sans doute comme cela qu'il faut comprendre le recours à l'adverbe « *notamment* » à propos des algorithmes dans l'appréhension du classement ou des services de plateformes de partage de vidéos en ligne.

443. L'humain, moyen potentiel et additionnel de la recommandation numérique - Affirmer que l'algorithme est le moyen nécessaire de la recommandation numérique ne signifie pas qu'il en soit le moyen suffisant. Il reste donc à savoir ce que pourraient constituer ces autres moyens de la recommandation numérique, à la fois potentiels et additionnels, dont les textes et leurs interprétations fournissent des pistes. De prime abord, il apparaît que l'algorithme s'oppose à l'humain. Pour rappel, le considérant 19 de la directive Omnibus et le considérant 24 du règlement P2B indiquent que « *le classement rend compte de la priorité relative accordée*

¹⁷²⁰ *Ibid.*, pt. 4. 2. 4.

¹⁷²¹ Dir. SMA, art. 1 (a) (*bis*). Là encore, l'article opère une confusion entre ce qui relève de la construction de la recommandation numérique et sa délivrance.

¹⁷²² Règl. DSA, art. 3 (s).

aux offres des professionnels ou de la pertinence donnée aux résultats de recherche, tels qu'ils sont présentés, organisés ou communiqués par les fournisseurs de la fonction de recherche en ligne, notamment celles résultant de l'utilisation du séquençage algorithmique, de mécanismes d'évaluation ou de notation, de la mise en surbrillance, d'autres outils de mise en évidence ou d'une combinaison de ces différents moyens ». Certes, les lignes directrices relatives au règlement P2B fournissent des pistes d'interprétation mais celles-ci sont sujettes à critiques.

D'une part, les exemples donnés mêlent des moyens qui ne sont pas comparables dans la mesure où certains ont trait à la construction du classement (le séquençage, l'évaluation ou la notation) et d'autres à sa délivrance (surbrillance, outils de mise en évidence).

D'autre part, les lignes directrices réservent le séquençage algorithmique aux recommandations qui font suite à une requête, ce qui est malencontreusement trop restrictif, rien n'empêchant les recommandations non sollicitées d'être également de nature algorithmique.

Enfin, elles entretiennent une ambiguïté quant à la nature formelle de la recommandation numérique en indiquant que « *les fournisseurs de services d'intermédiation en ligne peuvent, par exemple, combiner des listes ordonnées de résultats de recherche avec des résultats issus du classement payant et des éléments rédactionnels tels que des recommandations, dans une seule interface intégrée. Ils peuvent également différencier ces listes ordonnées, par exemple en utilisant des marquages, des annotations ou des titres différents, à différents endroits de la page (c'est-à-dire, quelle que soit la "position" des biens ou services concernés dans la liste)* »¹⁷²³. Non seulement la recommandation est ici assimilée à des « *éléments rédactionnels* », autrement dit des contenus, c'est-à-dire de la substance, mais le texte sous-entend qu'il convient de distinguer ce qui relève de l'algorithme et de l'humain.

Sur le premier point, il convient de préciser que tout comme la directive Omnibus et le règlement P2B, ces lignes directrices ont été prises avant le vote des règlements DMA et DSA, ce qui n'est certainement pas anodin.

Sur le second point, il faut considérer que cette opposition algorithme *versus* humain est inappropriée car fautive. Un algorithme est toujours le fruit d'une volonté et d'un travail humain, ne serait-ce que dans la définition de sa fonction, la description de son fonctionnement, son paramétrage ou encore son évaluation. Considérer qu'une recommandation numérique est de nature algorithmique n'exclut – et ne doit pas exclure – la possibilité d'une prise en main ou

¹⁷²³ Commission européenne, *Lignes directrices concernant la transparence en matière de classement conformément au règlement (UE) 2019/1150 du Parlement européen et du Conseil*, précit., pt. 37.

d'une intervention humaine – rédactionnelle ou technique, de même que cela ne signifie pas que les contenus qui en font l'objet sont nécessairement l'œuvre d'un humain.

§2. Les composantes systémiques de la recommandation numérique

444. Données et algorithmes, éléments constitutifs du système de recommandation numérique - Le caractère systémique explicité, il doit maintenant être décomposé afin d'en saisir les éléments constitutifs. Un système de recommandation repose en effet sur deux éléments fondamentaux dont l'articulation est déterminante pour comprendre son fonctionnement technique et donc juridique : les données, qui en sont le carburant (A), et les algorithmes, qui en sont les actants (B).

A. Les données, carburant du système de recommandation numérique

445. Une notion ambiguë et diverse - Les données sont au fondement du fonctionnement du système de recommandation. Mais leur qualification n'est ni simple ni homogène. Notion ambiguë (1), la donnée fait l'objet de multiples catégorisations (2).

1. L'ambiguïté de la notion de donnée

446. Le rapport ténu entre donnée et information - Il ressort de l'analyse de la notion d'information que cette dernière est très polysémique¹⁷²⁴. L'information est en réalité un genre, formé d'une forme et d'une substance¹⁷²⁵, tout comme le contenu à la fois contenu et contenant, voire support de surcroît¹⁷²⁶. La donnée est également très proche conceptuellement de la notion d'information. L'information peut d'un côté être vue comme « *une donnée – ou un ensemble de*

¹⁷²⁴ V. *supra* n° 97 et s.

¹⁷²⁵ V. *supra* n° 106 et s.

¹⁷²⁶ V. *supra* n° 279.

données – mise en forme, transmise et interprétée par un récepteur »¹⁷²⁷, de l'autre « *la représentation d'une information sous forme conventionnelle* »¹⁷²⁸ ou son véhicule¹⁷²⁹.

447. La gradation entre donnée, information et connaissance - Le rapport de la donnée à l'information, puis à la connaissance, doit donc ici être précisé à travers un exemple concret. La donnée est la description élémentaire d'une réalité, l'information est ce que l'on obtient en organisant et en structurant un ensemble de données, c'est-à-dire le sens que l'on en tire et la connaissance l'ensemble « *des faits considérés comme vrais dans l'univers d'un locuteur, des lois (règles logiques) propres à cet univers* »¹⁷³⁰. Le relevé d'une température à un instant *t* dans une station météo est une donnée, une courbe des températures moyennes dans cette même station est une information et l'analyse qu'on peut en dégager – l'augmentation de la température sur Terre – est une connaissance¹⁷³¹. D'un point de vue analytique, il existerait donc une gradation entre ces trois objets.

448. La donnée, traduction numérique de l'information dans l'univers numérique - Dans une perspective informatique, la donnée dont il est question est de nature numérique. Elle constitue une « *représentation interprétable d'informations, d'une manière formalisée, adaptée à la communication, l'interprétation ou le traitement* »¹⁷³². La donnée numérique est un *bit*, c'est-à-dire une variable qui peut prendre la valeur 0 ou 1¹⁷³³. Une information est donc une suite de *bits* qu'il faut formaliser afin d'en faciliter le traitement par la machine qui pourra l'interpréter, la faire circuler d'un point A à B¹⁷³⁴. Cette « *symbolisation* » peut couvrir « *tout énoncé linguistique, allant de la simple information à l'œuvre littéraire* »¹⁷³⁵. Tout deviendrait ainsi du numérique « *en puissance* » et, ce qui est numérisé, ne serait plus qu'information¹⁷³⁶.

Ce glissement sémantique se retrouve dans le domaine juridique. Le RGPD par exemple définit les données à caractère personnel comme « *toute information se rapportant à une*

¹⁷²⁷ M. BIGOT-DESTREGUIL, *Le bien-information*, th. Université Paris I, 2017, p. 67, n° 100.

¹⁷²⁸ V° Donnée, 4°, *Dictionnaire de l'Académie Française*, 9^{ème} éd., accessible en ligne : <https://www.dictionnaire-academie.fr/article/A9D3040>.

¹⁷²⁹ O. HANCE, « La notion de l'information en droit. Cadre conceptuel et application au droit communautaire », *Informatica e diritto*, XXXVIII Annata 2012, vol. XXI, n° 1, p. 36.

¹⁷³⁰ S. ABITEBOUL, V. PEUGEOT, *Terra Data. Qu'allons-nous faire des données numériques ?*, Le Pommier-Universcience, 2017, p. 30.

¹⁷³¹ *Ibid.*, p. 29.

¹⁷³² Norme ISO/IEC 2382 : 2015.

¹⁷³³ S. ABITEBOUL, V. PEUGEOT, *Terra Data. Qu'allons-nous faire des données numériques ?*, op. cit., p. 18 et s.

¹⁷³⁴ J. GROSSA, « Les données non personnelles : un tech-checking », *Dalloz IP/IT* 2020, p. 213.

¹⁷³⁵ PH. GAUDRAT, F. SARDAIN, *Traité de droit civil du numérique*, t. 1, *Droit des biens*, Larcier, 2015, n° 10, p. 24.

¹⁷³⁶ *Ibid.*, n° 11, p. 24. V. également : N. Purtova, "The law of everything. Broad concept of personal data and future of EU data protection law", *Law, Innovation and Technology* 2018, vol. 10, n° 1, p. 53.

*personne physique identifiée ou identifiable (...) »*¹⁷³⁷. Le groupe « *Article 29* », instauré par la directive 95/46/CE relative à la protection des données à caractère personnel des personnes physiques et remplacé par l'EDPB (ou CEPD en français), dit « *G29* »¹⁷³⁸, en fait la première condition pour qu'une donnée puisse être qualifiée de donnée personnelle¹⁷³⁹, ce qui sous-entendrait qu'une donnée, comme espèce d'information, aurait nécessairement un sens.

Mais pour une partie de la doctrine, il réside tout de même une difficulté conceptuelle entre information et donnée¹⁷⁴⁰. Pour certains, dans la mesure où l'information serait égale à « *donnée + sens* »¹⁷⁴¹, la donnée ne serait donc pas synonyme d'information, elle n'en serait qu'une des conditions d'existence. Pour d'autres, la condition relative à la signification n'a de sens que pour les êtres humains¹⁷⁴².

Le règlement DGA confirme la dimension formelle de la donnée tout en semblant élargir ce qui peut être mis en donnée. Les données sont en ce sens « *toute représentation numérique d'actes, de faits ou d'informations et toute compilation de ces actes, faits ou informations, notamment sous la forme d'enregistrements sonores, visuels ou audiovisuels* »¹⁷⁴³.

De son côté, la directive 2019/770 relative à certains aspects concernant les contrats de fourniture de contenus numériques et de services numériques définit le contenu numérique comme « *des données produites et fournies sous forme numérique* »¹⁷⁴⁴, pouvant éventuellement conduire à considérer la notion de donnée comme une « *méta-notion englobant tous les éléments circulant sous forme numérique* »¹⁷⁴⁵.

¹⁷³⁷ RGPD, art. 4 (1).

¹⁷³⁸ Art. 68 à 76 du RGPD. L'EDPB a endossé un certain nombre des avis et lignes directrices du G29 dont celles relatives à au concept de données personnelles, à la prise de décision automatisée et au profilage, à la portabilité des données. V. EDPB, *Endorsment 1/2018*, 25 mai 2018.

¹⁷³⁹ G29, *Avis 4/2007 sur le concept de données à caractère personnel*, 01248/07/FR, WP 136, 20 juin 2007, p. 6.

¹⁷⁴⁰ S. GUTWIRTH, G. GONZALEZ FUSTER, « L'éternel retour de la propriété des données : de l'insistance d'un mot d'ordre », in *Law, norms and freedoms in cyberspace. Droit, normes et libertés dans le cybermonde, Liber amicorum Y. Pouillet*, dir. S. Dusollier, E. Degrave, C. de Terwangne et R. Queck, Larcier, coll. CRIDS, 2018, pp. 117-140 ; M. FINCK, F. PALLAS, "They who must not be identified – distinguishing personal from non-personal data under the GDPR", *International Data Privacy Law* 2020, vol. 10, n° 1, p. 13 ; H. ZECH, "A legal framework for a data economy in the European Digital Single Market : rights to use data", *Journal of Intellectual Property Law & Practice* 2016, vol. 11, n° 6, p. 462.

¹⁷⁴¹ L. FLORIDI, "Is Information Meaningful Data ?", *Philosophy and Phenomenological Research* 2005, vol. 70, n° 2, p. 351.

¹⁷⁴² M. HILDEBRANDT, "Law as Computation in the Era of Artificial Legal Intelligence. Speaking Law to the Power of Statistics", *University of Toronto Law Journal* 2018, vol. 68, n° 1, p. 12.

¹⁷⁴³ DGA, art. 2 (1). Le DGA reprend à l'identique la définition des données du DMA (art. 2 (20)).

¹⁷⁴⁴ Dir. (UE) 2019/770, art 2 (1).

¹⁷⁴⁵ V.-L. BENABOU, « Une cinquième liberté de circulation numérique ? Est-ce possible ? Est-ce utile ? », *RTD eur.* 2021, p. 279.

Il convient ici de revenir sur la distinction entre couche basse et couche haute des réseaux même si elle a révélé son imperfection¹⁷⁴⁶. L'information doit être vue comme un terme générique, neutre technologiquement, contrairement aux espèces « *contenus* » et « *données* ». Le contenu est une information qui circule et qui se donne à voir dans la couche haute. Le terrain d'élection de la donnée est la couche basse permettant à l'information d'être traitée, c'est-à-dire collectée, encodée, désencodée, stockée, transmise, ...¹⁷⁴⁷. Considérée sous cet angle, la donnée n'est qu'une traduction numérique d'un contenu sous forme de 1 et de 0. Tout contenu peut donc être traduit numériquement, c'est-à-dire séquencé en *bits*, et ce tout au long de sa vie, y compris sa circulation elle-même.

2. Les catégorisations existantes des données

449. Des cadres opérants mais discutés - La donnée est souvent catégorisée selon le domaine dans lequel elle se rencontre. Elle peut être financière, d'intérêt général, ouverte, médicale, ... Trois classifications – imparfaites – permettent d'en saisir la complexité : données brutes *versus* travaillées (a), données *versus* métadonnées (b), données personnelles *versus* non personnelles (c).

a. La distinction entre données brutes et données travaillées

450. La question des données à l'état de nature : l'exemple de la propriété littéraire et artistique - En droit de la propriété littéraire et artistique, il est d'usage de distinguer les données ou informations « *brutes* », qui resteraient en dehors de la protection du droit d'auteur et les données ou informations « *travaillées* », aptes à être protégées en tant qu'œuvres de l'esprit. Les unes, parce que dépourvues de forme, resteraient en dehors de la protection tandis que les autres pourraient y prétendre, car pourvues de cette forme, à la condition supplémentaire d'être originales. Pour certains, « *l'information brute n'est en définitive que l'information considérée dans un état antérieur à tout enrichissement* »¹⁷⁴⁸, comme en témoigne une décision du tribunal de Marseille selon laquelle « *dans le domaine de la science*

¹⁷⁴⁶ V. *supra* n° 257 et s.

¹⁷⁴⁷ V. *supra* n° 257.

¹⁷⁴⁸ M. VIVANT, J.-M. BRUGUIÈRE, *Droit d'auteur et droits voisins*, Dalloz, coll. Précis, 5^{ème} éd., 2024, p. 234, n° 162.

archéologique, les règles et méthodes de recherche et de connaissance, les données matérielles résultant des fouilles, de découvertes doivent être considérées comme acquises au fonds commun, mais chaque savant est en mesure de construire des hypothèses, des explications ou des reconstitutions qui lui demeurent personnellement acquises. Dans un tel domaine, la création consiste dans un rapprochement original de données matérielles et intellectuelles »¹⁷⁴⁹. La distinction entre données/informations brutes et œuvres est pourtant sujette à discussion « dans la mesure où l'information, par essence, nécessite une forme d'expression et où la donnée n'existe pas à l'état de nature mais est souvent "le produit" de l'esprit humain »¹⁷⁵⁰.

Au-delà de la question du seuil de protection, une auteure note le rapprochement entre données et œuvres de l'esprit dans l'univers numérique¹⁷⁵¹. La directive (UE) 2019/770 relative à certains aspects concernant les contrats de fourniture de contenus numériques et de services numériques appréhende les contenus numériques comme des « *données produites et fournies sous forme numérique* »¹⁷⁵² et cite à titre d'exemples les fichiers musicaux, les livres électroniques ou encore les programmes informatiques¹⁷⁵³. Dès lors, la notion de donnée engloberait celle d'œuvre de l'esprit¹⁷⁵⁴. Il en ressortirait donc une tension entre circulation (des données) et protection (des œuvres de l'esprit)¹⁷⁵⁵.

b. La distinction entre données et métadonnées

451. La définition des métadonnées - Les données doivent être distinguées des métadonnées, littéralement les « *données sur les données* ». Le terme est rarement utilisé en tant que tel dans les textes, encore moins défini¹⁷⁵⁶.

¹⁷⁴⁹ T. civ. Marseille, 11 avr. 1957 : D. 1957, p. 369.

¹⁷⁵⁰ V.-L. BENABOU (prés.), *Droit de la propriété littéraire et artistique, données et contenus numériques*, rapp. présenté au CSPLA, sept. 2018 p. 20. V. également dans le domaine statistique : D. CARDON, *A quoi rêvent les algorithmes. Nos vies à l'heure du Big Data*, Le Seuil – La République des Idées, 2015, p. 56.

¹⁷⁵¹ M. CLÉMENT-FONTAINE, « La convergence du droit de la propriété littéraire et artistique et du « droit des données » : une fatalité ? » in *Penser le droit de la pensée, Mélanges en l'honneur de Michel Vivant*, LexisNexis-Dalloz, 2020, p. 97.

¹⁷⁵² Dir. (UE) 2019/770, art. 2 (1).

¹⁷⁵³ Dir. (UE) 2019/770, consid. 19.

¹⁷⁵⁴ M. CLÉMENT-FONTAINE, « La convergence du droit de la propriété littéraire et artistique et du « droit des données » : une fatalité ? », précit., p. 99.

¹⁷⁵⁵ *Ibid.*, p. 101 et s.

¹⁷⁵⁶ Exception faite de la proposition de règlement du PE et du Conseil sur la gouvernance des données (COM/2020/767 final) qui le définissait à l'article 2 (4) comme « *les données collectées sur toute activité d'une personne physique ou morale aux fins de la fourniture d'un service de partage de données, notamment la date, l'heure et les données de géolocalisation, la durée de l'activité et les connexions établies avec d'autres personnes physiques ou morales par la personne qui utilise le service* ». Mais cette définition n'a pas été reprise dans le texte

La Convention de Budapest définit les « *données relatives au trafic* », c'est-à-dire « *toutes données ayant trait à une communication passant par un système informatique, produites par ce dernier en tant qu'élément de la chaîne de communication, indiquant l'origine, la destination, l'itinéraire, l'heure, la date, la taille et la durée de la communication ou le type de service-sous-jacent* »¹⁷⁵⁷.

En droit européen, la catégorie des métadonnées regroupe en réalité deux types de données¹⁷⁵⁸ : les données de trafic, c'est-à-dire « *toutes les données traitées en vue de l'acheminement d'une communication par un réseau de communications électroniques ou de sa facturation* »¹⁷⁵⁹ et les données de localisation, autrement dit « *toutes les données traitées dans un réseau de communications électroniques indiquant la position géographique de l'équipement terminal d'un utilisateur d'un service de communications électroniques accessible au public* »¹⁷⁶⁰.

452. La métadonnée, une « enveloppe » de données - La catégorie des métadonnées est en réalité extrêmement large et leur unité réside dans leur distinction avec la donnée originelle qu'elles concernent. La fonction de la métadonnée est ainsi étroitement liée à cette dernière sans pour autant être confondue avec elle. Dans cette perspective la donnée est un « *contenu* » et la métadonnée « *son contenant* ».

Une photo au format numérique peut générer par exemple une multitude de métadonnées : les métadonnées que l'appareil lui a associées (celles de l'appareil lui-même comme la marque, le modèle, la version du logiciel, celles relatives au format comme la résolution, la dimension ou l'horodatage, celles relatives à la prise de vue comme l'exposition, le recours à un flash, la géolocalisation), les métadonnées qui s'ajoutent au transfert de la photo sur l'ordinateur (date de création du fichier, de modification), les métadonnées ajoutées par l'auteur de la photo lui-même (dossier, nom du dossier et du fichier, *tag*). Si la photo est ensuite mise en ligne sur un réseau social, d'autres métadonnées s'y ajoutent : les métadonnées produites automatiquement par le service (date de mise en ligne, URL associée), celles produites par l'utilisateur qui la met en ligne (titre, description, *tag*) et celles produites par les

final.

¹⁷⁵⁷ Convention sur la cybercriminalité, 23 nov. 2001, STE 185, art. 1 (d).

¹⁷⁵⁸ A. DEROUILLÉ, « L'exploitation généralisée et indifférenciée des données de connexion en question », *Rev. UE* 2022, p. 332.

¹⁷⁵⁹ Dir. 2002/58/CE du PE et du Conseil du 12 juillet 2002 concernant le traitement des données à caractère personnel et la protection de la vie privée dans le secteur des communications électroniques (directive vie privée et communications électroniques, dite *e-privacy*), art. 2 (b).

¹⁷⁶⁰ Dir. 2002/58/CE, art. 2 (c). V. également : EDPB, *Lignes directrices 4/2020 relatives à l'utilisation de données de localisation et d'outils de recherche de contacts dans le cadre de la pandémie de COVID-19*, 21 avr. 2020.

autres utilisateurs de façon consciente (commentaires, *likes*) ou inconsciente (nombre de vues)¹⁷⁶¹.

Les métadonnées peuvent donc être classées en diverses catégories en fonction de leur provenance (ascendantes lorsqu'elles proviennent des utilisateurs eux-mêmes comme les *tags* ou descendantes¹⁷⁶²), de leur fonction (descriptives, juridiques, techniques, liées à l'usage, ...¹⁷⁶³), de leur localisation (internes, externes, encapsulées ou englobantes¹⁷⁶⁴). Les métadonnées servent alors à mettre en relation les données sur lesquelles elles portent¹⁷⁶⁵, permettant de faciliter l'accès à l'information, aidant à la recherche de contenus¹⁷⁶⁶ ou rendant les données originelles exploitables par un système¹⁷⁶⁷. Plus encore, elles ne servent pas uniquement à identifier et décrire un objet informationnel mais renseignent sur la façon dont se comporte cet objet, ses fonctions et usages, ses relations avec d'autres¹⁷⁶⁸ et peuvent également servir de preuve¹⁷⁶⁹.

453. Données versus métadonnées, une distinction dépassée - La distinction entre les métadonnées et la donnée perd de sa praticabilité et donc de sa pertinence¹⁷⁷⁰. Il était en effet d'usage de considérer la donnée comme un message et la métadonnée comme l'enveloppe qui

¹⁷⁶¹ D. BOULLIER, M. CRÉPEL, « Biographie d'une photo numérique et pouvoir des tags », *Revue d'anthropologie des connaissances*, 2013/4, vol. 7, n° 4, pp. 785-813.

¹⁷⁶² O. LE DEUFF, « Contrôle des métadonnées et contrôle de soi », *Études de communication* 2011, n° 36, p. 23.

¹⁷⁶³ Observatoire de la Culture et des Communications du Québec, *État des lieux sur les métadonnées relatives aux contenus culturels*, Institut de la statistique du Québec, Gouvernement du Québec, oct. 2017, p. 18 et s. ; J. RILEY, "Understanding Metadata. What is Metadata and What is it for ?", NISO, 2017, p. 6 ; D. TCHÉHOUALI, J. PLAMONDON, *Données d'usage et usage des données à l'ère des plateformes. De la nécessité d'un encadrement réglementaire pour une meilleure affirmation de notre souveraineté numérique*, ISOC Québec, Coalition pour la Culture et les Médias (CCM), 2019, p. 7.

¹⁷⁶⁴ M.-E. FRÉON, « Les métadonnées : accès aux ressources électroniques », in *La recherche d'information sur les réseaux. Cours INRIA 30 septembre-4 octobre 2002, Le Bono*, dir. J.-C. Le Moal, B. Hidoine et L. Calderan, ADBS éd., 2002 ; CH. FLEURY, « XML et les métadonnées. Irruption dans la sphère bibliographique », *Arabesques* 2012, n° 67, pp. 8-9 ; P. GINGRAS, F. SENÉCAL, « Métadonnées : plaider pour des mal aimées et des incomprises », *Revue du Barreau* 2015, t. 74, p. 249.

¹⁷⁶⁵ A. SERRES, I. BALLARINI-SANTONOCITO, « Entretien avec Bernard Stiegler », *Mediadoc* 2009, n° 2.

¹⁷⁶⁶ F. BANAT-BERGER, C. HUC, « Section 9 – Métadonnées », *Portail international archivistique francophone*, 2011, p. 3.

¹⁷⁶⁷ B. BACHIMONT, *Arts et sciences du numérique. Ingénierie des connaissances et critique de la raison computationnelle*, mémoire HDR, Université de Compiègne, 2004, p. 244

¹⁷⁶⁸ A. J. GILLALAND, "Setting the Stage", in *Introduction to Metadata*, M. Barca (Ed.), Getty Research Institute, 3^{ème} éd., 2016, accessible en ligne : <https://www.getty.edu/publications/intrometadata/setting-the-stage/>.

¹⁷⁶⁹ M. MUNIER *et al.*, « Métadonnées & aspects juridiques. Vie privée vs sécurité de l'information », 9^{ème} Conférence sur la sécurité des architectures réseaux et des systèmes d'information (SARSSI'2014), Saint-Germain-au-Mont-d'Or, mai 2014.

¹⁷⁷⁰ T. GILL, "Metadata and the Web", in *Introduction to Metadata*, M. Barca (Ed.), Getty Research Institute, 3^{ème} éd., 2016, accessible en ligne : <https://www.getty.edu/publications/intrometadata/metadata-and-the-web/> ; A. CAVOUKIAN, *A Primer on Metadata : Separating Fact from Fiction*, Information and Privacy Commissioner, Ontario, Canada, 2013, p. 4.

le renferme¹⁷⁷¹. L'avènement du numérique rend cette image obsolète et il serait plus exact de parler de *continuum* entre données et métadonnées¹⁷⁷².

D'une part, les métadonnées peuvent en dire autant que les données sur lesquelles elles portent, ce qui n'est pas sans conséquence en matière de protection de la vie privée¹⁷⁷³.

D'autre part, une même donnée peut être à la fois une donnée et une métadonnée vis-à-vis d'autres données¹⁷⁷⁴. C'est le cas des *hashtags* sur les réseaux sociaux comme X qui consiste pour un utilisateur à adjoindre à un contenu un mot-clef permettant de le référencer sur les réseaux sociaux, de sorte que lorsqu'un autre utilisateur clique ou tape le mot-clef dans la barre de recherche de ces services tous les contenus « *appareillés* » au *hashtag* apparaissent sous forme de liste. Plusieurs décisions ont porté ces dernières années sur le référencement de contenus illicites, par exemple au moyen des *hashtags* *#unbonjuif* et *#unjuifmort*. Pour autant, la question posée aux juges ne portait pas sur la licéité des *hashtags* eux-mêmes mais sur le dispositif de signalement des contenus référencés par les *hashtags* sur le réseau social X, à l'époque encore appelé Twitter¹⁷⁷⁵. Dans le cadre du mouvement *#balancetonporc*, la question portée en justice portait cette fois la licéité d'un contenu en considération du *hashtag* sans qu'une distinction claire ne soit opérée entre les deux¹⁷⁷⁶. Dès lors, il n'est pas exclu qu'un *hashtag*, c'est-à-dire une métadonnée, puisse lui-même constituer un contenu en soi dans la mesure où il peut servir à « *contextualiser* » le contenu.

¹⁷⁷¹ ACLU of California, *Metadata. Piecing Together a Privacy Solution*, 2014, p. 4.

¹⁷⁷² M. MORELL, cité dans ACLU of California, *Metadata. Piecing Together a Privacy Solution*, précit., p. 3.

¹⁷⁷³ Commissariat à la protection de la vie privée du Canada, *Métadonnées et vie privée : un aperçu technique et juridique*, oct. 2014, p. 4 ; CJUE, 8 avr. 2014, aff. jtes C-293-12 et C-594/12, *Digital Rights Ireland Ltd*, §§27-28 : *RLDI* 2014/104, n° 3426, note E. Derieux ; *ibid.*, n° 3464, obs. L. Costes ; *AJDA* 2014, p. 1147, note M. Aubert, E. Broussy et H. Cassagnabère ; *D.* 2014, p. 1355, note C. Castets-Renard ; *LPA* 2 oct. 2014, n° 197, p. 16, obs. J.-B. Duclercq.

¹⁷⁷⁴ ACLU of California, *Metadata. Piecing Together a Privacy Solution*, précit., p. 4 ; P. ANDRÉ *et al.*, « The Metadata is the Message », Web Science Workshop at WWW'08, China, 21 avr. 2008 ; Commissariat à la protection de la vie privée du Canada, *Métadonnées et vie privée : un aperçu technique et juridique*, précit. ; T. BERNERS-LEE, « Metadata architecture », W3C Consortium, 1997, accessible en ligne : <https://librarytechnology.org/document/8675/>.

¹⁷⁷⁵ TGI Paris, réf., 24 janv. 2013, n° 13/50262, *UEJF et a. c/ Twitter Inc. et Sté Twitter France* : *RLDI* 2013, n° 90, obs. E. Derieux ; *D.* 2013, p. 300, obs. C. Manara ; *CCE* 2013, comm. 58, obs. A. Lepage ; *Légipresse* 2013, p. 235, note N. Mallet-Poujol – CA Paris, 12 juin 2013, n° 13/06106, *UEJF c/ Twitter* : *D.* 2013, p. 1614, obs. C. Manara ; *ibid.*, 2013, p. 2487, obs. J. Larrieu, C. Le Stanc et P. Tréfigny.

¹⁷⁷⁶ TGI Paris, 17^{ème} ch., 25 sept. 2019, n° 18/00402 : *CCE* 2019, comm. 70, obs. A. Lepage – CA Paris, pôle 2, ch. 7, 31 mars 2021, n° 19/19081 : *D.* 2022, p. 872, obs. C. Le Magueresse ; *Légipresse* 2022, p. 253, obs. N. Mallet-Poujol ; *JCP G* 2021, p. 517, note E. Derieux ; *CCE* 2021, comm. 45, obs. A. Lepage – Cass. civ. 1^{ère}, 11 mai 2022, n° 21-16.497 : *D.* 2022, p. 1071, note Ch. Bigot ; *D.* 2023, p. 137, obs. E. Dreyer ; *Gaz. Pal.* 6 sept. 2022, p. 65, étude S. Lavric.

c. La distinction entre données personnelles et données non personnelles

454. Des informations nominatives aux données à caractère personnel - La donnée est bien souvent appréhendée de façon catégorielle. Elle peut être économique, financière, démographique, publique, d'intérêt général, culturelle, ouverte, ... Parmi les catégories de données les plus connues figurent les données à caractère personnel, autrefois dénommées « *informations nominatives* ». Selon la loi du 6 janvier 1978 relative à l'informatique, aux fichiers et aux libertés, les informations « *réputées nominatives* » visaient « *les informations qui permettent, sous quelque forme que ce soit, directement ou non, l'identification des personnes physiques auxquelles elles s'appliquent, que le traitement soit effectué par une personne physique ou une personne morale* »¹⁷⁷⁷.

Le glissement sémantique vers les « *données à caractère personnel* » se fait à la faveur de la directive relative à la protection des personnes physiques à l'égard du traitement des données à caractère personnel et à la libre circulation de ces données¹⁷⁷⁸ et perdure tant en droit français lors des modifications de la loi informatique et libertés qu'en droit européen au sein du RGPD. Ce règlement les définit comme « *toute information se rapportant à une personne physique identifiée ou identifiable (ci-après dénommée "personne concernée") ; est réputée être une "personne physique identifiable" une 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* »¹⁷⁷⁹.

Ce glissement sémantique, autant que la définition étoffée des « *données à caractère personnel* », ont pu faire naître un doute sur le rapport entre ces deux notions, certains considérant que la notion de données à caractère personnel n'englobait pas celle des informations nominatives¹⁷⁸⁰, d'autres, qu'elle la recouvrait¹⁷⁸¹.

¹⁷⁷⁷ L. n° 78-17 du 6 janvier 1978 relative à l'informatique, aux fichiers et aux libertés, art. 4.

¹⁷⁷⁸ Dir. 95/46/CE du PE et du Conseil, du 24 octobre 1995, relative à la protection des personnes physiques à l'égard du traitement des données à caractère personnel et à la libre circulation de ces données, art. 2 (a).

¹⁷⁷⁹ RGPD, art. 4 (1).

¹⁷⁸⁰ J. EYNARD, *Les données personnelles. Quelle définition pour un régime efficace ?*, Michalon, 2013, p. 87 et s. Pour l'auteur, au contraire des informations nominatives, les données à caractère personnel sont relatives à l'essence humaine et hors de contrôle de la personne autant intellectuellement que juridiquement.

¹⁷⁸¹ V.-L. BENABOU, « L'extension du domaine de la donnée », *Legicom* 2017, p. 3.

455. La binarité des données et l'appréhension large des données à caractère personnel

- Le droit de la protection des données à caractère personnel repose sur un postulat binaire¹⁷⁸² : il existe d'un côté les données à caractère personnel conférant à l'individu certains droits (opposition, rectification, oubli, ...) et les données à caractère non personnel définies en creux, c'est-à-dire comme des « *données autres que les données à caractère personnel* »¹⁷⁸³.

La catégorie des données à caractère personnel s'avère extrêmement large. Le G29 a eu l'occasion de passer en revue les quatre conditions de qualification¹⁷⁸⁴. Il faut tout d'abord être en présence d'une information. Cette dernière peut être objective ou subjective¹⁷⁸⁵, vraie ou fausse¹⁷⁸⁶. Son contenu peut porter sur la vie privée *stricto sensu* ou sur le comportement¹⁷⁸⁷, qu'importe le format de cette information (alphanumérique, graphique, biométrique)¹⁷⁸⁸. Cette information doit être en lien avec une personne qui peut s'apprécier en considération du contenu de l'information (l'information est *sur* la personne), de sa finalité (l'information est destinée à être utilisée pour évaluer, traiter ou influencer sur son statut ou son comportement) ou de son résultat (l'utilisation de l'information est susceptible d'impacter les droits et intérêts de la personne)¹⁷⁸⁹. Cette personne doit être ensuite identifiée – elle se distingue au sein d'un groupe de personnes – ou identifiable – elle peut l'être – par des moyens directs comme le nom ou indirects comme un numéro de téléphone¹⁷⁹⁰, une adresse IP statique¹⁷⁹¹ ou dynamique¹⁷⁹².

¹⁷⁸² M. FINCK, F. PALLAS, "They who must not be identified – distinguishing personal from non-personal data under the GDPR", *International Data Privacy Law* 2020, vol. 10, n° 1, p. 12 ; P. M. Schwartz, D. J. Solove, "The PII Problem : Privacy and a New Concept of Personally Identifiable information", *New-York University Law Review* 2011, vol. 86, p. 1814 ; K. FAVRO, « « Les données non personnelles » : un nouvel objet juridique », *Dalloz IP/IT* 2020, p. 234.

¹⁷⁸³ V. par ex : DGA, art. 2 (4) ; Règl. (UE) 2018/1807 du PE et du Conseil du 14 novembre 2018 établissant un cadre applicable au libre flux des données à caractère non personnel dans l'Union européenne, art. 3 (1).

¹⁷⁸⁴ G29, *Avis 4/2007 sur le concept de données à caractère personnel*, 01248/07/FR, WP 136, 20 juin 2007, p. 6 et s.

¹⁷⁸⁵ A ce titre, les avis et les appréciations apposées sur une copie d'examen constituent des informations subjectives pouvant être qualifiées de données à caractère personnel : CJUE, 20 déc. 2017, aff. C-434/16, *Nowak* : *Europe* 2018, comm. 42, note A. Rigaux ; *RLDI* 2018/145, n° 5165, obs. L. Costes ; *CCE* 2018, comm. 23, note N. Metallinos.

¹⁷⁸⁶ G29, *Avis 4/2007 sur le concept de données à caractère personnel*, précit., p. 7.

¹⁷⁸⁷ *Ibid.*, pp. 7-8.

¹⁷⁸⁸ *Ibid.*, p. 8 et s.

¹⁷⁸⁹ *Ibid.*, p. 6 et s. Pour une mise en application, v. : CJUE, 20 déc. 2017, aff. C-434/16, *Nowak*, §35 : *Europe* 2018, comm. 42, note A. Rigaux ; *RLDI* 2018/145, n° 5165, obs. L. Costes ; *CCE* 2018, comm. 23, note N. Metallinos – CJUE, 4 mai 2023, aff. C-487/21, *F. F. c/ Österreichische Datenschutzbehörde*, §24 : *JCP* 2023, 914, doct. G. Loiseau – CJUE, 7 mars 2024, aff. C-604/22, *IAB Europe c/ Gegevensbeschermingsautoriteit*, §37 : *Dalloz IP/IT* 2024, p. 246, obs. E. Rançon ; *RTD com.* 2024, p. 667, note Th. Douville.

¹⁷⁹⁰ CJUE, 6 nov. 2003, aff. C-101/01, *Lindqvist* : *Europe* 2004, comm. 18, note F. Mariatte ; *CCE* 2004, comm. 46, note R. Munoz ; *D.* 2004, p. 1062, note L. Burgogue-Larsen ; *RSC* 2004, p. 712, obs. L. Idot.

¹⁷⁹¹ CJUE, 24 nov. 2011, aff. C-70/10, *Scarlet Extended* : *CCE* 2012, comm. 63, note A. Debet ; *ibid.*, étude 3, note A. Neri ; *Gaz. Pal.* 2012, n° 46, p. 20, obs. L. Marino ; *RLDI* 2012/79, n° 2622, comm. C. Castets-Renard ; *Prop. intell.* 2012, n° 42, p. 47, obs. V.-L. Benabou ; *D.* 2012, p. 2347, obs. P. Tréfigny ; *ibid.*, p. 2851, obs. P. Sirinelli.

¹⁷⁹² CJUE, 19 oct. 2016, aff. C-582/14, *Breyer* : *Europe* 2016, comm. 444, obs. F. Gazin ; *CCE* 2016, comm. 104, obs. N. Metallinos ; *RLDI* 2016/134, n° 4944, note B. Pautrot ; *RLDI* 2016/132, n° 4411, note B. Spitz ; *RLDI* 2016/131, n° 4087, obs. L. Costes ; *Dalloz IP/IT* 2017, p. 120, obs. G. Péronne et E. Daoud.

Enfin, la personne concernée doit être une personne physique vivante, ce qui exclut les personnes morales et les personnes physiques décédées.

B. Les algorithmes, actants du système de recommandation numérique

456. L’algorithme, objet de toutes les attentions dans l’univers numérique du droit -

L’actant est en quelque sorte le « *sujet* » de la recommandation numérique dans son rapport avec les données. Si les données alimentent le système de recommandation, les algorithmes les agencent, les catégorisent, les analysent. La notion d’algorithme, essentiellement technique, doit donc être caractérisée (1) avant de présenter les catégorisations – juridiques ou non – dont il fait l’objet (2).

1. La caractérisation des algorithmes

457. Des fonctions et des méthodes - Cantonner l’algorithme à une seule fonction est réducteur. L’algorithme est en réalité apte à remplir toutes les fonctions qu’un humain pourrait lui assigner. Cette pluralité de fonctions assumée par l’algorithme (a) est permise par la diversité des méthodes informatiques (b).

a. Les fonctions de l’algorithme

458. Définition et origine des algorithmes - Dérivé du surnom du mathématicien persan du VIII^{ème} siècle Al-Khuwarizimi, puis de l’espagnol *alguarismo* (*l’art de compter*)¹⁷⁹³, l’algorithme désigne à l’origine une méthode de pensée permettant « *de résoudre un problème en suivant un ordre de tâches logiques et organisées* »¹⁷⁹⁴. Les algorithmes sont en réalité millénaires, des tablettes permettant de résoudre des équations datant plusieurs millénaires ayant été retrouvées en Mésopotamie¹⁷⁹⁵.

¹⁷⁹³ V^o Algorithme, Centre National de Ressources Textuelles et Lexicales, accessible en ligne : <https://www.cnrtl.fr/definition/algorithme>.

¹⁷⁹⁴ L. HUTTNER, *La décision de l’algorithme. Étude de droit privé sur les relations entre l’humain et la machine*, préf. J. Rochfeld, Dalloz, coll. Nouvelle Bibliothèque de Thèses, vol. 235, 2024, p. 63, n° 74.

¹⁷⁹⁵ S. ABITEBOUL, G. DOWEK, *Le temps des algorithmes*, Le Pommier, 2017, p. 26 ; CNIL, *Comment permettre à l’Homme de garder la main ? Les enjeux éthiques des algorithmes et de l’intelligence artificielle*, synthèse du débat public animé par la CNIL dans le cadre de la mission de réflexion éthique confiée par la loi pour une

Si son terrain d'élection est à l'origine mathématique¹⁷⁹⁶, c'est en informatique que le terme fait florès où il désigne « *la description d'une suite finie et non ambiguë d'étapes permettant d'obtenir un résultat à partir d'éléments fournis en entrée* »¹⁷⁹⁷. Dans cette perspective, l'algorithme fait donc partie des éléments immatériels d'un système informatique par opposition aux éléments matériels (ordinateur, téléphone, câble)¹⁷⁹⁸. Parmi les éléments immatériels, il se distingue du logiciel et du programme. Le premier est une suite d'instructions adressées à un ordinateur afin de lui faire accomplir une opération, formulées dans un langage (code source) et traduites en langage binaire – des *bits* de valeur 0 ou 1 – pouvant être comprises par l'ordinateur (code objet) tandis que le second est l'ensemble de ces instructions déchiffrables par la machine pour lui « *faire indiquer, faire accomplir ou faire obtenir une fonction, une tâche ou un résultat particulier* »¹⁷⁹⁹. L'algorithme, en ce qu'il contient ces instructions, « *détermine la méthode qui sera suivie par le logiciel pour résoudre un problème* »¹⁸⁰⁰.

Juridiquement, il a pu être écrit que l'algorithme n'était soumis à aucune définition juridique autonome¹⁸⁰¹, affirmation fondée sur les trois éléments suivants : appartenant au domaine des idées¹⁸⁰², il est avant tout un processus¹⁸⁰³ permettant de résoudre un problème¹⁸⁰⁴.

République numérique, 2017, p. 15.

¹⁷⁹⁶ S. ABITEBOUL, G. DOWEK, *Le temps des algorithmes*, op. cit., p. 12.

¹⁷⁹⁷ CNIL, *Comment permettre à l'Homme de garder la main ? Les enjeux éthiques des algorithmes et de l'intelligence artificielle*, précit., p. 5.

¹⁷⁹⁸ S. MERABET, *Vers droit de l'intelligence artificielle*, préf. H. Barbier, Dalloz, coll. Nouvelle Bibliothèque de Thèses, vol. 197, 2020, p. 52, n° 27.

¹⁷⁹⁹ *Ibid.*, p. 53, n° 28.

¹⁸⁰⁰ *Ibid.* p. 55. V. également : CNIL, *Comment permettre à l'Homme de garder la main ? Les enjeux éthiques des algorithmes et de l'intelligence artificielle*, précit., p. 15.

¹⁸⁰¹ L. HUTTNER, *La décision de l'algorithme. Étude de droit privé sur les relations entre l'humain et la machine*, op. cit., p. 69, n° 82.

¹⁸⁰² L'appartenance de l'algorithme au domaine des idées avait été affirmée dès 2005 par la Cour de cassation (Cass. civ. 1^{ère}, 13 déc. 2005, n° 03-21.154 : *JCP* 2006, 103, obs. C. Caron ; *JCP E* 2006, 1895, obs. M. Vivant, N. Mallet-Poujol et J.-M. Bruguière) ce que la directive 2009/24/CE du PE et du Conseil du 23 avr. 2009 relative à la protection juridique des programmes d'ordinateur énonce dans son article 2. V. ultérieurement : CJUE, 2 mai 2012, aff. C-406/10, *SAS Institute Inc.*, §32 : *RLDI* 2012, n° 78, p. 21, note M. Trézéguet ; *ibid.*, n° 83, p. 6, note C. Castets-Renard ; *Europe* 2012, p. 284, note L. Idot ; *D.* 2012, p. 2324, obs. C. Le Stanc ; *Gaz. Pal.* 2012, n° 214, p. 13, obs. L. Marino – Cass. civ. 1^{ère}, 29 nov. 2013, n° 12-20.687 : *D.* 2014, p. 2317, obs. J. Larrieu ; *ibid.* p. 2078, obs. P. Sirinelli ; *RTD com.* 2013, p. 708, note F. Pollaud-Dulian.

¹⁸⁰³ CNIL, *Comment permettre à l'Homme de garder la main ? Les enjeux éthiques des algorithmes et de l'intelligence artificielle*, précit., p. 15 ; T. GILLESPIE, "The Relevance of Algorithms", in *Media Technologies. Essays on Communication*, T. Gillespie, P. J. Boczkowski and K. A. Foot (Eds), MIT Press, 2014, p. 167 ; S. ABITEBOUL, G. DOWEK, *Le temps des algorithmes*, Le Pommier, 2017, p. 11.

¹⁸⁰⁴ S. ABITEBOUL, G. DOWEK, *Le temps des algorithmes*, Le Pommier, 2017, p. 11 ; S. MERABET, *Vers droit de l'intelligence artificielle*, op. cit., p. 54, n° 29 ; CNIL, *Comment permettre à l'Homme de garder la main ? Les enjeux éthiques des algorithmes et de l'intelligence artificielle*, précit., p. 15.

Parfois qualifié de « *robot* »¹⁸⁰⁵, le terme d’algorithme est moins polysémique¹⁸⁰⁶ et a l’avantage d’être neutre, donc accueillant¹⁸⁰⁷.

459. La ou les fonctions de l’algorithme ? - Algorithme et recommandation vont souvent de pair, amenant à considérer qu’un algorithme produit nécessairement une recommandation. Or, l’algorithme est d’abord « *un procédé qui permet de résoudre un problème* » à l’instar d’une « *recette de cuisine* »¹⁸⁰⁸, une procédure codée permettant « *de transformer des données d’entrée en un produit souhaité, à partir de calculs spécifiés* »¹⁸⁰⁹, « *une série d’opérations réalisées afin de résoudre un problème particulier ou obtenir un résultat défini* »¹⁸¹⁰.

Un algorithme n’a donc pas pour unique fonction de produire une recommandation. Tout dépend du problème que son concepteur souhaite lui faire régler ou du résultat auquel il souhaite le faire aboutir. Certes, il peut avoir pour fonction d’aider à la décision¹⁸¹¹ mais il est difficilement soutenable d’affirmer que l’unité des algorithmes réside généralement dans leurs fonctions, en particulier celle-ci. Une calculatrice électronique fonctionne grâce à des algorithmes de calculs qui réalisent les opérations désirées mais les résultats fournis ne sont pas des recommandations. Les algorithmes – d’origine mathématique et de fonctionnement informatique – ont en réalité des fonctions diverses : calculer au premier chef mais également gérer de l’information, communiquer, explorer, ...¹⁸¹². Leur point commun réside en réalité davantage dans leur fonctionnement c’est-à-dire l’automatisation de tâches accomplies normalement par des humains¹⁸¹³, même s’il est vrai que lorsque le terme est utilisé en droit, ce sont certains types d’algorithmes qui sont visés : les algorithmes de recommandation¹⁸¹⁴.

¹⁸⁰⁵ V. par ex à propos de l’indexation de pages web : CA Paris, ch. 5, sect. B, 19 mars 2009. V. également : G. LOISEAU, M. BOURGEOIS, « Du robot en droit à un droit des robots », *JCP G* 2014, 1231.

¹⁸⁰⁶ Certains auteurs rappellent que le terme de robot s’attache aussi bien à une « *reproduction artificielle de l’être humain* » renvoyant à une forme d’intelligence qu’à une simple machine telle que le robot ménager ou industriel : S. MERABET, *Vers droit de l’intelligence artificielle*, op. cit., p. 63, n° 39.

¹⁸⁰⁷ L. HUTTNER, *La décision de l’algorithme. Étude de droit privé sur les relations entre l’humain et la machine*, op. cit., p. 22, n° 20.

¹⁸⁰⁸ S. ABITEBOUL, G. DOWEK, *Le temps des algorithmes*, Le Pommier, 2017, p. 11.

¹⁸⁰⁹ T. GILLESPIE, “The Relevance of Algorithms”, in *Media Technologies. Essays on Communication*, précit., p. 167.

¹⁸¹⁰ N. DIAKOPOULOS, “Algorithmic Accountability : Journalistic Investigation of Computational Power Structures”, *Digital Journalism* 2015, vol. 3, n° 3, p. 400.

¹⁸¹¹ S. MERABET, *Vers droit de l’intelligence artificielle*, préf. H. Barbier, Dalloz, coll. Nouvelle Bibliothèque de Thèses, vol. 197, 2020, p. 79, n° 56.

¹⁸¹² S. ABITEBOUL, G. DOWEK, *Le temps des algorithmes*, op. cit., p. 37 et s.

¹⁸¹³ CNIL, *Comment permettre à l’Homme de garder la main ? Les enjeux éthiques des algorithmes et de l’intelligence artificielle*, synthèse du débat public animé par la CNIL dans le cadre de la mission de réflexion éthique confiée par la loi pour une République numérique, 2017, p. 18.

¹⁸¹⁴ La CNIL ne dit pas autre chose lorsqu’elle affirme que « *les algorithmes de recommandation, s’ils ne constituent techniquement qu’une fraction des différents types d’algorithmes, constituent une partie de la question* » : *ibid*, p. 19.

b. Les méthodes algorithmiques

460. La méthode *item-to-item* - Les premiers algorithmes de recommandation apparaissent dans les années 90 et fonctionnent sur un mode documentaire adapté à la recherche d'informations¹⁸¹⁵. Ces systèmes 1.0 reposent sur l'identification des ressources appelées « *items* » (vidéos, articles, pages *web*, ...) au moyen de leurs métadonnées (type de ressource, durée, format, thème, genre, ...). Lorsqu'un utilisateur effectue une requête dans une barre de recherche pour trouver un contenu, l'algorithme propose ou classe les résultats de son analyse en fonction du nombre d'occurrences des mots-clefs tapés par l'utilisateur dans le contenu et les balises l'accompagnant. C'est ce que l'on appelle la méthode *item-to-item*¹⁸¹⁶.

461. La méthode *user-to-item* - La méthode *user-to-item* émerge à la suite du développement du web 2.0 marqué par la production de contenus par les utilisateurs et donc leur augmentation significative. Chaque utilisateur se voit attribuer un profil à partir de ses évaluations qui peuvent être actives (achats passés, *likes*) et/ou passives (temps passé sur un site, consultation fréquente d'un contenu, recherches effectuées sur les moteurs de recherche). L'algorithme pousse alors les contenus vers l'utilisateur en se fondant sur leurs similarités selon la formule suivante : « *si l'utilisateur X aime le produit A et que A ressemble au produit B alors X aime B* »¹⁸¹⁷.

462. La méthode *user-to-user* - La troisième méthode algorithmique se fonde sur la logique *user-to-user* et donc sur le rapprochement des profils des utilisateurs comportant des similarités. Concrètement, l'algorithme va proposer à un utilisateur des contenus similaires que d'autres utilisateurs aux caractéristiques proches ont positivement évalué passivement ou activement selon la logique suivante : « *si l'utilisateur X ressemble aux utilisateurs U, V, W (...) et si U, V, W (...) aiment le produit A, alors X aime A* »¹⁸¹⁸.

¹⁸¹⁵ V. *supra* n° 74. Pour un bref historique, v. : H. HACHOUR *et al.*, « Espaces sémiocognitifs : les frontières des systèmes de recommandation », in *Les moteurs et systèmes de recommandation*, dir. G. Kembellec, G. Chartron et I. Saleh, ISTE éditions, coll. Systèmes d'information, web et informatique ubiquitaire, 2014, p. 164.

¹⁸¹⁶ J.-S. VAYRE, *Des machines à produire des futurs économiques. Sociologie des intelligences artificielles marchandes à l'ère du big data*, th. Université Toulouse, 2016, p. 504.

¹⁸¹⁷ *Ibid.*, p. 506.

¹⁸¹⁸ *Ibid.*

463. Cumul des méthodes algorithmiques - Chaque méthode comportant des inconvénients (démarrage à froid, hyperpersonnalisation, ...) ¹⁸¹⁹, les algorithmes de recommandation fonctionnent bien souvent de façon hybride ¹⁸²⁰. Ainsi, le *Page Rank* de Google tient compte des mots-clefs tapés dans la barre de recherche mais également de l'historique de navigation de l'internaute. De même, les recommandations « *automatiques* » de Deezer mêlent plusieurs logiques algorithmiques : « *contenu* » en proposant des titres proches du genre musical qu'écoute l'utilisateur ; « *collaborative* » en prenant en compte le comportement des utilisateurs qui présentent des similarités avec ce dernier. Mieux, les algorithmes de recommandation intègrent de plus en plus des données contextuelles relativement au comportement numérique de l'internaute, contexte qui peut être temporel, spatial ou technique ¹⁸²¹.

464. L'IA, du fantasme à la réalité - L'IA est définie par deux de ses fondateurs comme « *la science et l'ingénierie de la fabrication de machines intelligentes, en particulier de programmes informatiques intelligents* » ¹⁸²², « *la science qui consiste à faire faire aux machines ce que l'homme ferait moyennant une certaine intelligence* » ¹⁸²³. Si l'expression apparaît formellement en 1956 dans le cadre de la conférence de Dartmouth organisée en 1956 par John McCarthy et Marvin Minsky ¹⁸²⁴, la question fondamentale que pose cette intelligence, à savoir « *les machines peuvent-elles penser ?* », est en réalité formulée dès 1950 par Alan Turing ¹⁸²⁵.

Aujourd'hui au cœur de l'actualité, le terme d'IA est sujet à caution. D'une part, il est permis de douter que l'intelligence – au sens humain du terme – puisse être partagée à la fois par un être de chair et d'os et par une machine ¹⁸²⁶. D'autre part, l'IA convoque tout à la fois un

¹⁸¹⁹ Le démarrage à froid, par exemple, désigne le cas où un système de recommandation est incapable de recommander un contenu parce qu'il manque d'informations sur un utilisateur et/ou un contenu (p. 113). L'hyperpersonnalisation se produit lorsque le système de recommandation propose à l'utilisateur des contenus trop proches de ceux qu'il a précédemment « évalués ». Sur ces questions, v. : J. BOBADILLA *et al.*, « Recommender Systems Survey », *Knowledge-Based Systems* 2013, vol. 46, p. 109.

¹⁸²⁰ V. *supra* n° 78.

¹⁸²¹ R. PAGANO *et al.*, « The Contextual Turn : from Context-Aware to Context-Driven Recommender Systems », in *RecSys'16 : Proceedings of the 10th ACM Conference on Recommender Systems*, ACM, 2016, p. 252.

¹⁸²² J. MCCARTHY, « What Is Artificial Intelligence », *Formal Reasoning Group*, 2007, accessible en ligne : <http://www-formal.stanford.edu/jmc/whatisai/node1.html>.

¹⁸²³ M. MINSKY, cité dans CNIL, *Comment permettre à l'Homme de garder la main ? Les enjeux éthiques des algorithmes et de l'intelligence artificielle*, synthèse du débat public animé par la CNIL dans le cadre de la mission de réflexion éthique confiée par la loi pour une République numérique, 2017, p. 16.

¹⁸²⁴ J. MCCARTHY *et al.*, « A proposal for the Dartmouth summer research project on artificial intelligence », 31 août 1955.

¹⁸²⁵ A. TURING, « Computing Machinery and Intelligence », *Mind* 1950, vol. LIX, n° 236, p. 433.

¹⁸²⁶ Conseil d'État, *Intelligence artificielle et action publique : construire la confiance, servir la performance*, Étude à la demande du Premier ministre, 2022, p. 28.

discours apocalyptique et à l'inverse emphatique¹⁸²⁷. En ce sens, il serait d'ailleurs plus juste de parler d'intelligences artificielles au pluriel. Lorsque l'on parle d'IA, il s'agit en réalité bien souvent d'IA dite « *faible* » ou « *étroite* », c'est-à-dire très spécialisée, attachée à remplir des tâches précises (jeux, reconnaissance d'image, logiciels experts médicaux, bancaires, ...) ¹⁸²⁸ par opposition à l'IA « *forte* » ou « *générale* » qui fait référence à « *des systèmes susceptibles de devenir complètement autonomes qui pourraient même se retourner contre l'homme* » ¹⁸²⁹.

465. L'IA, entre continuité et rupture en matière algorithmique - Le développement du *machine learning* ou apprentissage automatique dans les années 80, puis du *deep learning* ou apprentissage profond dans les années 2010, a contribué à redynamiser un champ de recherche qui avançait auparavant par à-coups¹⁸³⁰. D'une IA symbolique ou cognitiviste renvoyant à une logique de déduction qui requerrait que « *les chercheurs construisent des structures décisionnelles détaillées, compréhensibles par l'homme, pour traduire la complexité du monde réel et aider les machines à parvenir à des décisions semblables à celles des humains* » ¹⁸³¹, on passe à une IA statistique ou connexionniste fondée sur l'induction¹⁸³². Dans le cadre du *machine learning*, un algorithme va remplir des tâches qu'un humain lui donne à partir d'exemples que ce dernier lui a fournis précédemment¹⁸³³. C'est dans le cadre de ce processus ou d'induction ou d'inférence, que l'algorithme apprend : en extrayant une règle générale à partir d'un ensemble de cas particuliers¹⁸³⁴. Il ne s'agit donc plus de programmation mais d'auto-configuration¹⁸³⁵. Cet apprentissage est dit supervisé dans le cas décrit précédemment mais il peut également être non supervisé lorsque « *les données sont fournies brutes à*

¹⁸²⁷ *Ibid.*, p. 26. V. également : CNIL, *Comment permettre à l'Homme de garder la main ? Les enjeux éthiques des algorithmes et de l'intelligence artificielle*, précit., p. 2 ; L. JULIA, *L'intelligence artificielle n'existe pas*, First, coll. Documents, 2019, p. 10 ; W. AZOULAY, « Des machines et des hommes. La guerre n'aura pas lieu », *Droit et société* 2019, vol. 3, n° 103, p. 595 ; C. VILLANI, *Donner un sens à l'intelligence artificielle. Pour une stratégie nationale et européenne*, rapp. remis au Premier ministre, 2018, p. 9.

¹⁸²⁸ CNIL, *Comment permettre à l'Homme de garder la main ? Les enjeux éthiques des algorithmes et de l'intelligence artificielle*, précit., p. 16 ; OCDE, *L'intelligence artificielle dans la société*, éd. OCDE, 2019, p. 24.

¹⁸²⁹ CNIL, *Comment permettre à l'Homme de garder la main ? Les enjeux éthiques des algorithmes et de l'intelligence artificielle*, précit., p. 19 ; OCDE, *L'intelligence artificielle dans la société*, précit., p. 24.

¹⁸³⁰ CNIL, *Comment permettre à l'Homme de garder la main ? Les enjeux éthiques des algorithmes et de l'intelligence artificielle*, précit., p. 16 ; Conseil d'État, *Intelligence artificielle et action publique : construire la confiance, servir la performance*, précit., p. 239 ; OCDE, *L'intelligence artificielle dans la société*, précit., p. 22.

¹⁸³¹ OCDE, *L'intelligence artificielle dans la société*, précit., p. 29.

¹⁸³² M. MINSKY, "Logical versus Analogical or Symbolic versus Connectionist or Neat versus Scruffy", *AI Magazine* 1991, vol. 12, n° 2, p. 34. En pratique, la plupart des systèmes d'IA conjuguent les deux approches : OCDE, *L'intelligence artificielle dans la société*, précit., p. 30 ; D. CARDON *et al.*, « La revanche des neurones. L'invention des machines inductives et la controverse de l'intelligence artificielle », *Réseaux* 2018/5, n° 211, p. 173.

¹⁸³³ E. ALPAYDIN, *Introduction to Machine Learning*, MIT Press, 2004, p. 13.

¹⁸³⁴ W. AZOULAY, « Des machines et des hommes. La guerre n'aura pas lieu », art. précit., p. 601.

¹⁸³⁵ A. BENSAMOUN, J. FARCHY (prés.), *Intelligence artificielle et culture*, rapp. CSPLA, janv. 2020, p. 8.

*l'algorithme qui élabore sa propre classification et est libre d'évoluer vers n'importe quel état final lorsqu'un motif ou un élément lui est présenté »*¹⁸³⁶. Dès lors, si l'IA est porteuse de rupture, celle-ci se situe dans ce glissement d'algorithmes déterministes à des algorithmes probabilistes¹⁸³⁷.

Pour le reste, les algorithmes ont en réalité la même fonction, c'est-à-dire automatiser des tâches accomplies par un humain¹⁸³⁸. C'est d'ailleurs l'approche retenue par le législateur européen s'agissant de l'IA : l'envisager en fonction de ses usages et corrélativement ses risques¹⁸³⁹. Un système d'IA est ainsi défini comme « *un système automatisé qui est conçu pour fonctionner à différents niveaux d'autonomie et peut faire preuve d'une capacité d'adaptation après son déploiement, et qui, pour des objectifs explicites ou implicites, déduit, à partir des entrées qu'il reçoit, la manière de générer des sorties telles que des prédictions, du contenu, des recommandations ou des décisions qui peuvent influencer les environnements physiques ou virtuels* »¹⁸⁴⁰. Le texte distingue quatre classes de systèmes d'IA selon leurs risques : inacceptables, à haut risque, comportant des risques spécifiques en matière de transparence et risques minimaux. De surcroît, il encadre les modèles d'IA à usage général qui comportent l'IA générative (chatGPT, Mindjourney, ...) qui peuvent selon les cas relever des quatre catégories susmentionnées. D'un point de vue strictement technique et fonctionnel, les algorithmes de recommandation ne diffèrent pas radicalement des algorithmes classiques déterministes ni probabilistes. À supposer que l'on puisse parler de rupture liée à l'avènement de l'IA, les techniques algorithmiques sont souvent utilisées de façon hybride.

¹⁸³⁶ CNIL, *Comment permettre à l'Homme de garder la main ? Les enjeux éthiques des algorithmes et de l'intelligence artificielle*, précit., p. 16.

¹⁸³⁷ S. MERABET, *Vers droit de l'intelligence artificielle*, préf. H. Barbier, Dalloz, coll. Nouvelle Bibliothèque de Thèses, vol. 197, 2020, p. 111, n° 109.

¹⁸³⁸ CNIL, *Comment permettre à l'Homme de garder la main ? Les enjeux éthiques des algorithmes et de l'intelligence artificielle*, précit., p. 18.

¹⁸³⁹ C'est d'ailleurs ce que préconisait le groupe d'experts indépendants de haut niveau sur l'intelligence artificielle constitué par la Commission européenne en juin 2018 dans ses lignes directrices en matière d'éthique pour une IA digne de confiance : « *Les systèmes d'IA de recommandation musicale ne soulèvent pas les mêmes préoccupations éthiques que les systèmes d'IA proposant des traitements médicaux essentiels. De même, les systèmes d'IA utilisés dans le contexte des relations d'entreprise à consommateur, d'entreprise à entreprise, d'employeur à employé et de la sphère publique aux citoyens ou, plus généralement, dans différents secteurs ou cas d'utilisation, présentent des possibilités et des défis différents. Les systèmes d'IA étant propres à leur contexte, il est par conséquent reconnu que la mise en œuvre des présentes lignes directrices doit être adaptée à l'application spécifique de l'IA* » (p. 7, n° 20). V. également : Commission européenne, *White Paper on Artificial Intelligence. A European approach to excellence and trust*, COM(2020) 65 final, 2020, p. 11 ; EDPB et CEPD, *avis conjoint 05/2021 sur la proposition de règlement du Parlement européen et du Conseil établissant des règles harmonisées concernant l'intelligence artificielle (législation sur l'intelligence artificielle)*, 18 juin 2021, p. 10, §16.

¹⁸⁴⁰ Règl. IA, art. 3 (1).

2. Les classifications des algorithmes

466. Des typologies aux contours flous - Les algorithmes de recommandation ont donné lieu à plusieurs tentatives de catégorisation. Ces classifications permettent de mieux cerner leur portée, mais se heurtent à une réalité technique en perpétuelle évolution et à des distinctions souvent difficiles à maintenir, qu'elles soient extra-juridiques (a) ou juridiques (b).

a. Les classifications extra-juridiques des algorithmes de recommandation

467. La classification des algorithmes par famille de calcul - La recherche en sciences humaines et sociales, en particulier socio-économique, s'est également intéressée aux algorithmes de recommandation. Dominique Cardon classe par exemple les algorithmes en quatre familles de calculs numériques « *en fonction de la place qu'occupe le calculateur par rapport au monde qu'il entend décrire* »¹⁸⁴¹.

La première se situe à côté du *web* et se fonde sur la popularité des contenus (sites les plus visités, vidéos les plus vues)¹⁸⁴². La seconde, au-dessus du *web*, repose sur l'autorité à l'exemple du *PageRank* de Google qui classe les sites selon le nombre de liens qui renvoient vers eux¹⁸⁴³. La troisième famille se trouve à l'intérieur du *web* et fonctionne sur le mode réputationnel comme le *Edge Rank* de Facebook qui analyse les liens faibles et les liens forts des utilisateurs du réseau ou encore les notes et avis sur les plateformes collaboratives¹⁸⁴⁴. Enfin, on trouve, au-dessous du *web*, la prédiction par l'analyse des traces laissées par les internautes à l'instar de la publicité comportementale¹⁸⁴⁵.

468. Les algorithmes, réservés aux recommandations personnalisées - Joëlle Farchy, Cécile Méadel et Nicolas Anciaux proposent quant à eux de distinguer les recommandations selon deux axes, selon qu'elles se situent du côté de l'offre ou de la demande et qu'elles expriment un jugement assumé ou un comportement observé¹⁸⁴⁶. Quatre catégories de recommandations sont ainsi identifiées : la recommandation éditoriale provenant de l'offre et

¹⁸⁴¹ D. CARDON, *A quoi rêvent les algorithmes. Nos vies à l'heure du Big Data*, Le Seuil – La République des Idées, 2015, p. 17.

¹⁸⁴² *Ibid.*, p. 19.

¹⁸⁴³ *Ibid.*, p. 24.

¹⁸⁴⁴ *Ibid.*, p. 29.

¹⁸⁴⁵ *Ibid.*, p. 33.

¹⁸⁴⁶ J. FARCHY *et al.*, « Une question de comportement. Recommandation des contenus audiovisuels et transformations numériques », *Tic & société*, 2^{ème} semestre 2016 - 1^{er} trimestre 2017, vol. 10, p. 175.

constituant un jugement (critiques professionnelles)¹⁸⁴⁷, la recommandation contributive se situant du côté de la demande et assimilée à un jugement (notes et avis en ligne, top des spectateurs)¹⁸⁴⁸, la recommandation auto-entretenu provenant des comportements des pairs (*top des ventes*)¹⁸⁴⁹ et la recommandation personnalisée provenant du comportement du destinataire lui-même et s'appuyant sur des algorithmes (« *vous avez aimé X, vous aimerez aussi Y* »)¹⁸⁵⁰.

469. Des catégorisations imparfaites - Ces deux catégorisations des recommandations, pour pertinentes qu'elles soient dans leurs domaines respectifs de recherche mais également pour comprendre les différentes logiques qui les sous-tendent, comportent néanmoins des limites, les algorithmes de recommandation fonctionnant bien souvent de façon hybride. « *Vous pourriez aimer* » d'Amazon peut combiner à la fois les logiques de popularité (le nombre de consultations de l'*item* en question), la réputation (le fait que l'article appartienne au *top des ventes*) et la prédiction fondée sur l'analyse préalable du comportement de l'utilisateur, y compris sur des sites tiers. De même, il est difficile de réserver le recours aux algorithmes aux seules recommandations personnalisées, ces derniers étant présents également dans les recommandations éditoriales, contributives et auto-entretenu.

b. Les classifications juridiques des algorithmes

470. La délicate distinction entre aide à la décision et décision par la doctrine - Une tentative de distinction a été précédemment faite entre aide à la décision et décision qui s'est avérée infructueuse¹⁸⁵¹. La doctrine a pu relever la frontière ténue entre une simple assistance et véritable décision, notamment dans le cadre de l'utilisation de logiciels experts¹⁸⁵². Ces derniers

¹⁸⁴⁷ *Ibid.*, p. 177.

¹⁸⁴⁸ *Ibid.*

¹⁸⁴⁹ *Ibid.*, p. 179.

¹⁸⁵⁰ *Ibid.*

¹⁸⁵¹ V. *supra* n° 413 et s.

¹⁸⁵² V. par ex. : E. UNTERMAIER-KERLÉO, « Les nouveaux visages de la décision administrative : d'une administration assistée à une administration automatisée », *JCP G* 2018, 2239 ; E. BARBIN, « Le contrôle juridictionnel de l'outil numérique d'aide à la décision administrative », *RFDA* 2021, p. 491 ; B. BARRAUD, « L'algorithmisation de l'administration », *RLDI* 2018, n° 150, pp. 42 ; J.-B. DUCLERCQ, « Les effets de la multiplication des algorithmes informatiques sur l'ordonnancement juridique », *CCE* 2015, étude 20 ; G. KETTANI, « Quand l'algorithme écrit le droit : les conséquences de la nouvelle normativité algorithmique », *Dalloz IP/IT* 2022, p. 552 ; M. MEKKI, « Les fonctions de la responsabilité civile à l'épreuve du numérique : l'exemple des logiciels prédictifs », *Dalloz IP/IT* 2020, p. 672 ; B. DONDERO, « Justice prédictive : la fin de l'aléa judiciaire ? », *D.* 2017, p. 532 ; M. CLÉMENT, « Algorithmes au service du juge administratif : peut-on en rester maître ? », *AJDA* 2017, p. 2453 ; J.-B. DUCLERCQ, « Les algorithmes en procès », *RFDA* 2018, p. 131 ; L.

peuvent être des jeux en ligne (AlphaGo par exemple) ou des outils censés aider à la prise de décision de la part des professionnels et reposent à l'origine sur des algorithmes déterministes¹⁸⁵³. On les retrouve par exemple dans le domaine bancaire (*scoring*), médical (aide au diagnostic), judiciaire (traitement des fraudes), administratif (affectation des étudiants dans les établissements d'enseignement supérieur) ou en matière de ressources humaines (recrutement)¹⁸⁵⁴.

Pour autant, on peut aisément imaginer que les résultats fournis par les algorithmes de ces systèmes dépassent la simple assistance par le biais d'ancrage¹⁸⁵⁵ que ces derniers créent – l'impossibilité pour l'agent de se départir de la première impression que lui fournit le système¹⁸⁵⁶ – et par le biais d'automatisation¹⁸⁵⁷ qui invite le destinataire à ne pas remettre en cause le résultat algorithmique. « *Préjugement* »¹⁸⁵⁸, « *pré-décision* »¹⁸⁵⁹, « *performativité* »¹⁸⁶⁰, « *prophétie auto-réalisatrice* »¹⁸⁶¹, « *algocratie* »¹⁸⁶², « *mouvement panurgiste* »¹⁸⁶³ de la part du récepteur du résultat de l'algorithme, la doctrine ne manque pas de dénoncer les risques d'un tel glissement. Le développement du *machine learning* et l'omniprésence des algorithmes de recommandation dans des domaines les plus courants (*e-commerce*, culture, transports) font

GODEFROY, « La performativité de la justice « prédictive » : un pharmakon ? », *D.* 2018, p. 1979 ; F. ROUVIÈRE, « Dix problèmes épistémologiques sur la justice prédictive », *D.* 2021, p. 587 ; L. MAZEAU, « Intelligence artificielle et responsabilité civile : le cas des logiciels d'aide à la décision en matière médicale », *RPPI* 2018, n° 1, dossier 6 ; M. BERNELIN, S. DESMOULIN-CANSELIER, « L'intelligibilité des algorithmes dans les systèmes d'aide à la décision médicale », *Journal international de bioéthique et d'éthique des sciences* 2021/2, vol. 32, p. 19 ; E. NETTER, « La consécration d'un droit à l'explication individuelle des décisions automatisées », note sous CJUE, 27 févr. 2025, aff. C-203/22, *Schufa*, *RTD com.* 2025, p. 408.

¹⁸⁵³ A. BENSAMOUN, J. FARCHY, *Intelligence artificielle et culture*, rapp. CSPLA, janv. 2020., p. 8 ; J. SÉNÉCHAL, « L'IA Act déjà obsolète face aux IA de nouvelle génération ? », *Dalloz act.*, 1^{er} févr. 2023 ; L. EDWARDS, M. VEALE, "Slave to the Algorithm ? Why a "right to an explanation" is probably not the remedy you are looking for", *Duke Law & Technology Review* 2017, vol. 16, n° 1, p. 64 ; Conseil d'État, *Intelligence artificielle et action publique : construire la confiance, servir la performance*, Étude à la demande du Premier ministre, 2022, p. 30 et s.

¹⁸⁵⁴ A. LACROUX, C. MARTIN-LACROUX, « L'Intelligence artificielle au service de la lutte contre les discriminations dans le recrutement : nouvelles promesses et nouveaux risques », *Management & Avenir* 2021, vol. 2, n° 122, p. 121.

¹⁸⁵⁵ *Ibid.*, p. 131 ; Conseil d'État, *Intelligence artificielle et action publique : construire la confiance, servir la performance*, précit., p. 104.

¹⁸⁵⁶ Conseil d'État, *Intelligence artificielle et action publique : construire la confiance, servir la performance*, précit., p. 104.

¹⁸⁵⁷ *Ibid.*

¹⁸⁵⁸ M. MEKKI, « Les fonctions de la responsabilité civile à l'épreuve du numérique : l'exemple des logiciels prédictifs », art. précit.

¹⁸⁵⁹ E. BARBIN, « Le contrôle juridictionnel de l'outil numérique d'aide à la décision administrative », art. précit.

¹⁸⁶⁰ É. BUAT-MÉNARD, « La justice dite « prédictive » : prérequis, risques et attentes - l'expérience française », *Les Cahiers de la Justice* 2019, vol. 2, n° 2, p. 269.

¹⁸⁶¹ L. GODEFROY, « La performativité de la justice « prédictive » : un pharmakon ? », art. précit.

¹⁸⁶² M. TELLER, « Vers l'acceptabilité sociale des algorithmes ou comment passer de l'"algocratie" à la démocratie algorithmique », *RPPI* 2022, n° 1, dossier 6.

¹⁸⁶³ B. BARRAUD, « L'algorithmisation de l'administration », *RLDI* 2018, n° 150, p. 42.

également craindre la prise de décisions quasi-automatiques¹⁸⁶⁴, cette délégation de l'homme au profit des algorithmes pouvant conduire à une véritable déresponsabilisation décisionnelle¹⁸⁶⁵.

Ces algorithmes de recommandation sont porteurs d'une normativité à la fois proche et très éloignée de la normativité classique, c'est-à-dire juridique¹⁸⁶⁶. Le droit regorge en effet d'instruments de droit souple¹⁸⁶⁷ dont certains ont en théorie peu ou pas de force obligatoire, à l'instar des recommandations ou des directives. Avant même les débats sur les algorithmes et l'intelligence artificielle, certains pointaient leur caractère parfois obligatoire¹⁸⁶⁸. D'autres relèvent par exemple l'équivalence fonctionnelle entre algorithmes et lignes directrices en dépit de leur distinction de principe, le droit relevant du *sollen*, l'algorithme du *sein*¹⁸⁶⁹. Mais d'une normativité juridique à caractère descendant, universelle et délibérée, on glisse certainement vers une normativité immanente, personnalisée et dictée par des algorithmes¹⁸⁷⁰ que d'aucuns nomment d'ailleurs gouvernementalité algorithmique¹⁸⁷¹.

471. Le flou entre aide à la décision et décision accentuée par l'IA - Le développement de l'IA et des définitions qui y sont apportées n'aident pas à opérer une distinction entre recommandation et décision. Pour l'OCDE, les systèmes d'IA fournissent des résultats qui prennent la forme de recommandations, prévisions ou décisions¹⁸⁷² mais le législateur y ajoute des « *contenus* »¹⁸⁷³. Si recommandation et décision se distinguent malaisément, il est encore plus difficile de les différencier des « *prévisions* » dans la mesure où les algorithmes de recommandation s'appuient précisément sur le passé pour faire émerger des régularités et

¹⁸⁶⁴ Conseil de l'Europe, *Algorithmes et droits humains. Étude sur les dimensions des droits humains dans les techniques de traitement automatisé des données et éventuelles implications réglementaires*, Comité d'experts sur les intermédiaires d'internet (MSI-NET), DGI (2017)12, 2018, p. 3.

¹⁸⁶⁵ CNIL, *Comment permettre à l'Homme de garder la main ? Les enjeux éthiques des algorithmes et de l'intelligence artificielle*, synthèse du débat public animé par la CNIL dans le cadre de la mission de réflexion éthique confiée par la loi pour une République numérique, 2017, p. 27.

¹⁸⁶⁶ S. CHASSAGNARD-PINET, « Les usages des algorithmes en droit : prédire ou dire le droit ? », *Daloz IP/IT* 2017, p. 495.

¹⁸⁶⁷ C. THIBIERGE, « Le droit souple. Réflexion sur les textures du droit », *RTD civ.* 2003, p. 599.

¹⁸⁶⁸ F. OSMAN, « Avis, directives, codes de bonne conduite, recommandations, déontologie, éthique, etc. : réflexion sur la dégradation des sources privées du droit », *RTD civ.* 1995, p. 509.

¹⁸⁶⁹ A. BOUDINAR-ZABALETA, « Algorithmes et lignes directrices. Réflexions sur la codification automatisée des motifs des décisions administratives », *Dr. adm.* 2019, n° 4, étude 7.

¹⁸⁷⁰ S. CHASSAGNARD-PINET, « Les usages des algorithmes en droit : prédire ou dire le droit ? », art. précit. ; G. CHANTEPIE, « Le droit en algorithmes ou la fin de la norme délibérée ? », *Daloz IP/IT* 2017, p. 517 ; E. MARIQUE, A. STROWEL, « Gouverner par la loi ou les algorithmes : de la norme générale de comportement au guidage rapproché des conduites », *Daloz IP/IT* 2017, p. 517 ; A. SUPLOT, *La gouvernance par les nombres. Cours au Collège de France (2012-2014)*, Fayard, coll. Poids et mesure du monde, 2015, p. 19.

¹⁸⁷¹ A. ROUVROY, TH. BERNS, « Gouvernementalité algorithmique et perspectives d'émancipation », *Réseaux* 2013/1, n° 177, p. 163.

¹⁸⁷² OCDE, *L'intelligence artificielle dans la société*, éd. OCDE, 2019, p. 17.

¹⁸⁷³ Règl. IA, art. 3 (1).

estimer la probabilité qu'un résultat satisfasse le destinataire¹⁸⁷⁴. De même, la référence au contenu peut gêner la compréhension de la définition dans la mesure où les recommandations se matérialisent bien souvent par un ou des contenus, sauf à considérer que le contenu fait ici référence à l'IA générative. Cela ne réglerait cependant pas le problème puisqu'il resterait à savoir si les images, les titres de musiques sont réellement de simples contenus ou s'ils peuvent tout de même être également analysés en des recommandations.

472. La proposition d'une classification fondée sur les algorithmes d'aide à la décision et algorithmes de décision : exposé et critique - Une auteure a pu démontrer que le législateur lui-même, ainsi que la jurisprudence, faisaient la distinction entre les décisions notamment fondées sur des algorithmes – l'aide à la décision – et les décisions exclusivement fondées sur les algorithmes – la prise de décision¹⁸⁷⁵. Cette distinction apparaît parfois explicitement comme dans l'article 2 du 6 janvier 1978¹⁸⁷⁶ et a été reprise tant par la CNIL que par le Conseil constitutionnel et les juridictions administratives et judiciaires. Mais elle relève parfois de l'implicite. Le critère de distinction résiderait alors dans l'existence d'une intervention humaine significative dans le processus décisionnel¹⁸⁷⁷. Une décision est prise notamment grâce à des algorithmes lorsqu'il existe des étapes supplémentaires dans la décision¹⁸⁷⁸ ou des éléments de décision supplémentaires¹⁸⁷⁹.

L'auteure rejette pourtant cette distinction, relevant son artificialité ainsi que la confusion opérée entre l'auteur de la décision et son destinataire¹⁸⁸⁰, la CNIL ayant par exemple considéré qu'une décision n'était pas exclusivement fondée sur un traitement automatisé parce qu'il avait été possible au destinataire de la décision de faire valoir ses observations¹⁸⁸¹. Or, en

¹⁸⁷⁴ M. FOULONNEAU *et al.*, « Recommandeurs et diversité : exploitation de la longue traîne et diversité des listes de recommandations », in *Les moteurs et systèmes de recommandation*, dir. G. Kembellec, G. Chartron et I. Saleh, ISTE éditions, coll. Systèmes d'information, web et informatique ubiquitaire, 2014, p. 86.

¹⁸⁷⁵ L. HUTTNER, *La décision de l'algorithme. Étude de droit privé sur les relations entre l'humain et la machine*, préf. J. Rochfeld, Dalloz, coll. Nouvelle Bibliothèque de Thèses, vol. 235, 2024, p. 131, n° 160.

¹⁸⁷⁶ L. n° 78-17 du 6 janvier 1978 relative à l'informatique, aux fichiers et aux libertés, art. 2: « *Aucune décision de justice impliquant une appréciation sur un comportement humain ne peut avoir pour fondement un traitement automatisé d'informations donnant une définition du profil ou de la personnalité de l'intéressé. Aucune décision administrative ou privée impliquant une appréciation sur un comportement humain ne peut avoir pour seul fondement un traitement automatisé d'informations donnant une définition du profil ou de la personnalité de l'intéressé* ».

¹⁸⁷⁷ L. HUTTNER, *La décision de l'algorithme. Étude de droit privé sur les relations entre l'humain et la machine*, *op. cit.*, p. 160, n° 217.

¹⁸⁷⁸ D'après ce critère, le fait qu'il faille des investigations supplémentaires de la part d'un humain à la suite d'une analyse algorithmique est le signe qu'il ne s'agit pas d'une décision fondée exclusivement sur un traitement automatisé : *ibid.*, p. 179, n° 241.

¹⁸⁷⁹ *Ibid.*, p. 191, n° 256.

¹⁸⁸⁰ *Ibid.*, p. 194, n° 261.

¹⁸⁸¹ CNIL, délib. n° 2018-119 du 22 mars 2018 portant avis sur un projet d'arrêté autorisant la mise en œuvre d'un traitement de données à caractère personnel dénommé Parcoursup, JORF n° 0074, 29 mars 2018.

situant l'intervention humaine significative du côté du destinataire de la décision et non de celui de son auteur, il en ressort une fragilisation de la distinction¹⁸⁸².

Il faut donc selon elle changer de perspective, ne pas partir des décisions mais des algorithmes eux-mêmes¹⁸⁸³. La distinction pertinente ne reposerait pas sur les décisions fondées notamment sur des algorithmes *versus* les décisions fondées exclusivement sur des algorithmes, mais sur la distinction entre algorithmes d'aide à la décision et algorithmes de décision, le critère de différenciation reposant sur l'applicabilité directe du résultat de l'analyse algorithmique au destinataire de la décision¹⁸⁸⁴.

Or, si cela peut s'avérer pertinent, bien que critiquable, dans le cadre des systèmes experts¹⁸⁸⁵, il semble difficile de la transposer aux plateformes numériques. Les fils d'actualités des réseaux sociaux, les résultats de recherche des moteurs de recherche, fonctionnent sur la base d'algorithmes qui fournissent des résultats. Mais on peut se demander comment estimer leur caractère d'applicabilité directe.

473. Critique de la distinction entre recommandations personnalisées et non personnalisées - La doctrine informatique qualifie fréquemment les systèmes de recommandations algorithmiques de « *recommandations personnalisées* », comme s'il était acquis que celles-ci l'étaient. Il est vrai que l'Association for Computing Machinery les définit elle-même comme « *une forme particulière de filtrage de l'information qui exploite les comportements passés et les similitudes entre utilisateurs pour générer une liste d'informations personnalisée en fonction des préférences d'un utilisateur final* »¹⁸⁸⁶. Ce caractère personnalisé de la recommandation est également reçu en sciences humaines. Par exemple, un système de recommandation de biens culturels peut s'analyser en « *un dispositif de médiation technique entre le consommateur et le marchand. L'objectif de ce système est de*

¹⁸⁸² L. HUTTNER, *La décision de l'algorithme. Étude de droit privé sur les relations entre l'humain et la machine*, *op. cit.*, p. 194, n° 261.

¹⁸⁸³ À noter que d'autres distinctions, en matière exclusivement administrative, se fondent également sur les algorithmes et non les décisions prises par ces algorithmes : la distinction entre les algorithmes décisionnels et les algorithmes opérationnels (E. BARBIN, « Le contrôle juridictionnel de l'outil numérique d'aide à la décision administrative », *RFDA* 2021, p. 491) et la distinction entre les algorithmes motivés en droit et les algorithmes motivés en fait (S. HAMMOUDI, *Les algorithmes et le droit administratif*, th. Montpellier, 2024, p. 32). Pour une critique de ces distinctions, v. : N. LASBLEIZ, « Le contentieux des décisions administratives automatisées », *RFDA* 2025, p. 211.

¹⁸⁸⁴ L. HUTTNER, *La décision de l'algorithme. Étude de droit privé sur les relations entre l'humain et la machine*, *op. cit.*, p. 223, n° 296.

¹⁸⁸⁵ V. *infra* n° 547 et s.

¹⁸⁸⁶ « 14th ACM Conference on Recommender Systems », *ACM*, 22-26 sept 2020, accessible en ligne : <https://recsys.acm.org/recsys20/>. V. également : J. A. KONSTAN, L. RIEDL, "Deconstructing Recommender Systems. How Amazon and Netflix predict your preferences and prod you to purchase", *IEEE Spectrum*, 24 sept. 2012, accessible en ligne : <https://spectrum.ieee.org/deconstructing-recommender-systems>.

capter l'attention des internautes en suggérant des biens supposés correspondre à leurs préférences »¹⁸⁸⁷. Pour d'autres, une recommandation est « *liée à l'anticipation des besoins, à l'aide à la décision (avenir), dans une optique d'abaissement de la surcharge cognitive et informationnelle (présent), tout en étant basée sur une analyse des comportements des individus (passé)* »¹⁸⁸⁸. En droit également, Valérie-Laure Benabou et Joëlle Farchy excluent du champ des recommandations « *les systèmes de présentation des contenus indifférenciés à un public en général, qui ne développent aucun processus d'adaptation de "l'offre", de sélection à l'égard d'une demande potentielle mais déterminée* »¹⁸⁸⁹. Il semble cependant inopportun de mettre de côté les dispositifs qui ne reposent pas sur le comportement du destinataire mais sur le comportement de l'ensemble des utilisateurs d'un réseau. Le *top* des ventes, les vidéos les plus vues, les *trending topics* participent tout autant à orienter l'utilisateur d'un site, d'une plateforme ou d'un logiciel expert que les recommandations modelées sur ses préférences déclarées ou non ou sa similarité avec d'autres utilisateurs.

474. L'assimilation de l'algorithme à un traitement de données - Il faut en réalité repartir des fondements techniques des algorithmes qui reposent sur des données en général, et non uniquement sur les données personnelles du destinataire de la recommandation. En dehors de la question relative à ce que fait un algorithme de recommandation – recommander, décider, quasi-décider – l'unité des algorithmes en général repose sur le traitement de données entrantes, qu'il transforme en données sortantes. Pour Liane Huttner, les notions d'algorithme et de traitement de données personnelles – l'auteure excluant les données non personnelles dans le cadre de son étude¹⁸⁹⁰ – sont d'ailleurs assimilables¹⁸⁹¹. La notion de traitement de données personnelles est en effet définie de façon large par le législateur puisqu'il constitue « *toute opération ou tout ensemble d'opérations effectuées ou non à l'aide de procédés automatisés et appliquées à des données ou des ensembles de données à caractère personnel, telles que la collecte, l'enregistrement, l'organisation, la structuration, la conservation, l'adaptation ou la modification, l'extraction, la consultation, l'utilisation, la communication par transmission, la diffusion ou toute autre forme de mise à disposition, le rapprochement ou l'interconnexion, la*

¹⁸⁸⁷ M. MÉNARD, « Systèmes de recommandation de biens culturels. Vers une production de conformité ? », *Les Cahiers du Numérique* 2014, vol. 10, n° 1, p. 69.

¹⁸⁸⁸ J.-C. DOMENGET, « Prescription, recommandation, exploration : une approche temporaliste des usages des médias socionumériques », *Études de communication* 2017, vol. 49, p. 125, n° 7.

¹⁸⁸⁹ V.-L. BENABOU, J. FARCHY (prés.), *Les dispositifs de recommandation des œuvres audiovisuelles et musicales sur les services en ligne*, rapp. de mission à l'attention du CSPLA, déc. 2021, p. 12.

¹⁸⁹⁰ L. HUTTNER, *La décision de l'algorithme. Étude de droit privé sur les relations entre l'humain et la machine*, préf. J. Rochfeld, Dalloz, coll. Nouvelle Bibliothèque de Thèses, vol. 235, 2024, p. 73, n° 88.

¹⁸⁹¹ *Ibid.*, p. 74, n° 89.

*limitation, l'effacement ou la destruction »*¹⁸⁹². Ainsi que l'estime l'auteure, « *la définition large du traitement de données à caractère personnel implique qu'un algorithme sera presque systématiquement considéré comme tel. Rappelons qu'un algorithme est une succession d'opérations traduisant un énoncé logique de fonctionnalités. Appliqué à des données à caractère personnel, il constitue bien une "forme d'opération", telle que désignée par le RGPD. À titre d'exemple, un algorithme peut permettre de structurer, organiser, modifier, extraire, communiquer ou effacer des données. On peut donc affirmer qu'à partir du moment où un algorithme traite des données à caractère personnel, il sera qualifié de traitement de données »*¹⁸⁹³.

475. L'assimilation imparfaite de l'algorithme (informatique) à un traitement de données (juridique) - Cette assimilation n'est néanmoins pas parfaite. D'une part, il existe des algorithmes qui ne sont pas des traitements de données à caractère personnel car ils ne sont pas automatisés¹⁸⁹⁴. Ainsi, les procès-verbaux d'un jury d'examen peuvent être qualifiés d'algorithmes s'ils contiennent « *les critères et les paramètres d'appréciation dont le jury entendrait faire application, ainsi que leur éventuelle pondération »*¹⁸⁹⁵. Pour autant, de tels traitements, parce qu'ils ne sont pas automatisés, resteront par exemple en dehors du champ de l'article 22 du RGPD qui consacre le droit de ne pas faire l'objet d'une décision exclusivement automatisée¹⁸⁹⁶. D'autre part, certains algorithmes ne sont pas des traitements de données à caractère personnel¹⁸⁹⁷. La création d'un site internet sur lequel apparaissent les données personnelles n'est en effet pas à proprement parler une « *succession d'opérations traduisant un énoncé logique de fonctionnalités »*, de même que la publication d'une vidéo en ligne dans laquelle figurent des données à caractère personnel d'un individu¹⁸⁹⁸.

Si la distinction entre algorithme et traitement est pertinente, les justifications avancées sont contestables. La différence entre traitement de données et algorithmes est en réalité ici biaisée dans la mesure où il était acquis que le traitement en question portait effectivement sur des données à caractère personnel. Or, un algorithme fonctionne nécessairement grâce à des

¹⁸⁹² RGPD, art. 4 (2).

¹⁸⁹³ L. HUTTNER, *La décision de l'algorithme. Étude de droit privé sur les relations entre l'humain et la machine*, op. cit., p. 77, n° 93.

¹⁸⁹⁴ *Ibid.*, p. 78, n° 95.

¹⁸⁹⁵ CADA, avis n° 20170175, 23 mars 2017, *École Nationale Supérieure d'Arts et Métiers (Arts et Métiers Paris Tech) - Campus de Metz*.

¹⁸⁹⁶ L. HUTTNER, *La décision de l'algorithme. Étude de droit privé sur les relations entre l'humain et la machine*, op. cit., p. 79, n° 96.

¹⁸⁹⁷ *Ibid.*, p. 79, n° 97.

¹⁸⁹⁸ *Ibid.*, p. 80, n° 97.

données (entrantes) qu'il transforme en résultat (données sortantes). Pour prendre l'exemple de la vidéo en ligne, que cette dernière comporte des données à caractère personnel ou non, sa publication se fait grâce à des algorithmes, ne serait-ce que pour traduire le contenu en données puis retraduire les données en contenu. L'absence de référence à un algorithme dans des décisions ne préjuge pas de l'absence d'algorithme dans le traitement au cœur de ces décisions puisqu'*in fine*, il ne s'agit que d'apprécier si l'on est en présence d'un traitement de données à caractère personnel ou non. Il faut en réalité considérer que l'algorithme et le traitement de données personnelles appartiennent à des univers sémantiques différents. L'algorithme est une notion technique tandis que le traitement de données à caractère personnel est une notion juridique déclenchant un régime particulier.

Section 2. La qualification du système de recommandation numérique

476. Un *continuum* de traitement de données - L'identification des composants du système de recommandation numérique – des données et des algorithmes – doit permettre sa qualification juridique. Que désigne-t-on juridiquement lorsqu'on parle de « *système de recommandation* » ? Une telle qualification ne peut faire l'économie d'une analyse centrée sur ce que fait un système de recommandation, à savoir sinon un traitement de données *a minima* (§1), un traitement de données à caractère personnel *a maxima* (§2).

§1. Un traitement de données *a minima*

477. Une qualification adaptée aux recommandations non personnalisées - La simplicité apparente de certaines recommandations numériques masque mal la réalité d'un traitement de données, qui, sans mobiliser de données personnelles identifiables, donne pourtant lieu à des opérations techniques encadrées par le droit. La qualification en traitement de données à caractère non personnel s'impose dès lors que les informations traitées ne permettent pas, en principe, d'identifier une personne physique. Mais qu'un traitement de données se situe en dehors du champ du droit des données à caractère personnel (A) n'empêche pas qu'il soit néanmoins encadré par le droit (B).

A. Un traitement en dehors du champ du droit des données à caractère personnel

478. La réhabilitation des recommandations non personnalisées - La tentation est grande d'assimiler toute recommandation numérique à une personnalisation de l'expérience utilisateur. Pourtant, cette assimilation se heurte à des approches doctrinales divergentes, qui révèlent les flottements de la notion même de « *personnalisation* ». C'est donc un malentendu persistant qui brouille la lecture juridique du système : on confond souvent ce que le système « *propose à tous* » avec ce qu'il « *adapte à chacun* ». La personnalisation des algorithmes de recommandation fait l'objet d'errements qu'il est possible de résoudre (1) avant de présenter le périmètre des recommandations algorithmiques non personnalisées (2).

1. Les errements relatifs à la « *personnalisation* » des algorithmes de recommandation

479. La recommandation numérique, une recommandation nécessairement personnalisée ? L'analyse de la doctrine informatique - L'analyse de la doctrine informatique en matière de systèmes de recommandation démontre qu'il existe plusieurs façons d'envisager la recommandation numérique, créant ainsi une ambiguïté sur ce qu'il faut entendre par personnalisation. Pour rappel, trois approches algorithmiques ont été précédemment identifiées : objet (*item-to-item*), contenu (*user-to-item*), filtrage collaboratif (*user-to-user*)¹⁸⁹⁹. Majoritairement, la recherche en informatique ne retient que les deux dernières¹⁹⁰⁰. Pour motiver l'exclusion de l'approche objet, Robin Burke, Alexander Felfernig et Mehmet H. Göker expliquent qu'un système de recommandation est nécessairement personnalisé puisque « *les recommandations qu'il produit sont destinées à optimiser l'expérience d'un utilisateur et non à représenter un consensus pour tous* »¹⁹⁰¹. Ce caractère personnalisé le distingue donc d'un moteur de recherche ou d'une application de recherche d'informations puisque, dans le cadre de l'utilisation de ces derniers, « *l'ensemble des résultats*

¹⁸⁹⁹ V. *supra* n° 460 et s.

¹⁹⁰⁰ M. MONTANER, B. LÓPEZ, "A Taxonomy of Recommender Agents on the Internet", *Artificial Intelligence Review* 2003, vol. 19, p. 285 ; P. RESNICK, H. R. VARIAN, "Recommender Systems", *Communications of the ACM* 1997, vol. 40, n° 3, p. 56 ; P. OCHI *et al.*, "Predictors of user perceptions of web recommender systems : How the basis for generating experience and search product recommendations affects user responses", *International Journal of Human-Computer Studies* 2010, vol. 68, n° 8, p. 472 ; R. TRIKI *et al.*, « Combiner configuration et recommandation afin de permettre un guidage interactif de configuration par ligne de produits », in *Les moteurs et systèmes de recommandation*, dir. G. Kembellec, G. Chartron et I. Saleh, ISTE éditions, coll. Systèmes d'information, web et informatique ubiquitaire, 2014, p. 141 ; H. OUFAIDA, O. NOUALI, « Le filtrage collaboratif et le web 2.0 », *Document numérique* 2008/1, vol. 11, p. 13.

¹⁹⁰¹ R. BURKE *et al.*, "Recommender Systems : An Overview", *AI Magazine* 2011, vol. 32, n° 3, p. 14.

correspondant à une requête particulière est le même quelle que soit la personne dont elle provient »¹⁹⁰². Dans cette perspective, les classements apparaissant souvent en page d'accueil des sites ou plateformes (*tops* des ventes, les articles les plus lus, les films les plus *streamés* cette semaine), ne pourraient pas être considérés comme des recommandations, car ils se présentent de la même manière à tous les utilisateurs et contiennent les mêmes contenus, quel que soit l'utilisateur.

Certains auteurs sont néanmoins plus ambigus en considérant d'un côté que « *les systèmes de recommandations sont essentiellement orientés vers les individus* »¹⁹⁰³ ou que la technique de recommandation de base utilisée pour générer des recommandations sont « *toutes personnalisées pour fournir des suggestions utiles et efficaces pour un type particulier d'item* »¹⁹⁰⁴, de l'autre qu'il existe aussi des « *recommandations non personnalisées* », à l'instar des « *tops dix des ventes de livres, CDs, etc.* »¹⁹⁰⁵.

D'autres sont plus catégoriques en considérant que les recommandations peuvent être personnalisées lorsqu'elles « *sont établies en fonction de l'utilisateur qui en est bénéficiaire et non pour l'ensemble des utilisateurs* »¹⁹⁰⁶.

480. La recommandation numérique, une recommandation nécessairement personnalisée ? L'analyse de la doctrine en sciences de l'information et de la communication - De même et dans son ensemble, la doctrine en sciences de l'information et de la communication ne retient que les approches *user-to-item* et *user-to-user*¹⁹⁰⁷. En ce sens, les systèmes de recommandation sont ceux qui « *adaptent une sélection (filtrage) ou une ressource (adaptation) à une personne (personnalisation), un groupe de personnes (personnalisations de groupes) ou un contexte* »¹⁹⁰⁸.

¹⁹⁰² *Ibid.*

¹⁹⁰³ R. PICOT-CLÉMENTE, *Une architecture de systèmes de recommandation de combinaison d'items. Application au domaine du tourisme*, th. Université Bourgogne, 2011, p. 38.

¹⁹⁰⁴ *Ibid.*

¹⁹⁰⁵ *Ibid.*

¹⁹⁰⁶ D. POIRIER, *Des textes communautaires à la recommandation*, th. Université Orléans, 2011, p. 15.

¹⁹⁰⁷ G. CHARTRON, G. KEMBELLEC, « Introduction générale aux systèmes de recommandation », in *Les moteurs et systèmes de recommandation*, dir. G. Kembellec, G. Chartron et I. Saleh, ISTE éditions, coll. Systèmes d'information, web et informatique ubiquitaire, 2014, p. 23 ; H. HACHOUR *et al.*, « Espaces sémiocognitifs : les frontières des systèmes de recommandation », in *Les moteurs et systèmes de recommandation*, dir. G. Kembellec, G. Chartron et I. Saleh, ISTE éditions, coll. Systèmes d'information, web et informatique ubiquitaire, 2014, p. 164 ; E. DELPECH *et al.*, « Présentation de l'offre de services : Nomao, systèmes de recommandation et recherche d'information », in *Les moteurs et systèmes de recommandation*, dir. G. Kembellec, G. Chartron et I. Saleh, ISTE éditions, coll. Systèmes d'information, web et informatique ubiquitaire, 2014, p. 219 ; M. MÉNARD, « Systèmes de recommandation de biens culturels. Vers une production de conformité? », *Les Cahiers du numérique* 2014/1, n° 10, p. 69-94.

¹⁹⁰⁸ M. FOULONNEAU *et al.*, « Recommandeurs et diversité : exploitation de la longue traîne et diversité des listes de recommandations », in *Les moteurs et systèmes de recommandation*, dir. G. Kembellec, G. Chartron et I. Saleh,

D'autres chercheurs sont cependant plus accueillants¹⁹⁰⁹, le cas échéant en distinguant en réalité trois générations d'« *agents de calcul* »¹⁹¹⁰ : les agents de première génération ou 1.0 qui regroupent l'approche objet (*item-to-item*) et l'approche contenu (*user-to-item*)¹⁹¹¹, les agents de deuxième génération ou 2.0 qui fonctionnent sur le mode du filtrage collaboratif (*user-to-user*)¹⁹¹² et les agents de troisième génération ou 3.0 qui constituent une hybridation des différentes approches, prennent en compte le contexte, recourent à des techniques d'IA poussées, ...¹⁹¹³.

481. Les *hiatus* relatifs à la signification de la personnalisation en matière de recommandation - Plusieurs facteurs créent donc une ambiguïté sur la signification de la personnalisation dans son rapport à la recommandation.

Premièrement, le fait que la recherche se concentre sur la recommandation personnalisée crée un effet de loupe amenant à penser que toute recommandation est nécessairement personnalisée.

Deuxièmement, et ainsi que le relèvent certains auteurs, la recherche était historiquement scindée en deux courants : celle portant sur les systèmes de recommandation et celle portant sur les systèmes de recherche d'information ou « *information retrieval* »¹⁹¹⁴. La première fait de la personnalisation un critère de la recommandation de types *user-to-item* et *user-to-user*, tandis que la seconde repose sur le mode *item-to-item*, autrement dit indépendamment de la personne de l'utilisateur¹⁹¹⁵. Mais ces deux domaines de recherche ne sont pas restés hermétiques l'un à l'autre. La méthode *user-to-item* en particulier s'attache à prédire l'intérêt qu'un utilisateur aura envers un *item* aux qualités proches de ceux qu'il a précédemment positivement évalués. Dans la recommandation du type « *vous avez écouté tel titre de musique, vous aimerez celui-ci* », le système examine la proximité entre ces deux *items* notamment en fonction de leurs métadonnées (le genre musical, l'auteur, la durée, le format, la

ISTE éditions, coll. Systèmes d'information, web et informatique ubiquitaire, 2014, p. 86.

¹⁹⁰⁹ V. par ex. : J.-S. BEUSCART *et al.*, « Les algorithmes de recommandation musicale et l'autonomie de l'auditeur. Analyse des écoutes d'un panel d'utilisateurs de streaming », *Réseaux* 2019/1, n° 213, pp. 17-47.

¹⁹¹⁰ J.-S. VAYRE, *Des machines à produire des futurs économiques. Sociologie des intelligences artificielles marchandes à l'ère du big data*, th. Université Toulouse, 2016, p. 21. A noter que cette thèse a fait l'objet d'une synthèse : J.-S. VAYRE, « Une histoire de machines à recommander des biens de consommation : de l'Internet documentaire à l'Internet des données », *Études de communication* 2017, n° 49, pp. 89-106.

¹⁹¹¹ J.-S. VAYRE, *Des machines à produire des futurs économiques. Sociologie des intelligences artificielles marchandes à l'ère du big data*, th. précit., p. 504 et s.

¹⁹¹² *Ibid.*, p. 507 et s.

¹⁹¹³ *Ibid.*, p. 510 et s.

¹⁹¹⁴ G. ADOMAVICIUS, A. TUZILIN, "Toward the next generation of recommender systems: a survey of the state-of-the-art and possible extensions", *IEEE Transactions on Knowledge and Data Engineering* 2005, vol. 17, n° 6, p. 736.

¹⁹¹⁵ R. BURKE *et al.*, "Recommender Systems : An Overview", art. précit., p. 14.

date de sortie, ...). Le système utilise donc la méthode *item-to-item* mais en se fondant également sur le fait que l'utilisateur a effectivement écouté le premier titre. En d'autres termes, l'approche objet est incluse dans l'approche contenu¹⁹¹⁶.

Troisièmement, l'exclusion des systèmes de recherche d'information du champ des systèmes de recommandation est en principe fondée sur le fait que leurs résultats sont identiques, quelle que soit la personne qui a émis la requête¹⁹¹⁷. La distinction entre systèmes de recommandation et systèmes de recherche d'information repose donc sur deux critères : un critère explicite – différenciation *versus* indifférenciation – mais également implicite – rôle passif *versus* actif de l'utilisateur qui doit faire des requêtes.

Quatrièmement, il est souvent affirmé qu'un système de recommandation a pour objectif la satisfaction de l'utilisateur¹⁹¹⁸, mais sans précision sur cet utilisateur. On peut en effet se demander s'il s'agit d'un utilisateur unique, destinataire de la recommandation, ce qui expliquerait que cette recommandation doive être personnalisée, adaptée à lui, ou si le but est de satisfaire l'utilisateur dans l'absolu, c'est-à-dire tous les utilisateurs qui se rendent sur un espace en ligne.

482. Les deux critères sous-jacents de la personnalisation - Les deux derniers *hiatus* mettent au jour deux critères alternatifs potentiels de la personnalisation : le contexte technique dans le cadre duquel s'inscrit la recommandation et l'adaptation de la recommandation à la personne du destinataire.

Le premier critère doit être en réalité exclu. Même si cela a été fait de façon implicite, distinguer les systèmes de recherche d'information nécessitant un rôle actif de l'utilisateur par introduction de requêtes des systèmes de recommandations reposant sur sa passivité n'est pas pertinent. L'activité numérique d'un utilisateur est en effet faite d'activité au sens propre et de passivité. Les réseaux sociaux, les plateformes de *e-commerce*, les plateformes collaboratives ou de *streaming* mêlent à la fois des recommandations non explicitement désirées par les

¹⁹¹⁶ G. ADOMAVICIUS, A. TUZILIN, "Toward the next generation of recommender systems: a survey of the state-of-the-art and possible extensions", art. précit., p. 736 ; J.-S. VAYRE, *Des machines à produire des futurs économiques. Sociologie des intelligences artificielles marchandes à l'ère du big data*, th. précit., p. 506.

¹⁹¹⁷ R. BURKE *et al.*, "Recommender Systems : An Overview", art. précit., p. 14.

¹⁹¹⁸ V. par ex. : R. BURKE *et al.*, "Recommender Systems : An Overview", art. précit., p. 13 ; M. MONTANER, B. LÓPEZ, "A Taxonomy of Recommender Agents on the Internet", *Artificial Intelligence Review* 2003, vol. 19, p. 288. V. également : J. A. KONSTAN, L. RIEDL, "Deconstructing Recommender Systems. How Amazon and Netflix predict your preferences and prod you to purchase", *IEEE Spectrum*, 24 sept. 2012, accessible en ligne : <https://spectrum.ieee.org/deconstructing-recommender-systems> ; M. MÉNARD, « Systèmes de recommandation de biens culturels. Vers une production de conformité ? », *Les Cahiers du Numérique* 2014, vol. 10, n° 1, p. 69 ; I. SALEH, « Avant-propos. Les moteurs (et systèmes) de recommandation », in *Les moteurs et systèmes de recommandation*, dir. G. Kembellec, G. Chartron et I. Saleh, ISTE éditions, coll. Systèmes d'information, web et informatique ubiquitaire, 2014, p. 18.

utilisateurs et des moteurs de recherche interne. De même, il ne serait pas pertinent d'exclure Google, fonctionnant historiquement comme un système de recherche d'informations, car fondé sur le nombre de citations des ressources, le fameux *PageRank*¹⁹¹⁹.

Le second critère offre une piste intéressante. Dans cette perspective, la recommandation est dite personnalisée lorsqu'elle s'adapte à la personne du destinataire parce qu'elle se fonde nécessairement, mais pas uniquement, sur ses données à caractère personnel. La personnalisation se conçoit donc au regard du destinataire de la recommandation, et non au regard de l'ensemble des utilisateurs potentiels d'un ou de plusieurs espaces en ligne.

483. Le choix du critère relatif à la nature des données traitées par les algorithmes - Le second critère s'avère pertinent. Il s'agit d'un choix rationnel dans la mesure où il est difficile d'exclure les « *tops* » du champ des recommandations pour la simple raison que ces classements ne sont pas propres à un utilisateur. Le législateur a également suivi cette ligne.

L'ancien article L. 111-7, I du code de la consommation imposait en effet une obligation d'information sur les plateformes dont l'activité reposait sur « *le classement ou le référencement, au moyen d'algorithmes informatiques, de contenus, de biens ou de services proposés ou mis en ligne par des tiers* » (1°) ou « *la mise en relation de plusieurs parties en vue de la vente d'un bien, de la fourniture d'un service ou de l'échange ou du partage d'un contenu, d'un bien ou d'un service* » (2°) sans préjuger d'une quelconque personnalisation.

Le règlement DSA adopte également une approche large du système de recommandation défini comme un « *système entièrement ou partiellement automatisé utilisé par une plateforme en ligne pour suggérer sur son interface en ligne des informations spécifiques aux destinataires du service ou pour hiérarchiser ces informations, notamment à la suite d'une recherche lancée par le destinataire du service ou en déterminant de toute autre manière l'ordre relatif ou d'importance des informations affichées* »¹⁹²⁰.

Par conséquent, il faut admettre qu'une recommandation n'est pas nécessairement personnalisée : les *tops* des ventes, les articles les plus lus, les vidéos les plus commentées, la notation d'un produit ou d'un service, l'ordre d'affichage de contenus par ordre chronologique ou anté-chronologique sont des recommandations, quand bien même elles se présentent de la même manière, quel que soit l'utilisateur qui consulte un site ou une application. Il en va

¹⁹¹⁹ D. CARDON, *A quoi rêvent les algorithmes. Nos vies à l'heure du Big Data*, Le Seuil – La République des Idées, 2015, p. 24.

¹⁹²⁰ Règl. DSA, art. 3 (s).

également ainsi des résultats de recherche de logiciels basiques à l'exemple des systèmes documentaires.

2. Le périmètre des recommandations algorithmiques non personnalisées

484. Le caractère non personnel des données traitées dans le cadre des systèmes de recommandation non personnalisée : l'approche négative des données à caractère non personnel - Le droit des données est scindé en deux branches : le droit des données à caractère personnel, dont le siège principal est le RGPD, et le droit des données à caractère non personnel qui s'infère du domaine régi par les textes relatifs aux données à caractère personnel.

Le RGPD définit les données à caractère personnel comme suit : *« toute information se rapportant à une personne physique identifiée ou identifiable (ci-après dénommée "personne concernée") ; est réputée être une « personne physique identifiable » une 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 »*¹⁹²¹.

De son côté, le règlement (UE) 2018/1807 relatif au libre flux de données à caractère non personnel définit ces dernières en creux¹⁹²² puisqu'il s'agit des données *« autres que les données à caractère personnel au sens de l'article 4, point 1) du règlement (UE) 2016/679 »*¹⁹²³, expression reprise par le règlement sur la gouvernance des données, dit DGA¹⁹²⁴. Les données à caractère non personnel peuvent être par conséquent être très diverses : données dépersonnalisées, données anonymisées, données industrielles, données publiques, données d'intérêt général, ...¹⁹²⁵. Dans ses lignes directrices relatives au règlement (UE) 2018/1807, la Commission européenne précise ce qu'il faut entendre par données à caractère non personnel. Selon elle, deux types de données rentrent dans cette qualification : les données anonymisées et les données à caractère non personnel dès l'origine¹⁹²⁶.

¹⁹²¹ RGPD, art. 4 (1).

¹⁹²² C. ZOLYNSKI, « La place du règlement (UE) 2018/1807 dans la construction du droit des données de l'Union européenne », *Dalloz IP/IT* 2020, p. 429.

¹⁹²³ Règl. (UE) 2018/1807, art. 3 (1).

¹⁹²⁴ Règl. DGA, art. 2 (4).

¹⁹²⁵ K. FAVRO, « « Les données non personnelles » : un nouvel objet juridique », *Dalloz IP/IT* 2020, p. 234.

¹⁹²⁶ Commission européenne, *Lignes directrices relatives au règlement concernant un cadre applicable au libre flux des données à caractère non personnel dans l'Union européenne*, COM(2019) 250 final, 29 mai 2019.

485. Première catégorie de données à caractère non personnel : les données anonymisées - La première catégorie de données à caractère non personnel est composée de données dites anonymisées¹⁹²⁷. Cette expression, tout comme l'anonymat, est d'ailleurs réfutée par le G29 qui préfère parler de « *techniques d'anonymisation* »¹⁹²⁸. Il est vrai que le RGPD ne définit pas l'anonymisation mais y fait référence dans le considérant 26 rédigé ainsi : « *Pour déterminer si une personne physique est identifiable, il convient de prendre en considération l'ensemble des moyens raisonnablement susceptibles d'être utilisés par le responsable du traitement ou par toute autre personne pour identifier la personne physique directement ou indirectement, tels que le ciblage. Pour établir si des moyens sont raisonnablement susceptibles d'être utilisés pour identifier une personne physique, il convient de prendre en considération l'ensemble des facteurs objectifs, tels que le coût de l'identification et le temps nécessaire à celle-ci, en tenant compte des technologies disponibles au moment du traitement et de l'évolution de celles-ci. Il n'y a dès lors pas lieu d'appliquer les principes relatifs à la protection des données aux informations anonymes, à savoir les informations ne concernant pas une personne physique identifiée ou identifiable, ni aux données à caractère personnel rendues anonymes de telle manière que la personne concernée ne soit pas ou plus identifiable. Le présent règlement ne s'applique, par conséquent, pas au traitement de telles informations anonymes, y compris à des fins statistiques ou de recherche* ».

Autrement dit, les données anonymisées sont celles qui concernaient une personne physique identifiée ou identifiable. Le lien entre la personne physique et ces données étant rompu, ces dernières ne sont plus considérées comme des données à caractère personnel, leur traitement redevant « *libre* »¹⁹²⁹.

486. L'atténuation de la distinction entre anonymisation et de pseudonymisation - L'anonymisation doit en principe être distinguée de la pseudonymisation définie par le RGPD comme « *le traitement de données à caractère personnel de telle façon que celles-ci ne puissent plus être attribuées à une personne concernée précise sans avoir recours à des informations supplémentaires, pour autant que ces informations supplémentaires soient*

¹⁹²⁷ Commission européenne, *Lignes directrices relatives au règlement concernant un cadre applicable au libre flux des données à caractère non personnel dans l'Union européenne*, précit.

¹⁹²⁸ G29, *Avis 05/2014 sur les techniques d'anonymisation*, 0829/14/FR, WP 216, 10 avr. 2014, p. 7. À noter que cet avis n'a pas été endossé par l'EDPB : EDPB, *Endorsment 1/2018*, 25 mai 2018). En attendant de nouvelles lignes directrices du CEPD, elles peuvent néanmoins garder leur pertinence : L. MAISNIER-BOCHÉ, « La CNIL maintient une interprétation rigoriste, malgré les incertitudes au niveau européen », comm. sous CNIL, délib. N° SAN-2024-013, 5 sept. 2024, *Cegedim Santé*, CCE 2024, comm. 101.

¹⁹²⁹ I. BOEV, « Le nouveau règlement : un 5^{ème} principe de libre circulation ? », *Dalloz IP/IT* 2020, p. 223.

conservées séparément et soumises à des mesures techniques et organisationnelles afin de garantir que les données à caractère personnel ne sont pas attribuées à une personne physique identifiée ou identifiable »¹⁹³⁰. Il s'agit d'une nouveauté introduite par le règlement, les données pseudonymisées étant parfois considérées jusque-là comme des données anonymisées¹⁹³¹.

La pseudonymisation serait donc l'inverse de l'anonymisation : l'attribution de la donnée à une personne physique est toujours possible mais rendue difficile, raison pour laquelle elle est toujours considérée comme une donnée à caractère personnel. Puisqu'elle atténue « *la corrélation d'un ensemble de données avec l'identité originale d'une personne concernée* »¹⁹³², il s'agit d'une mesure de réduction des risques d'identification¹⁹³³.

Cette affirmation est parue remise en cause par l'arrêt de la CJUE rendu le 4 septembre 2025¹⁹³⁴, non sur le fondement du RGPD mais sur celui du règlement (UE) 2018/1725 relatif à la protection des personnes physiques à l'égard du traitement des données à caractère personnel par les institutions, organes et organismes de l'Union et à leur libre circulation¹⁹³⁵. Pour autant, la Cour précise que l'appréciation de la qualification de données à caractère personnel doit être commune aux deux textes¹⁹³⁶ auquel il convient d'ajouter que ces derniers partagent la même définition de la pseudonymisation¹⁹³⁷. Dans cette espèce, la question portait sur la qualification des données détenues par un responsable de traitement et transmises à un tiers, le responsable du traitement ayant pris soin d'affecter à chaque donnée un code alphanumérique. Pour les juges européens, le fait qu'il faille des informations supplémentaires pour identifier une personne ne signifie pas que les données pseudonymisées sont des données à caractère personnel « *en toute hypothèse et pour toute personne* ». Par conséquent, « *la pseudonymisation peut, selon les circonstances de l'espèce, effectivement empêcher des personnes autres que le responsable de traitement d'identifier la personne concernée de telle*

¹⁹³⁰ RGPD, art. 4 (5).

¹⁹³¹ M. FINCK, F. PALLAS, "They who must not be identified – distinguishing personal from non-personal data under the GDPR", *International Data Privacy Law* 2020, vol. 10, n° 1, p. 21.

¹⁹³² G29, *Avis 05/2014 sur les techniques d'anonymisation*, précit., p. 3.

¹⁹³³ *Ibid.* V. également : M. FINCK, F. PALLAS, "They who must not be identified – distinguishing personal from non-personal data under the GDPR", *International Data Privacy Law* 2020, vol. 10, n° 1, p. 21 ; M. MOURBY *et al.*, "Are 'pseudonymised' data always personal data ? Implications of the GDPR for administrative data research in the UK", *Computer Law & Security Review* 2018, vol. 34, n° 2, p. 222.

¹⁹³⁴ CJUE, 4 sept. 2025, aff. C-413/23 P, *CEDP c/ CRU : Europe* 2025, comm. 357, D. Simon ; *CCE* 2025, comm. 97, L. Maisnier-Boché ; *ibid.*, comm. 89, N. Martial-Braz.

¹⁹³⁵ Règl. (UE) 2018/1725 du PE et du Conseil du 23 octobre 2018 relatif à la protection des personnes physiques à l'égard du traitement des données à caractère personnel par les institutions, organes et organismes de l'Union et à la libre circulation de ces données, et abrogeant le règlement (CE) n° 45/2001 et la décision n° 1247/2002/CE, *JOUE* L 295/39, 21 nov. 2018.

¹⁹³⁶ *CEDP c/ CRU*, §52.

¹⁹³⁷ RGPD, art. 4 (5) ; Règl. (UE) 2018/1725, art. 3 (6).

manière, que pour elles, celle-ci n'est pas ou plus identifiable »¹⁹³⁸. Selon les cas, une même donnée peut donc être qualifiée de donnée à caractère personnel à l'égard d'un responsable de traitement mais pas pour le tiers auquel elle a été transférée.

Au terme de cette décision, la distinction entre anonymisation et pseudonymisation n'est donc plus si claire, y compris dans la doctrine. Si les uns considèrent que les deux notions restent bien distinctes¹⁹³⁹, d'autres estiment que cette décision affirme « *la possibilité d'une anonymisation via des techniques de pseudonymisation* »¹⁹⁴⁰. Le critère temporel et personnel semble effectivement avoir joué ici : nous sommes passés de la pseudonymisation en amont (du côté du responsable de traitement) à l'existence de données anonymes en aval (du côté du tiers). En somme, les données en cause peuvent être restées personnelles pour le premier et avoir perdu cette nature vis-à-vis du second.

487. Seconde catégorie de données à caractère non personnel : les données à caractère non personnel *ab initio* - La catégorie des données à caractère non personnel peut ensuite être composée de données qui ne sont pas à caractère personnel dès l'origine, c'est-à-dire *ab initio*. Pour rappel, pour qu'une donnée soit qualifiée de personnelle, quatre conditions sont nécessaires : il faut être en présence d'une « *information* », « *concernant* », « *une personne physique* », « *identifiée ou identifiable* »¹⁹⁴¹. Une donnée à caractère non personnel est donc celle qui ne concerne pas dès le départ une personne physique identifiée ou identifiable¹⁹⁴². Il en va ainsi des données relatives « *aux conditions météorologiques générées par des capteurs installés sur des éoliennes* », « *aux besoins de maintenance des machines industrielles* », « *à la négociation à haute fréquence dans le secteur financier* », « *à l'agriculture de précision qui contribue à contrôler et à optimiser l'utilisation des pesticides, des nutriments et de l'eau* »¹⁹⁴³.

488. L'objet du traitement dans le cadre des recommandations non personnalisées : les données à caractère non personnel *ab initio* - Les données traitées dans le cadre des recommandations personnalisées sont de nature non personnelle dès l'origine. La catégorie des « *tops* » (*tops* des ventes sur Amazon, vidéos les plus vues sur YouTube, titres les plus

¹⁹³⁸ CEDP c/ CRU, §86.

¹⁹³⁹ N. MARTIAL-BRAZ, « La construction prétorienne de la notion de donnée à caractère personnel : entre affirmation personnaliste et approche relative », *CCE 2025*, comm. 89.

¹⁹⁴⁰ L. MAISNIER-BOCHÉ, « Consécration de l'anonymisation relative », *CCE 2025*, comm. 97.

¹⁹⁴¹ G29, *Avis 4/2007 sur le concept de données à caractère personnel*, 01248/07/FR, WP 136, 20 juin 2007, p. 6.

¹⁹⁴² Commission européenne, *Lignes directrices relatives au règlement concernant un cadre applicable au libre flux des données à caractère non personnel dans l'Union européenne*, précit.

¹⁹⁴³ Commission européenne, *Lignes directrices relatives au règlement concernant un cadre applicable au libre flux des données à caractère non personnel dans l'Union européenne*, précit.

streamés, produit les mieux notés, ...) repose en effet sur les données relatives aux ressources qui feront l'objet du classement. Il s'agit de données sur les contenus indépendantes des acteurs qui les ont mis en ligne. Ces métadonnées ou données d'usage sont diverses selon le type d'*items* à recommander : nombre de fois où tel produit a été acheté, telle vidéo a été lue, tel titre a été écouté, tel produit a été évalué et sa note elle-même. Dans le cadre des systèmes de recherche d'information de type documentaire, ces données ne sont pas liées à l'usage d'un contenu mais à ses mots-clefs par exemple : plus un document contient les mots-clefs saisis par l'utilisateur, plus il sera placé haut dans les résultats de recherche.

Les premiers moteurs de recherche en ligne fonctionnaient sur ce mode¹⁹⁴⁴. En 1998, Sergey Brin et Larry Page, créateurs du moteur de recherche Google, décident d'appliquer le ressort de la bibliométrie et de la scientométrie¹⁹⁴⁵ à la recherche en ligne : « *de façon intuitive, un document doit être important (sans considération pour son contenu) s'il est beaucoup cité par d'autres documents* »¹⁹⁴⁶. Techniquement, il s'agit d'analyser « *la structure relationnelle des pages, qui se tiennent entre elles par des liens hypertextes, pour en extraire un ordre qui capitalise le sens des interactions qu'ont entre eux les internautes qui publient sur le web* »¹⁹⁴⁷. La donnée de base est donc le lien entre deux contenus, matérialisé par l'hypertexte. La date de mise en ligne d'un contenu peut également donner lieu à divers classements fondés sur sa récence (les derniers articles ou la présentation des contenus par ordre chronologique de mise en ligne ou antéchronologique).

489. Les opérations de traitement opérées dans le cadre des recommandations non personnalisées - Le règlement (UE) 2018/1807 définit le traitement de données à caractère non personnel de façon extrêmement large puisqu'il s'agit en effet de « *toute opération ou tout ensemble d'opérations effectuées ou non à l'aide de procédés automatisés et appliquées à des données ou à des ensembles de données sous forme électronique, telles que la collecte, l'enregistrement, l'organisation, la structuration, le stockage, l'adaptation ou la modification, l'extraction, la consultation, l'utilisation, la communication par transmission, la diffusion ou*

¹⁹⁴⁴ D. CARDON, « Dans l'esprit du PageRank. Une enquête sur l'algorithme de Google », *Réseaux* 2013/1, n° 177, p. 66.

¹⁹⁴⁵ D. PONTILLE, D. TORNY, « La manufacture de l'évaluation scientifique. Algorithmes, jeux de données et outils bibliométriques », *Réseaux* 2013/1, n° 177, p. 23.

¹⁹⁴⁶ Cité dans D. CARDON, « Dans l'esprit du PageRank. Une enquête sur l'algorithme de Google », art. précit., p. 72.

¹⁹⁴⁷ D. CARDON, « Dans l'esprit du PageRank. Une enquête sur l'algorithme de Google », art. précit., p. 66.

toute autre forme de mise à disposition, le rapprochement ou l'interconnexion, la limitation, l'effacement ou la destruction »¹⁹⁴⁸.

Les recommandations non personnalisées nécessitent d'abord une opération de collecte des données évoquées. Ces données servant à l'établissement du classement peuvent provenir à l'origine de l'utilisateur d'un espace en ligne donné (clics, *likes*, notes, *smileys*, partages, *hashtags*, ...) sans pour autant que ces données soient fiables à l'internaute en question. Elles peuvent également provenir du fournisseur du contenu qui lui adjoint des métadonnées afin de décrire le contenu par exemple pour mieux le référencer (titre, durée, format, thématique, genre, année), en être extraites automatiquement (mots, expressions utilisées, citations contenues dans la ressource) ou être générées par sa mise en ligne (date d'ajout).

Chaque contenu en ligne est donc susceptible de faire l'objet de diverses métriques dont le nombre sera calculé par un algorithme¹⁹⁴⁹. Ce type de recommandation est donc relativement basique puisque l'algorithme ne fait que comptabiliser le nombre de fois où un *item* est « vu », « commenté », « partagé », « cité », quelle note il a reçue en moyenne, combien de fois les mots-clefs saisis par un internaute y apparaît, avant de classer les *items* par ordre décroissant d'importance au vu de leurs métriques respectives. Parfois, le classement est même encore plus simple comme dans le cas des contenus classés par ordre alphabétique ou ordre antéchronologique de mise en ligne. Il s'agit donc d'une opération d'agrégation assez triviale qui relève en réalité de la simple statistique mais qui aboutit à des recommandations d'autant plus incitatives qu'elles reposent sur un principe d'objectivité : si une masse d'internautes a écouté ce titre, a été satisfait d'un repas dans tel restaurant, si ce site est fréquemment consulté, si cette page possède beaucoup d'hypertextes entrants, c'est que cet *item* devrait intéresser les autres. Cela peut avoir des conséquences d'un point de vue économique pour les fournisseurs des contenus qui peuvent être tentés de gonfler ces métriques en achetant des *likes*, des *streams* ou de faux avis. Cela favorise également les *buzz* en ligne comme sur X où plus un *hashtag* est utilisé par les utilisateurs, plus les autres utilisateurs vont être tentés de publier des contenus avec le même *hashtag* accentuant sa popularité.

¹⁹⁴⁸ Règl. (UE) 2018/1807, art. 3 (2). V. également : Règl. DGA, art. 2 (12). A noter que la définition du traitement de ce type de données est identique à la définition du traitement des données à caractère non personnel : RGPD, art. 4 (2).

¹⁹⁴⁹ D. CARDON, « L'ordre du web », *Medium*, 2011/4, n° 29, p. 194 ; CH. BENAVENT, *Plateformes. Sites collaboratifs, marketplaces, réseaux sociaux ... Comment ils influencent nos choix*, FYP éditions, 2016, p. 126 et s.

B. Un traitement de données néanmoins encadré par le droit

490. Les données non personnelles saisies par le droit - Qualifier une donnée de non personnelle ne revient pas à la soustraire au domaine du droit. Les traitements de données à caractère non personnel sont encadrés en amont, à l'exemple des *cookies* (1), et en aval, à l'instar du partage de données entre fournisseurs (2).

1. L'encadrement en amont des traitements de données à caractère non personnel : l'exemple des *cookies*

491. L'appréhension technique et juridique des *cookies* - Il n'existe pas de définition juridique du *cookie*. La directive *e-privacy* mentionne des « *dispositifs* » qui « *peuvent pénétrer dans le terminal de l'utilisateur à son insu afin de pouvoir accéder à des informations, stocker des informations cachées ou suivre les activités de l'utilisateur, et peuvent porter gravement atteinte à la vie privée de ce dernier* »¹⁹⁵⁰, à l'instar des « *témoins de connexion (cookies)* »¹⁹⁵¹ que la proposition de règlement destinée à la remplacer qualifie de « *cookies traceurs* »¹⁹⁵². La CNIL définit quant à elle un *cookie* comme « *un petit fichier stocké par un serveur dans le terminal (ordinateur, téléphone, etc.) d'un utilisateur et associé à un domaine web (c'est-à-dire dans la majorité des cas à l'ensemble des pages d'un même site web). Ce fichier est automatiquement renvoyé lors de contacts ultérieurs avec le même domaine* »¹⁹⁵³.

492. La catégorisation des *cookies* - Il existe plusieurs catégorisations de *cookies*. Ils peuvent par exemple être distingués selon leur durée de vie : les *cookies* de session sont supprimés automatiquement lorsque l'utilisateur arrête sa navigation, certains sont dits persistants lorsqu'ils demeurent « *actifs* » quand bien même l'utilisateur stoppe sa navigation ou éteint son ordinateur¹⁹⁵⁴.

¹⁹⁵⁰ Dir. 2002/58/CE, consid. 24.

¹⁹⁵¹ Dir. 2002/58/CE, consid. 25.

¹⁹⁵² Proposition de règlement du PE et du Conseil concernant le respect de la vie privée et la protection des données à caractère personnel dans les communications électroniques et abrogeant la directive 2002/58/CE (règlement «vie privée et communications électroniques»), consid. 22.

¹⁹⁵³ « *Cookie* », CNIL, accessible en ligne : <https://www.cnil.fr/fr/definition/cookie>.

¹⁹⁵⁴ F. J. ZUIDERVEEN BORGESIU, "Singling out people without knowing their names. Behavioural targeting, pseudonymous data, and the new Data Protection Regulation", *Computer Law & Security Review* 2016, vol. 32, n° 2, p. 257.

D'autres sont qualifiés de « *zombies* » en raison de leur capacité à « *ressusciter* » alors même qu'ils ont été supprimés par l'utilisateur¹⁹⁵⁵.

Une autre distinction repose sur l'entité qui dépose le *cookie* sur le terminal de l'utilisateur qui peut être l'éditeur du site visité ou un tiers (*third-party cookies*)¹⁹⁵⁶.

Enfin, une dernière distinction repose sur les fonctions des *cookies*. Selon la CNIL, les *cookies* peuvent servir à mémoriser « *votre identifiant client auprès d'un site marchand, le contenu courant de votre panier d'achat, la langue d'affichage de la page web, un identifiant permettant de tracer votre navigation à des fins statistiques ou publicitaires, etc.* »¹⁹⁵⁷. La directive *e-privacy* mentionne de son côté la possibilité d'« *évaluer l'efficacité de la conception d'un site et de la publicité faite pour ce site* », de « *contrôler l'identité des utilisateurs des transactions en ligne* »¹⁹⁵⁸.

493. Des règles indépendantes de la nature des données collectées par le *cookie* - Les recommandations non personnalisées ne reposent pas nécessairement sur l'utilisation de *cookies* dans la mesure où ils ne sont pas indispensables à la comptabilisation de consommation d'un *item*. Mais en pratique, la plupart des espaces en ligne reposent sur l'utilisation de tels *cookies*. Leur dépôt et leur utilisation sont encadrés indépendamment du caractère personnel des données qu'ils collectent¹⁹⁵⁹. En effet, le *cookie* est une immixtion dans la sphère privée d'un utilisateur¹⁹⁶⁰, dans la mesure où il pénètre son terminal. Il faut par conséquent distinguer les règles relatives au traitement de données personnelles des règles relatives aux *cookies*.

Indépendamment du fait de savoir si les données traitées par un *cookie* sont à caractère personnel ou non, le principe est que le dépôt d'un tel dispositif doit se faire après en avoir informé l'utilisateur, et ce avant le stockage ou l'accès aux données par le *cookie*¹⁹⁶¹. Le consentement de l'utilisateur n'est en revanche pas requis lorsque le *cookie* a une finalité

¹⁹⁵⁵ *Ibid.*

¹⁹⁵⁶ *Ibid.* V. également : « *Cookie* », CNIL, accessible en ligne : <https://www.cnil.fr/fr/definition/cookie>.

¹⁹⁵⁷ « *Cookie* », CNIL, accessible en ligne : <https://www.cnil.fr/fr/definition/cookie>.

¹⁹⁵⁸ Dir. 2002/58/CE, consid. 25.

¹⁹⁵⁹ CNIL, délib. n° 2020-091 du 17 septembre 2020 portant adoption de lignes directrices relatives à l'application de l'article 82 de la loi du 6 janvier 1978 modifiée aux opérations de lecture et d'écriture dans le terminal d'un utilisateur (notamment aux « *cookies* et autres traceurs ») et abrogeant la délibération n° 2019-093 du 4 juillet 2019, *JORF* n° 0240, 2 oct. 2020, pt 14. V. également : CJUE, 1^{er} oct. 2019, aff. C-673/17, *Planet 49*, §68 : *RLDI* 2019 /163, n° 5581, L. Costes ; *Europe* 2019, comm. 492, F. Péraldi-Leneuf ; *CCE* 2020, étude 2, H. Adda et R. Perray – G29, *Guidelines 2/2023 on Technical Scope of Art. 5(3) of ePrivacy Directive*, version 2.0, 7 oct. 2024, pp. 6-7 – G29, *Avis 2/2010 sur la publicité comportementale en ligne*, 00909/10/FR WP 171, 22 juin 2010, p. 10.

¹⁹⁶⁰ Dir. 2002/58/CE, consid. 24 ; G29, *Guidelines 2/2023 on Technical Scope of Art. 5(3) of ePrivacy Directive*, précit., pp. 6-7.

¹⁹⁶¹ Dir. 2002/58/CE, art. 5 §3. Cette disposition est transposée à l'article 82 de la L. n° 78-17 du 6 janvier 1978 relative à l'informatique, aux fichiers et aux libertés.

exclusivement technique (effectuer la communication électronique¹⁹⁶² ou la faciliter¹⁹⁶³) ou qu'il est « *strictement nécessaire au fournisseur pour la fourniture d'un service de la société de l'information expressément demandé par l'abonné ou l'utilisateur*¹⁹⁶⁴ ».

494. La question de l'exemption de consentement aux cookies d'audience - Selon la CNIL, les traceurs de mesures d'audience ou de fréquentation, dont les *cookies*, peuvent rentrer dans les cas des exemptions sans être très claire sur la catégorie concernée, les deux semblant être visées. Elle considère en effet dans le même temps qu'ils « *sont dans de nombreux cas indispensables au bon fonctionnement du site ou de l'application et donc à la fourniture du service* » et qu'ils peuvent répondre « *à différents besoins (mesure des performances, détection des problèmes de navigation, optimisation des performances techniques ou de l'ergonomie, estimation de la puissance des serveurs nécessaires, analyse des contenus consultés, etc.)* » lesquels « *sont strictement nécessaires au fonctionnement et aux opérations d'administration courante d'un site web ou d'une application* »¹⁹⁶⁵.

Le dernier exemple donné par la CNIL laisse en outre songeur dans la mesure où l'on peut se demander en quoi analyser les contenus consultés par les utilisateurs est strictement nécessaire au fonctionnement technique d'un espace numérique ou strictement nécessaire à la fourniture du service. Ce point précis était abordé par une proposition de règlement censée modifier la directive *e-privacy* mais abandonnée en février 2025¹⁹⁶⁶. Cette proposition avait le mérite d'être plus claire car elle changeait de perspective. Le recours aux *cookies* était interdit sauf dans quatre hypothèses : s'il était « *nécessaire à la seule fin d'assurer une communication électronique dans un réseau de communications électroniques* », « *si l'utilisateur final a donné son consentement* », s'il « *est nécessaire pour fournir un service de la société de l'information demandé par l'utilisateur final* » ou s'il est « *nécessaire pour mesurer des résultats d'audience* ».

¹⁹⁶² Dir. 2002/58/CE, art. 5 §3; L. n° 78-17 du 6 janvier 1978 relative à l'informatique, aux fichiers et aux libertés, art. 82 al. 2, 1°.

¹⁹⁶³ L. n° 78-17 du 6 janvier 1978 relative à l'informatique, aux fichiers et aux libertés, art. 82 al. 2, 1°.

¹⁹⁶⁴ Dir. 2002/58/CE, art. 5 §3.; L. n° 78-17 du 6 janvier 1978 relative à l'informatique, aux fichiers et aux libertés, art. 82 al. 2, 2°.

¹⁹⁶⁵ CNIL, délib. n° 2020-091 du 17 septembre 2020 portant adoption de lignes directrices relatives à l'application de l'article 82 de la loi du 6 janvier 1978 modifiée aux opérations de lecture et écriture dans le terminal d'un utilisateur (notamment aux « cookies et autres traceurs ») et abrogeant la délibération n° 2019-093 du 4 juillet 2019, *JORF* n° 0240, 2 oct. 2020, pt. 50.

¹⁹⁶⁶ Commission européenne, *Annexes to the Communication from the Commission to the European Parliament, the Council, the European Economic and Social, Commission Work Program 2025*, COM(2025) 45 final, 11 févr. 2025, p. 27.

sur le web, à condition que ce mesurage soit effectué par le fournisseur du service de la société de l'information demandé par l'utilisateur final »¹⁹⁶⁷.

Si l'admission du consentement au titre des exceptions n'était pas exempte de critique, cela clarifiait néanmoins la nature de la finalité des *cookies* d'audience qui n'apparaissait plus strictement technique mais comme « *un moyen légitime et utile de mesurer, par exemple le trafic vers un site web* »¹⁹⁶⁸.

2. L'encadrement en aval des traitements de données à caractère non personnel : l'exemple du partage des données entre fournisseurs

495. L'enjeu du partage des données de consommation des contenus - Il peut être intéressant pour le fournisseur d'un contenu recommandé d'avoir accès aux détails des statistiques obtenues par cet *item* lorsque ce dernier est hébergé par un autre espace numérique. À l'ère des plateformes, cet accès est crucial et s'inscrit dans le questionnement du pouvoir de ces acteurs : « *La performance des algorithmes développés par les plateformes numériques et la pertinence des résultats qu'ils proposent sont plus optimales si la plateforme dispose d'un grand nombre d'utilisateurs. Ceci constitue d'ailleurs le fondement de la "loi" dite de Metcalf qui démontre que la valeur d'un réseau est proportionnelle au nombre de ses participants. En d'autres termes, plus le nombre d'utilisateurs d'une plateforme augmente, plus celle-ci suscite l'attrait et plus elle prend de la valeur tout en proposant des services de recommandation sur la base de l'analyse de données agrégées de sa masse d'utilisateurs* »¹⁹⁶⁹.

496. Un partage encadré par le droit européen - Le rôle crucial des données, dont les données d'usage, était déjà évoqué dans le règlement P2B qui indique, s'agissant des services d'intermédiation en ligne, que « *la capacité d'accéder aux données, y compris celles à caractère personnel, et de les utiliser, peut permettre une importante création de valeur dans l'économie des plateformes en ligne, tant de manière générale que pour les entreprises utilisatrices et les services d'intermédiation en ligne concernés. Il est par conséquent*

¹⁹⁶⁷ Proposition de règlement du PE et du Conseil concernant le respect de la vie privée et la protection des données à caractère personnel dans les communications électroniques et abrogeant la directive 2002/58/CE (règlement «vie privée et communications électroniques»), art. 8 §1.

¹⁹⁶⁸ *Ibid.*, consid. 21.

¹⁹⁶⁹ D. TCHÉHOALI, J. PLAMONDON, *Données d'usage et usage des données à l'ère des plateformes. De la nécessité d'un encadrement réglementaire pour une meilleure affirmation de notre souveraineté numérique*, ISOC Québec, Coalition pour le Culture et les Médias (CCM), 2019, p. 23.

*important que les fournisseurs de services d'intermédiation en ligne présentent aux entreprises utilisatrices une description claire de l'ampleur, de la nature et des conditions de leur accès à certaines catégories de données et de leur utilisation de ces données [...]. Il pourrait s'agir par exemple des notes et des évaluations accumulées par les entreprises utilisatrices sur les services d'intermédiation en ligne »*¹⁹⁷⁰. Le texte se limite en revanche à imposer une obligation de transparence sur ces services à l'égard des entreprises utilisatrices en matière d'accès aux données, c'est-à-dire que cet accès, lorsqu'il existe, doit être décrit dans leurs conditions générales¹⁹⁷¹.

Le règlement DMA va plus loin. Tout en élargissant la catégorie des acteurs concernés en tant que services de plateformes essentiels (service d'intermédiation en ligne, moteurs de recherche, réseaux sociaux, services de partage de vidéos en ligne, ...), le texte fait de l'accès aux données un moyen de parvenir à la contestabilité des marchés numériques, les contrôleurs d'accès ayant en effet accès à de grandes quantités de données, qu'ils collectent ou qu'ils génèrent à l'occasion de l'utilisation de leurs services par des utilisateurs finaux de ces entreprises utilisatrices¹⁹⁷². L'article 6 §1 fait donc interdiction au contrôleur d'accès d'utiliser les données qui ne sont pas accessibles au public (*« toutes les données agrégées et non agrégées générées par les entreprises utilisatrices qui peuvent être déduites ou collectées au travers des activités commerciales de ces entreprises ou de leurs clients, y compris les données concernant les clics, les recherches, les vues et la voix, dans le cadre des services de plateforme essentiels concernés ou de services fournis conjointement aux services de plateforme essentiels concernés du contrôleur d'accès, ou à leur appui »*¹⁹⁷³) en concurrence avec les entreprises d'utilisatrices. Un accès gratuit, continu, de haute qualité et en temps réel à ces données doit leur être également assuré ainsi qu'aux tiers autorisés par ces entreprises utilisatrices. Si ces données sont de nature personnelle, l'accès est alors conditionné au consentement des utilisateurs finaux concernés¹⁹⁷⁴.

497. L'absence de partage de données en matière de distribution de contenus -

S'agissant des distributeurs de contenus, aucun texte ne leur fait obligation de partager les métriques de consommation des contenus disponibles. Il est intéressant de noter à cet égard que les chiffres du *box-office* réalisés par des films sont publiés chaque semaine. Le WGA (syndicat

¹⁹⁷⁰ Règl. P2B, consid. 33.

¹⁹⁷¹ Règl. P2B, art. 9. A noter que les moteurs de recherche en ligne ne sont pas concernés par cette obligation.

¹⁹⁷² Règl. DMA, consid. 60.

¹⁹⁷³ Règl. DMA, art. 6 §2.

¹⁹⁷⁴ Règl. DMA, art. 6 §10.

des scénaristes aux Etats-Unis) a conclu un accord le 25 septembre 2023 avec un certain nombre de plateformes de distribution, comme Netflix et HBO, qui se voient notamment obligées de partager les données de visionnage au syndicat, ce qui permettra entre autres de contrôler l'adéquation de la rémunération des scénaristes à la performance du contenu par exemple¹⁹⁷⁵. Il arrive néanmoins que Netflix communique publiquement et volontairement certaines statistiques fondées sur le total d'heures visionnées des titres.

§2. Un traitement de données personnelles *a maxima*

498. L'extension de la qualification de données personnelles et son impact sur la qualification des recommandations - S'il est acquis que la recommandation numérique constitue un traitement de données, la qualification des données qui en font l'objet peut en réalité poser question. Si les recommandations personnalisées doivent être qualifiées de traitements de données à caractère personnel (B), il en va en réalité également ainsi des recommandations non personnalisées (A).

A. L'application de la qualification de traitement à caractère personnel aux recommandations non personnalisées

499. Les failles originelles du droit des données - La protection du droit des données à caractère personnel est en apparence très liée au respect dû à la vie privée et familiale. Ainsi que le relève le G29¹⁹⁷⁶, il convient de considérer la protection des données à caractère personnel comme un droit autonome parce que ses règles juridiques dépassent celles de la protection du droit au respect de la vie privée et familiale, ce que confirme la rédaction de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne qui traite ces deux droits de façon séparée¹⁹⁷⁷. Par

¹⁹⁷⁵ Summary of the 2023 WGA MBA, *WGA contract 2023*, accessible en ligne : <https://www.wgacontract2023.org/the-campaign/summary-of-the-2023-wga-mba>. D'autres syndicats s'étaient mis en grève à ce sujet comme le SAG-AFTRA (syndicat des acteurs). Sur ces grèves et leurs suites v. not. : K. CAMPIONE, "New WGA & SAG-AFTRA Residuals Model Explained : "Poker Face" & "Secret Invasion" Could Join "Stranger Things" & "Wednesday" In Streaming Bonus Club", *Deadline*, 30 nov. 2023, accessible en ligne : <https://deadline.com/2023/11/streaming-model-explained-sag-aftra-wga-residuals-deal-1235642995/>.

¹⁹⁷⁶ G29, *Avis 4/2007 sur le concept de données à caractère personnel*, 01248/07/FR, WP 136, 20 juin 2007, p. 8.

¹⁹⁷⁷ L'article 7 concerne le droit à la vie privée et familiale (« Toute personne a droit au respect de sa vie privée et familiale, de son domicile et de ses communications ») tandis que l'article 8 concerne les données personnelles (« 1. Toute personne a droit à la protection des données à caractère personnel la concernant. 2. Ces données doivent être traitées loyalement, à des fins déterminées et sur la base du consentement de la personne concernée ou en vertu d'un autre fondement légitime prévu par la loi. Toute personne a le droit d'accéder aux données

conséquent, le concept de données à caractère personnel, s'il peut recouper parfois le champ d'application de la vie privée et familiale – lui-même extrêmement large¹⁹⁷⁸ – peut également l'excéder. D'un côté, le droit à la protection des données à caractère personnel accède au statut de droit fondamental, lié historiquement à l'autodétermination des individus, tout en la débordant¹⁹⁷⁹. De l'autre, en tant que droit fondamental, il ne peut être interprété de manière restrictive¹⁹⁸⁰. Ceci n'est pas sans conséquence sur les rapports entre le droit à la protection des données à caractère personnel et les règles applicables aux données à caractère non personnel. L'articulation des deux se fait sur le mode « *on/off* »¹⁹⁸¹ : une donnée est soit à caractère personnel, soit à caractère non personnel. Dès lors, la qualification de donnée personnelle s'avère extensive (1) ce qui a pour effet de soumettre les recommandations non personnalisées au RGPD (2).

1. Une qualification extensive de la donnée à caractère personnel

500. La définition de la donnée à caractère personnel - L'article 4 (1) du RGPD définit une donnée à caractère personnel comme suit : « *toute information se rapportant à une personne physique identifiée ou identifiable (ci-après dénommée "personne concernée"); est réputée être une "personne physique identifiable" une 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* ». Il s'agit par conséquent d'une notion large¹⁹⁸² incluant donc des données nominatives, mais également des données potentiellement

collectées la concernant et d'en obtenir la rectification. 3. Le respect de ces règles est soumis au contrôle d'une autorité indépendante »).

¹⁹⁷⁸ CEDH, 16 févr. 2000, n° 27798/95, *Amann c/ Suisse*, §65.

¹⁹⁷⁹ M. L. MONTAGNINI, M. VERSTRAETE, "What Makes Data Personal ?", *UC Davis Law Review* 2023, vol. 56, p. 1185 et s.

¹⁹⁸⁰ CEPD, *Observations sur une proposition de règlement du Parlement européen et du Conseil concernant un cadre applicable à la libre circulation des données à caractère non personnel dans l'Union européenne*, 8 juin 2018, p. 6. Cela ne l'empêche pas, comme tout droit fondamental, d'être mis en balance avec d'autres droits fondamentaux à l'exemple du secret des affaires. Sur ce point, v. : CJUE 27 févr. 2025, aff. C-203/22, *Dun & Bradstreet Austria* : *Dalloz act.*, 13 mars 2025, obs. C. Chrichton ; *Dalloz IP/IT* 2025, p. 384, obs. Th. Douville ; *ibid.*, p. 187, obs. S. Kessaci ; *RTD com.* 2025, p. 408, note E. Netter ; *Europe* 2025, comm. 122, note C. Grudler.

¹⁹⁸¹ P. M. SCHWARTZ, D. J. SOLOVE, "The PII Problem : Privacy and a New Concept of Personally Identifiable information", *New-York University Law Review* 2011, vol. 86, p. 1814. V. également : M. FINCK, F. PALLAS, "They who must not be identified – distinguishing personal from non-personal data under the GDPR", *International Data Privacy Law* 2020, vol. 10, n° 1, p. 12 ; K. FAVRO, « « Les données non personnelles » : un nouvel objet juridique », *Dalloz IP/IT* 2020, p. 234.

¹⁹⁸² G29, *Avis 4/2007 sur le concept de données à caractère personnel*, 01248/07/FR, WP 136, 20 juin 2007, p. 6.

identifiantes comme l'adresse MAC¹⁹⁸³, l'adresse IP¹⁹⁸⁴, ... En raison de cette appréhension large (a), des données non personnelles en première attention peuvent tout de même rentrer dans la qualification de données personnelles (b).

a. Une appréhension large des conditions de qualifications de la donnée à caractère personnel

501. Quatre éléments constitutifs de la donnée à caractère personnel - Dans son avis du 20 juin 2007¹⁹⁸⁵, le G29 identifie quatre critères pour qualifier une donnée comme étant à caractère personnel : « une information » (i), « concernant » (iii), « une personne physique » (ii), « identifiée ou identifiable » (iv).

i. Une information

502. L'indifférence du caractère objectif ou subjectif de l'information - La donnée à caractère personnel est d'abord une information. Elle peut être de nature objective (le groupe sanguin d'une personne par exemple) ou subjective à l'instar des avis et des appréciations portant sur une personne (à l'instar du *scoring* dans les secteurs de la banque, des assurances ou de l'emploi)¹⁹⁸⁶. À ce titre, il a été jugé par la CJUE que « les réponses écrites fournies par un candidat lors d'un examen professionnel et les éventuelles annotations de l'examineur relatives à ces réponses constituent des données à caractère personnel »¹⁹⁸⁷.

¹⁹⁸³ CE, 8 févr. 2017, 9^{ème} et 10^{ème} ch. réunies, n° 393714, *Société JC Decaux* : CCE 2017, comm. 37, obs. N. Metallinos ; JCP A 2017, act. 125, note C. Fridrich.

¹⁹⁸⁴ Cass. civ. 1^{ère}, 3 nov. 2016, n° 15-22.595 : JCP G 2016, 1310, note R. Perray – Cass. soc., 25 nov. 2020, n° 17-19.523 : RLDI 2020/176, n° 5985, obs. L. Costes ; CCE 2021, comm. 7, note A. Debet ; JCP G 2021, n° 159, note B. Bossu. V. également : CJUE, 19 oct. 2016, aff. C-582/14, *Breyer* (adresse IP dynamique) : Europe 2016, comm. 444, obs. F. Gazin ; CCE 2016, comm. 104, obs. N. Metallinos ; RLDI 2016/134, n° 4944, note B. Pautrot ; RLDI 2016/132, n° 4411, note B. Spitz ; RLDI 2016/131, n° 4087, obs. L. Costes ; Dalloz IP/IT 2017, p. 120, obs. G. Péronne et E. Daoud – CJUE, 24 nov. 2011, aff. C-70/10, *Scarlet Extended SA* (adresse IP statique) : CCE 2012, comm. 63, note A. Debet ; *ibid.*, étude 3, note A. Neri ; Gaz. Pal. 2012, n° 46, p. 20, obs. L. Marino ; RLDI 2012/79, n° 2622, comm. C. Castets-Renard ; Propr. intell. 2012, n° 42, p. 47, obs. V.-L. Benabou ; D. 2012, p. 2347, obs. P. Tréfigny ; *ibid.*, p. 2851, obs. P. Sirinelli.

¹⁹⁸⁵ G29, *Avis 4/2007 sur le concept de données à caractère personnel*, précit., p. 6.

¹⁹⁸⁶ *Ibid.*, p. 7.

¹⁹⁸⁷ CJUE, 20 déc. 2017, aff. C-434/16, *Nowak*, §62 : Europe 2018, comm. 42, note A. Rigaux ; RLDI 2018/145, n° 5165, obs. L. Costes ; CCE 2018, comm. 23, note N. Metallinos.

503. L'indifférence de la véracité ou du contenu de l'information - Peu importe que l'information concernant la personne soit vraie ou prouvée puisque dans le cas contraire, la personne ne pourrait avoir le droit d'accéder à ces informations¹⁹⁸⁸. S'agissant de son contenu, l'information peut concerner au premier chef la vie privée et familiale d'une personne mais également « *les informations relatives à ses activités, quelles qu'elles soient, tout comme celles concernant ses relations de travail ainsi que son comportement économique ou social* »¹⁹⁸⁹.

504. L'indifférence du format de l'information - Peu importe le format de l'information (alphabétique, numérique, graphique, photographique, acoustique)¹⁹⁹⁰. La voix, tout comme l'image, peut également être des données à caractère personnel en soi¹⁹⁹¹. S'agissant de la voix, la CNIL relève qu'il s'agit d'une donnée intime, car elle constitue un élément essentiel de la construction de l'identité : « *notre voix est porteuse de messages plus complexes que le simple "sens" des mots prononcés (le signifié). Ces informations non-verbales contiennent les éléments dits paralinguistiques : silences, intonations, gestes, posture du corps, ton de la voix, expressions faciales, etc. Le signal vocal permet donc l'extraction d'informations nombreuses et diverses : la signification du message bien évidemment, mais également des indications relatives à l'âge, au sexe, à la condition physique, à la familiarité avec la langue, à l'accent, à l'origine géographique et socio-culturelle, à l'éducation, à l'état de santé ou émotionnel, etc.* »¹⁹⁹². La voix peut parfois être considérée comme une donnée biométrique¹⁹⁹³ à l'instar des empreintes digitales¹⁹⁹⁴, données qui ont la particularité de pouvoir être considérées comme le contenu d'une information en même temps qu'un identificateur¹⁹⁹⁵. L'ADN par exemple renseigne sur le corps de la personne mais peut également servir à relier une personne à une scène de crime.

¹⁹⁸⁸ *Ibid.*

¹⁹⁸⁹ G29, *Avis 4/2007 sur le concept de données à caractère personnel*, précit., p. 7. V. également : CJUE, 6 nov. 2003, aff. C-101/2001, *Lindqvist*, §24 ; Europe 2004, comm. 18, note F. Mariatte ; CCE 2004, comm. 46, note R. Munoz ; D. 2004, p. 1062, note L. Burgogue-Larsen ; RSC 2004, p. 712, obs. L. Idot.

¹⁹⁹⁰ G29, *Avis 4/2007 sur le concept de données à caractère personnel*, précit., p. 8.

¹⁹⁹¹ V. par ex. à propos d'images d'une personne enregistrées par la police lors de sa déposition : CJUE, 14 févr. 2019, aff. C-345/17, *Buivids* ; Europe 2019, comm. 141, obs. F. Gazin ; RLDI 2019/157, n° 5361, obs. L. Costes ; CCE 2019, comm. 27, obs. A. Debet.

¹⁹⁹² CNIL, *A votre écoute. Exploration des enjeux éthiques, techniques et juridiques des assistants vocaux*, Livre blanc, 2020, p. 5.

¹⁹⁹³ G29, *Avis 4/2007 sur le concept de données à caractère personnel*, précit., p. 9 ; CNIL, *A votre écoute. Exploration des enjeux éthiques, techniques et juridiques des assistants vocaux*, précit., p. 8.

¹⁹⁹⁴ G29, *Avis 4/2007 sur le concept de données à caractère personnel*, précit., p. 9.

¹⁹⁹⁵ *Ibid.*

ii. La personne physique, bénéficiaire de la protection

505. Exclusion relative des données relatives à des personnes décédées ou morales -

L'information doit en principe concerner une personne physique. A *contrario*, cela signifie que ne serait pas considérée comme une donnée à caractère personnel une information concernant une personne physique décédée – puisque la personnalité juridique débute à la naissance d'une personne et cesse à sa mort¹⁹⁹⁶ – ou une personne morale¹⁹⁹⁷. Mais comme le note le G29, une même information peut concerner une personne vivante et une personne décédée (l'existence d'une maladie héréditaire par exemple)¹⁹⁹⁸ de même qu'une même donnée peut se rattacher à une personne physique et dans le même temps à une personne morale (une société commerciale portant le nom de son dirigeant)¹⁹⁹⁹.

iii. Une information « relative à » une personne physique

506. Les moyens de rattacher une personne physique à une information : contenu, finalité et résultat - Trois éléments alternatifs permettent d'établir qu'une information est « relative à » une personne physique²⁰⁰⁰.

La donnée peut avoir « trait » à la personne physique dans le contenu même de l'information, indépendamment de la finalité pour laquelle elle est traitée ou de son impact sur la personne concernée (résultats d'analyses médicales par exemple)²⁰⁰¹.

La donnée peut encore être relative à une personne physique lorsque « *les données sont utilisées ou susceptibles d'être utilisées, compte tenu de l'ensemble des circonstances du cas d'espèce, afin d'évaluer, de traiter d'une certaine manière ou d'influer sur le statut ou le comportement d'une personne physique* » (l'historique d'appels au sein d'une entreprise permet de savoir qui appelle ou reçoit des appels en fonction des heures de présence des personnes)²⁰⁰².

¹⁹⁹⁶ *Ibid.*, p. 24.

¹⁹⁹⁷ *Ibid.*, p. 26.

¹⁹⁹⁸ *Ibid.*, p. 25.

¹⁹⁹⁹ *Ibid.*, p. 26.

²⁰⁰⁰ *Ibid.*, p. 11 ; CJUE, 20 déc. 2017, aff. C-434/16, *Nowak*, §35 : *Europe* 2018, comm. 42, note A. Rigaux ; *RLDI* 2018/145, n° 5165, obs. L. Costes ; *CCE* 2018, comm. 23, note N. Metallinos.

²⁰⁰¹ G29, *Avis 4/2007 sur le concept de données à caractère personnel*, 01248/07/FR, WP 136, 20 juin 2007, p. 11.

²⁰⁰² *Ibid.*, pp. 11-12.

Enfin, une information peut concerner une personne physique par son résultat, c'est-à-dire lorsque son utilisation est « *susceptible d'avoir un impact sur certains des droits et intérêts d'une personne, compte tenu de l'ensemble des circonstances du cas d'espèce* » (localisation des taxis permettant de contrôler le respect des limitations de vitesse des chauffeurs)²⁰⁰³.

507. Appréciation extensive de la CJUE et du G29 : la donnée au-delà de la personne -

S'il n'est pas nécessaire que des données cumulent ces trois facteurs, il peut arriver que ce soit le cas comme l'illustre l'affaire *Nowak* traitée par la CJUE²⁰⁰⁴. Les juges ont en effet considéré que la copie d'un candidat à un examen professionnel pouvait être qualifiée de donnée à caractère personnel par son contenu (niveau de connaissance, processus de jugement, esprit critique du candidat), sa finalité (évaluer ses capacités professionnelles et son aptitude à exercer un métier) et son résultat (conséquences du succès ou de l'échec à l'examen)²⁰⁰⁵. Il en est allé de même pour les annotations de l'examineur sur la copie d'examen par leur contenu (elles reflètent l'avis de l'examineur sur les performances du candidat), leur finalité (documenter l'évaluation de ces performances) et leur résultat (conséquences du succès ou de l'échec à l'examen)²⁰⁰⁶.

Le G29 précise d'ailleurs qu'une même donnée peut concerner plusieurs personnes, les unes en référence au contenu de l'information, les autres par rapport à la finalité du traitement et d'autres encore eu égard au résultat de ce traitement²⁰⁰⁷. Dans l'affaire *Nowak*, la copie d'examen et les annotations de l'examineur ont été qualifiées de données à caractère personnel relatives au candidat mais la Cour précise que ces annotations pouvaient également constituer « *des informations concernant l'examineur* »²⁰⁰⁸.

Toujours est-il que ces facteurs contribuent encore à élargir la notion de donnée à caractère personnel dans la mesure où l'approche « *contenu* » permet parfois de considérer que les données concernant un bien concernent également une personne physique et que les approches « *finalité* » et « *résultats* » sont de l'ordre du potentiel²⁰⁰⁹. En d'autres termes, la condition selon laquelle l'information concerne une personne ne signifie pas qu'elle doive être « *axée* » sur la personne.

²⁰⁰³ *Ibid.*, p. 12.

²⁰⁰⁴ CJUE, 20 déc. 2017, aff. C-434/16, *Nowak* : *Europe* 2018, comm. 42, note A. Rigaux ; *RLDI* 2018/145, n° 5165, obs. L. Costes ; *CCE* 2018, comm. 23, note N. Metallinos.

²⁰⁰⁵ *Nowak*, §§37-39.

²⁰⁰⁶ *Nowak*, §§44-45.

²⁰⁰⁷ G29, *Avis 4/2007 sur le concept de données à caractère personnel*, précit., p. 13.

²⁰⁰⁸ *Nowak*, §§43-44.

²⁰⁰⁹ N. PURTOVA, "The law of everything. Broad concept of personal data and future of EU data protection law", *Law, Innovation and Technology* 2018, vol. 10, n° 1, p. 54.

iv. L'identification ou l'identifiabilité de la personne physique

508. L'identification de la personne au-delà de son identité - Le quatrième critère consiste dans le fait que l'information concerne dans son contenu, sa finalité ou son résultat, une personne physique « *identifiée ou identifiable* ». Selon le G29, une personne est identifiée lorsqu'elle se « *distingue* » au sein d'un groupe de personnes et identifiable lorsqu'elle n'est pas identifiée au sein d'un groupe de personnes mais qu'il est possible de le faire²⁰¹⁰. L'identification de la personne dépend donc du contexte.

Elle peut être directe par le nom de la personne par exemple, même si cette information n'est en réalité pas toujours nécessaire pour identifier une personne : « *Sans même s'enquérir du nom et de l'adresse de la personne, on peut la caractériser en fonction de critères socio-économiques, psychologiques, philosophiques ou autres et lui attribuer certaines décisions dans la mesure où le point de contact de la personne (l'ordinateur) ne nécessite plus nécessairement la révélation de son identité au sens étroit du terme. En d'autres termes, la possibilité d'identifier une personne n'implique plus nécessairement la faculté de connaître son identité* »²⁰¹¹.

L'identification peut encore se faire de façon indirecte lorsque « *les identifiants sont insuffisants pour permettre à quiconque de distinguer une personne particulière* » mais que des « *informations combinées à d'autres éléments d'information (que ces derniers soient conservés par le responsable du traitement ou non) permettent de la distinguer parmi d'autres personnes* »²⁰¹². Dans cette hypothèse, c'est donc le croisement de données qui permet d'identifier une personne donnée.

Dans l'affaire *Lindqvist*, la CJUE a pu juger que l'identification de personnes physiques sur une page internet avait pu se faire au moyen de leurs noms ou d'autres moyens comme leurs numéros de téléphone ou des informations relatives à leurs conditions de travail et à leurs passe-temps²⁰¹³.

509. L'identifiabilité de la personne physique : une conception relative ou absolue ? - S'agissant du caractère identifiable, le considérant 26 du RGPD indique : « *Pour déterminer si une personne physique est identifiable, il convient de prendre en considération l'ensemble des*

²⁰¹⁰ G29, *Avis 4/2007 sur le concept de données à caractère personnel*, précit., p. 13.

²⁰¹¹ *Ibid.*, p. 15.

²⁰¹² *Ibid.*, p. 14.

²⁰¹³ CJUE, 6 nov. 2003, aff. C-101/01, *Lindqvist* : *Europe* 2004, comm. 18, note F. Mariatte ; *CCE* 2004, comm. 46, note R. Munoz ; *D.* 2004, p. 1062, note L. Burgogue-Larsen ; *RSC* 2004, p. 712, obs. L. Idot.

moyens raisonnablement susceptibles d'être utilisés par le responsable du traitement ou par toute autre personne pour identifier la personne physique directement ou indirectement, tels que le ciblage. Pour établir si des moyens sont raisonnablement susceptibles d'être utilisés pour identifier une personne physique, il convient de prendre en considération l'ensemble des facteurs objectifs, tels que le coût de l'identification et le temps nécessaire à celle-ci, en tenant compte des technologies disponibles au moment du traitement et de l'évolution de celles-ci ». Au-delà de la potentielle diversité de ces moyens, une question cruciale s'était posée : faut-il que tous ces moyens soient dans les mains d'une seule personne – le responsable de traitement de la donnée – ou peuvent-ils être en la possession de plusieurs personnes – le responsable du traitement et un tiers ? Le RGPD oscille entre une conception relative et une conception absolue de l'identifiabilité²⁰¹⁴.

510. La CJUE, en faveur d'une conception absolue de l'identifiabilité - La CJUE a tranché en faveur de la seconde option dans l'arrêt *Breyer*²⁰¹⁵. Les faits étaient les suivants : la République fédérale d'Allemagne enregistre et conserve l'adresse IP des utilisateurs de sites internet des services fédéraux allemands pour des raisons de sécurité. M. Breyer utilise ces sites au moyen d'une adresse IP, non pas statique mais dynamique, c'est-à-dire qu'elle change à chaque nouvelle connexion et ne permet pas de faire le lien entre l'ordinateur de l'utilisateur et le réseau physique utilisé par le fournisseur d'accès à internet. Il saisit la justice allemande afin de voir interdire le traitement de son adresse IP et des données associées que la République fédérale d'Allemagne conserve ou fait conserver par des tiers, estimant que cette conservation n'était pas nécessaire. La question portait donc sur la qualification de cette adresse IP, des dates et heures de sessions de consultation d'un site internet à partir de cette adresse en donnée à caractère personnel alors que la République fédérale d'Allemagne n'était pas en mesure de l'identifier à partir de ces seules données.

La CJUE estime tout d'abord qu'une « *adresse IP dynamique ne constitue pas une information se rapportant à une "personne physique identifiée" dans la mesure où une telle adresse ne révèle pas directement l'identité de la personne physique propriétaire de l'ordinateur à partir duquel la consultation d'un site internet a lieu ni celle d'une autre*

²⁰¹⁴ G. SPINDLER, PH. SCHMECHEL, "Personal Data and Encryption in the European General Data Protection Regulation", *Journal of Intellectual Property, Information Technology and Electronic Commerce Law* 2016, vol. 7, n° 2, p. 166, n° 15 et s.

²⁰¹⁵ CJUE, 19 oct. 2016, aff. C-582/14, *Breyer* : *Europe* 2016, comm. 444, obs. F. Gazin ; *CCE* 2016, comm. 104, obs. N. Metallinos ; *RLDI* 2016/134, n° 4944, note B. Pautrot ; *RLDI* 2016/132, n° 4411, note B. Spitz ; *RLDI* 2016/131, n° 4087, obs. L. Costes ; *Dalloz IP/IT* 2017, p. 120, obs. G. Péronne et E. Daoud.

personne qui pourrait utiliser cet ordinateur »²⁰¹⁶. Néanmoins, une personne peut être identifiable lorsque des informations supplémentaires sont nécessaires pour l'identifier, des informations en l'espèce en la possession du fournisseur d'accès à Internet²⁰¹⁷. Dans la mesure où il existe des moyens légaux permettant à la République fédérale d'Allemagne de se voir transmettre des informations par les fournisseurs d'accès à Internet²⁰¹⁸, les juges européens ont considéré que M. Breyer était identifiable grâce aux données conservées par l'État et celles traitées par son fournisseur d'accès à Internet.

511. L'anonymisation, moyen d'assurer la désidentification de la personne physique -

Le considérant 26 du RGPD apparaît crucial en ce qu'il fournit des pistes pour déterminer si une personne est identifiable. Il est également très important pour établir que l'identifiabilité d'une personne à la suite d'une anonymisation de ses données n'est plus possible de sorte que le RGPD ne s'y applique plus. En conseillant de prendre en compte l'ensemble des moyens raisonnablement susceptibles d'être utilisés par le responsable du traitement ou un tiers pour identifier directement ou indirectement une personne (coût de l'identification, temps nécessaire à l'identification, technologies disponibles au moment du traitement et leurs évolutions), le législateur privilégie une approche par les risques²⁰¹⁹.

Mais s'agit-il d'une approche « 0 » risque – l'identification de la personne doit être impossible – ou d'une minimisation des risques – cette identification doit être rendue très difficile donc peu probable ? Pour le G29, l'anonymisation de données à caractère personnel doit être « irréversible »²⁰²⁰ et « aussi permanent qu'un effacement »²⁰²¹ ce qui fait dire à certains auteurs que le G29 adopte une approche « 0 » risque²⁰²². L'efficacité de l'anonymisation se mesure à l'aune de trois risques : il est impossible d'isoler un individu dans un ensemble de données (risque d'individualisation), de relier un individu à un ensemble de données (risque de corrélation) et de déduire des informations sur l'individu de cet ensemble de données (risque d'inférence)²⁰²³.

²⁰¹⁶ Breyer, §38.

²⁰¹⁷ Breyer, §39 et 47.

²⁰¹⁸ Breyer, §47.

²⁰¹⁹ M. FINCK, F. PALLAS, "They who must not be identified – distinguishing personal from non-personal data under the GDPR", *International Data Privacy Law* 2020, vol. 10, n° 1, p. 34.

²⁰²⁰ G29, *Avis 05/2014 sur les techniques d'anonymisation*, 0829/14/FR, WP 216, 10 avr. 2014, p. 6.

²⁰²¹ *Ibid.*

²⁰²² M. FINCK, F. PALLAS, "They who must not be identified – distinguishing personal from non-personal data under the GDPR", art. précit., p. 15.

²⁰²³ G29, *Avis 05/2014 sur les techniques d'anonymisation*, précit., pp. 12-13.

Le CEPD a rappelé ces trois risques durant la pandémie de covid-19, en évoquant la fiabilité de l'anonymisation et non son efficacité, ce qui n'est pas neutre²⁰²⁴. À propos de l'utilisation des données de localisation des personnes infectées par le virus afin de modéliser sa propagation, le CEPD est en faveur de les anonymiser pour pouvoir les traiter²⁰²⁵, tout en insistant sur le fait que ce type de données « *sont réputées difficiles à anonymiser* »²⁰²⁶.

De son côté, la CNIL indique sur son site internet que « *l'anonymisation est un traitement qui consiste à utiliser un ensemble de techniques de manière à rendre impossible, en pratique, toute identification de la personne par quelque moyen que ce soit et de manière irréversible* »²⁰²⁷, semblant pour certains faire de l'impossibilité le but à atteindre sans gommer les difficultés pratiques à l'atteindre²⁰²⁸.

512. L'anonymisation, un vœu juridique : un risque de réidentification apprécié largement - S'agissant des acteurs à prendre en compte, il a été vu précédemment qu'un doute existait sur la conception de l'identifiabilité de la personne physique concernée : une conception absolue par laquelle on prend en compte les risques d'identification ou de réidentification du côté du responsable de traitement ou de toute autre personne ou une conception relative qui ne nécessite de prendre en compte uniquement ces risques du côté du responsable de traitement²⁰²⁹.

La décision *Breyer* de la CJUE²⁰³⁰, en apparence, tranche en faveur de la conception absolue puisqu'elle nous apprend que les données non identifiantes en elles-mêmes, parce que détenues par deux personnes différentes et de façon séparée (un responsable de traitement et un fournisseur d'accès à internet), peuvent être qualifiées de données à caractère personnel.

²⁰²⁴ CEPD, *Lignes directrices 4/2020 relatives à l'utilisation de données de localisation et d'outils de recherche de contacts dans le cadre de la pandémie de COVID-19*, 21 avr. 2020, p. 7, n° 16.

²⁰²⁵ *Ibid.*, p. 6, n° 14.

²⁰²⁶ *Ibid.*, p. 7, n° 19.

²⁰²⁷ « L'anonymisation des données personnelles », CNIL, 19 mai 2020, accessible en ligne : <https://www.cnil.fr/fr/technologies/lanonymisation-de-donnees-personnelles>.

²⁰²⁸ M. FINCK, F. PALLAS, "They who must not be identified – distinguishing personal from non-personal data under the GDPR", art. précit., p. 15.

²⁰²⁹ G. SPINDLER, PH. SCHMECHEL, "Personal Data and Encryption in the European General Data Protection Regulation", *Journal of Intellectual Property, Information Technology and Electronic Commerce Law* 2016, vol. 7, n° 2, p. 165-166 ; M. FINCK, F. PALLAS, "They who must not be identified – distinguishing personal from non-personal data under the GDPR", art. précit., p. 18.

²⁰³⁰ CJUE, 19 oct. 2016, aff. C-582/14, *Breyer* : Europe 2016, comm. 444, obs. F. Gazin ; CCE 2016, comm. 104, obs. N. Metallinos ; RLDI 2016/134, n° 4944, note B. Pautrot ; RLDI 2016/132, n° 4411, note B. Spitz ; RLDI 2016/131, n° 4087, obs. L. Costes ; Dalloz IP/IT 2017, p. 120, obs. G. Péronne et E. Daoud.

Mais certains auteurs relèvent néanmoins la particularité des faits puisqu'il existait en l'espèce une chaîne légale permettant au responsable de traitement d'accéder aux données détenues par le fournisseur d'accès²⁰³¹.

Pour autant, cette conception absolue a été depuis appliquée par le Conseil d'État²⁰³² et corroborée par le CEPD²⁰³³, ce qui rend le champ d'appréciation du risque de réidentification très large.

513. L'anonymisation, un vœu technique - D'un point de vue technique, l'anonymisation est vue comme un mythe²⁰³⁴. Certains considèrent de leur côté que c'est l'anonymisation parfaite qui doit être vue comme un mythe²⁰³⁵, quand d'autres préfèrent le terme de « désidentification »²⁰³⁶. Pour rappel, l'anonymisation comporte trois risques – l'individualisation, la corrélation et l'inférence²⁰³⁷ – mais aucune technique n'est infaillible en soi²⁰³⁸.

La *randomisation* consiste par exemple à altérer « la véracité des données afin d'affaiblir le lien entre les données et l'individu »²⁰³⁹ en « injectant du bruit » dans les données²⁰⁴⁰, en substituant certaines²⁰⁴¹ ou en supprimant des attributs²⁰⁴² et permet en principe de se protéger contre le risque d'inférence²⁰⁴³. Mais dans le cas d'AOL et du Netflix Prize cette technique a montré ses limites. En 2006, AOL publie, initialement à destination de la communauté des chercheurs, une base de données contenant plus de 20 millions de requêtes

²⁰³¹ M. FINCK, F. PALLAS, "They who must not be identified – distinguishing personal from non-personal data under the GDPR", art. précit., p. 18 ; M. MOURBY *et al.*, "Are 'pseudonymised' data always personal data ? Implications of the GDPR for administrative data research in the UK", *Computer Law & Security Review* 2018, vol. 34, n° 2, p. 226.

²⁰³² CE, 8 févr. 2017, 9^{ème} et 10^{ème} ch. réunies, n° 393714, *Société JC Decaux* : CCE 2017, comm. 37, obs. N. Metallinos ; *JCP A* 2017, act. 125, note C. Fridrich.

²⁰³³ CEPD, *Observations sur une proposition de règlement du Parlement européen et du Conseil concernant un cadre applicable à la libre circulation des données à caractère non personnel dans l'Union européenne*, 8 juin 2018, p. 3.

²⁰³⁴ P. M. SCHWARTZ, D. J. SOLOVE, "The PII Problem : Privacy and a New Concept of Personally Identifiable information", *New-York University Law Review* 2011, vol. 86, p. 1836 ; P. OHM, "Broken Promises of Privacy : Responding to the Surprising Failure of Anonymisation", *UCLA Law Review* 2010, vol. 57, p. 1701.

²⁰³⁵ I. S. RUBINSTEIN, W. HARTZOG, "Anonymization and Risk", *Washington Law Review* 2016, vol. 91, n° 2, p. 705.

²⁰³⁶ L. SWEENEY, "Weaving Technology and Privacy Together to Maintain Confidentiality", *Journal of Law, Medicine and Ethics* 1997, vol. 25, p. 100 ; I. S. RUBINSTEIN, W. HARTZOG, "Anonymization and Risk", art. précit., p. 751.

²⁰³⁷ V. *supra* n° 511.

²⁰³⁸ G29, *Avis 05/2014 sur les techniques d'anonymisation*, 0829/14/FR, WP 216, 10 avr. 2014, p. 13.

²⁰³⁹ *Ibid.*

²⁰⁴⁰ *Ibid.*, p. 14.

²⁰⁴¹ *Ibid.*, p. 15.

²⁰⁴² *Ibid.*, p. 31.

²⁰⁴³ *Ibid.*, p. 13.

provenant de 650 000 de ses utilisateurs en ayant pris soin de remplacer certaines données très identifiantes comme les noms d'utilisateurs, les adresses IP par des identifiants uniques. Des journalistes du *New-York Times* ont cependant pu relier des requêtes, parfois très intimes, à des individus nommément identifiés²⁰⁴⁴. En 2006 également, Netflix, qui n'était à l'époque qu'un service de location de DVD, lance un prix afin d'améliorer son service de recommandation et publie une base de données rassemblant les évaluations de films provenant de 500 000 utilisateurs de 1999 à 2005. Cette base comprenait les titres de films, les évaluations reçues et la date de ces évaluations mais pas le nom des évaluateurs qui avait été remplacé par un identifiant unique. Pour autant, des chercheurs ont pu recomposer la base de données, la croiser avec la base de données publique IMDB et établir que tel utilisateur avait donné telle note à tel film à telle date²⁰⁴⁵.

La généralisation est une autre technique d'anonymisation censée réduire les risques de corrélation²⁰⁴⁶. Il a en effet été établi que très peu de données suffisent à identifier un individu au sein d'un groupe comme le triptyque code postal/sexe/date de naissance²⁰⁴⁷. La généralisation est donc censée affaiblir le lien entre une donnée et une personne en « *généralisant* » ou en « *diluant* » un attribut²⁰⁴⁸, en indiquant par exemple qu'un individu n'habite pas précisément à Paris mais en Île-de-France, en France, voire en Europe. Pour autant, cette technique a elle aussi montré ses limites²⁰⁴⁹ et nécessite d'arbitrer entre deux enjeux : trop généraliser réduit l'utilité des données en interne²⁰⁵⁰ ; ne pas assez les généraliser augmente le risque de réidentification.

Pour une auteure, le risque est en réalité d'assister à une tragédie moderne des communs²⁰⁵¹, estimant que les exemples où l'anonymisation a échoué ne sont en réalité pas représentatifs parce que les risques de désanonymisation sont en réalité marginaux, la réidentification nécessitant des efforts considérables²⁰⁵². Elle alerte sur un éventuel repli qui consisterait à ne plus partager aucune donnée, ce qui ne serait pas sans conséquence sur la

²⁰⁴⁴ M. BARBARO, T. ZELLER JR., "A Face is Exposed for AOL Searcher No. 4417749", *The New-York Times*, 9 août 2006, accessible en ligne : <https://www.nytimes.com/2006/08/09/technology/09aol.html>.

²⁰⁴⁵ A. NARAYAN, V. SHMATIKOV, "How to Break the Anonymity of the Netflix Prize Dataset", *ArVix*, 16 oct. 2006 ; A. NARAYAN, V. SHMATIKOV, "Robust De-Anonymization of Large Sparse Datasets", *Proceedings of the 2008 IEEE Symposium on Security and Privacy*, p. 111.

²⁰⁴⁶ G29, *Avis 05/2014 sur les techniques d'anonymisation*, précit., p. 38.

²⁰⁴⁷ L. SWEENEY, "Weaving Technology and Privacy Together to Maintain Confidentiality", *Journal of Law, Medicine and Ethics* 1997, vol. 25, p. 98.

²⁰⁴⁸ G29, *Avis 05/2014 sur les techniques d'anonymisation*, précit., p. 18.

²⁰⁴⁹ L. SWEENEY, "Weaving Technology and Privacy Together to Maintain Confidentiality", art. précit.

²⁰⁵⁰ G29, *Avis 05/2014 sur les techniques d'anonymisation*, précit., p. 37.

²⁰⁵¹ J. YAKOWITZ, "Tragedy of the Data Commons", *Harvard Journal of Law & Technology* 2011, vol. 25, n° 1, p. 4.

²⁰⁵² *Ibid.*, p. 37. V. également : A. CAVOUKIAN, K. EL EMAM, "Dispelling the Myths Surrounding De-Identification. Anonymization Remains a Strong Tool for Protection Privacy", Cyber Security Research Institute, juin 2011, p. 6, accessible en ligne : <https://www.csri.info/wp-content/uploads/2012/08/anonymization.pdf>.

recherche notamment²⁰⁵³. Enfin, d'autres auteurs optent pour une voie médiane qui apparaît davantage comme un pas de côté. L'anonymisation n'est pas autre chose qu'un processus de management des risques²⁰⁵⁴ ou de minimisation des risques²⁰⁵⁵. Ce n'est pas tant le résultat qui compte – est-ce que les données sont encore à caractère personnel ? – que la procédure suivie qu'il faut scruter²⁰⁵⁶.

514. La remise en cause de la conception absolue de l'identifiabilité en matière de pseudonymisation ? Les incertitudes à la suite de l'arrêt *CEPD c/ CRU* de la CJUE²⁰⁵⁷ – La notion d'identifiabilité était au cœur d'une affaire portée devant la CJUE à propos de la pseudonymisation de données. Des commentaires de personnes physiques avaient été collectés par un organisme public européen via un formulaire, étant précisé que chaque commentaire se voyait attribuer un identifiant numérique au moment de sa réception. Ces commentaires, et seulement ceux-ci, étaient ensuite transmis à un tiers, à savoir un cabinet d'évaluation indépendant. La question portait ici sur la qualification des données pseudonymisées – et non anonymisées – en cause et donc leur régime. Plusieurs points doivent être relevés dans l'arrêt du 4 septembre 2025 rendu par la CJUE.

Les juges européens rappellent tout d'abord que des commentaires, en ce qu'ils expriment l'opinion ou le point de vue personnel de leurs auteurs, peuvent concerner ces derniers par leurs contenus, leurs finalités ou leurs effets, conformément à l'arrêt *Nowak*²⁰⁵⁸.

S'agissant du caractère identifiable de la personne concernée, les juges semblent en retenir une conception relative. Pour rappel, la CJUE avait considéré dans l'arrêt *Breyer* que la personne concernée était identifiable à la fois par le responsable de traitement mais également par le tiers alors même que ces deux acteurs n'étaient pas en possession de données en elles-mêmes identifiantes, adoptant par là une conception absolue de l'identifiabilité²⁰⁵⁹. Dans l'arrêt *CEPD c/ CRU*, le CJUE estime tout d'abord que des données pseudonymisées ne sont pas, « *en toute hypothèse et pour toute personne* », des données à caractère personnel²⁰⁶⁰ et qu'elles

²⁰⁵³ J. YAKOWITZ, "Tragedy of the Data Commons", art. précit., p. 6.

²⁰⁵⁴ M. FINCK, F. PALLAS, "They who must not be identified – distinguishing personal from non-personal data under the GDPR", *International Data Privacy Law* 2020, vol. 10, n° 1, p. 34.

²⁰⁵⁵ I. S. RUBINSTEIN, W. HARTZOG, "Anonymization and Risk", art. précit. p. 747.

²⁰⁵⁶ I. S. RUBINSTEIN, W. HARTZOG, "Anonymization and Risk", art. précit., p. 747.

²⁰⁵⁷ CJUE, 4 sept. 2025, aff. C-413/23 P, *CEPD c/ CRU* : *Europe* 2025, comm. 357, comm. D. Simon ; *CCE* 2025, comm. 97, L. Maisnier-Boché ; *ibid.*, comm. 89, N. Martial-Braz.

²⁰⁵⁸ *CEPD c/ CRU*, §§57 à 59.

²⁰⁵⁹ V. *supra* n° 510 et 512.

²⁰⁶⁰ *CEPD c/ CRU*, §86.

peuvent être à caractère personnel pour un responsable de traitement – l’identifiabilité s’appréciant au moment de leur collecte²⁰⁶¹ – mais non personnelles pour un tiers²⁰⁶².

L’arrêt est cependant difficile à lire pour plusieurs raisons. D’une part, les juges européens considèrent que la notion de données à caractère personnel « *n’est pas illimitée* » puisqu’elle requiert que « *la personne concernée soit identifiée ou identifiable* »²⁰⁶³. La solution de la CJUE semble donc cohérente avec cette affirmation puisqu’elles ne qualifient pas les données aux mains du tiers de données à caractère personnel. En somme, la notion est restreinte et semble relative : une même donnée peut être à caractère personnel et non personnelle selon que l’on se place du côté du responsable de traitement ou du tiers. Pour autant, la Cour semble étendre l’application du régime des données à caractère personnel à des données qui ne sont pas personnelles : l’information due à la personne concernée en vertu de l’article 15 du règlement (UE) 2018/1725, et en particulier l’information relative à d’éventuels tiers, lui permet, d’une part, « *de décider en pleine connaissance de cause si elle fournit ou, au contraire, refuse de fournir ses données à caractère personnel* » au responsable du traitement²⁰⁶⁴ mais est indispensable, d’autre part, pour qu’elle « *puisse, ultérieurement, défendre ses droits* » à l’encontre du tiers²⁰⁶⁵. Par conséquent, et alors même que le tiers ne traite pas de données à caractère personnel, les droits de la personne concernée sur ses données à caractère personnel du règlement (UE) 2018/1725 lui seraient tout de même applicables.

D’autre part, un point doit retenir l’attention. Cet arrêt se fonde sur le règlement (UE) 2018/1725 relatif à la protection des données à caractère personnel lorsque le traitement est opéré par les institutions, organes et organismes de l’Union européenne²⁰⁶⁶. À propos de la notion de caractère personnel, les juges insistent sur l’identité des définitions prévues aux articles 4 (1) du RGPD et 3 (1) du règlement (UE) 2018/1725 de sorte « *qu’afin de garantir une application uniforme et cohérente du droit de l’Union, il convient donc d’assurer une interprétation identique* »²⁰⁶⁷. Dès lors, et dans le cœur de l’arrêt, les juges se réfèrent fréquemment au RGPD de même qu’à la jurisprudence rendue sous l’empire du RGPD s’agissant de la qualification de la notion de donnée à caractère personnel²⁰⁶⁸ ou de

²⁰⁶¹ CEDP c/ CRU, §111.

²⁰⁶² CEDP c/ CRU, §76.

²⁰⁶³ CEDP c/ CRU, §88.

²⁰⁶⁴ CEDP c/ CRU, §108.

²⁰⁶⁵ CEDP c/ CRU, §109.

²⁰⁶⁶ Règl. (UE) 2018/1725 du PE et du Conseil du 23 octobre 2018 relatif à la protection des personnes physiques à l’égard du traitement des données à caractère personnel par les institutions, organes et organismes de l’Union et à la libre circulation de ces données, et abrogeant le règlement (CE) n° 45/2001 et la décision n° 1247/2002/CE, JOUE L 295/39, 21 nov. 2018.

²⁰⁶⁷ CEDP c/ CRU, §52.

²⁰⁶⁸ CEDP c/ CRU, §55 et s.

l'identifiabilité²⁰⁶⁹. Or, l'on peut s'interroger sur la portée du présent arrêt. Alors même que la définition de la pseudonymisation est identique aux deux textes, la CJUE n'exprime pas de volonté tendant à une application uniforme, se référant uniquement à l'article 3 (6) du règlement (UE) 2018/1725. Elle précise d'ailleurs à plusieurs reprises, s'agissant des données pseudonymisées, que ces dernières ne peuvent être qualifiées de données à caractère personnel « *aux fins de l'application du règlement 2018/1725* »²⁰⁷⁰.

Cet arrêt laisse donc songeur, comme si la Cour avait essayé de contre-balancer son appréciation relative – et donc restrictive – de la notion de donnée à caractère personnel avec une application extensive de l'obligation d'information pesant sur le responsable de traitement.

515. La confirmation de la conception relative de l'identifiabilité dans la proposition « *Digital Omnibus* » – Le 19 novembre 2025, la Commission européenne a publié une proposition de règlement destinée à simplifier certains textes, dont le RGPD²⁰⁷¹. Son article 3 propose notamment d'adjoindre à la définition actuelle des données à caractère personnel les phrases suivantes : « *Les informations relatives à une personne physique ne constituent pas nécessairement des données à caractère personnel pour toute autre personne ou entité, du simple fait qu'une autre entité peut identifier cette personne physique. Les informations ne sont pas à caractère personnel pour une entité donnée lorsque cette entité ne peut pas identifier la personne physique à laquelle elles se rapportent, compte tenu des moyens raisonnablement susceptibles d'être utilisés par cette entité. Ces informations ne deviennent pas à caractère personnel pour cette entité simplement parce qu'un destinataire potentiel ultérieur dispose de moyens raisonnablement susceptibles d'être utilisés pour identifier la personne physique à laquelle elles se rapportent* ». Ces formulations ne sont pas seulement la confirmation du caractère relatif de l'identifiabilité de la personne concernée posé dans l'arrêt *CEPD c/ CRU* puisque la Commission européenne va en effet beaucoup plus loin. C'est, *in fine*, une façon de restreindre la qualification de donnée à caractère personnel *via* l'identifiabilité de la personne. Pour autant, il ne s'agit à ce stade que d'une proposition de règlement et il n'est pas sûr que le CEPD, dont l'avis est attendu, y souscrive, de sorte que les développements qui suivent restent, à ce stade, pertinents.

²⁰⁶⁹ *CEPD c/ CRU*, §98 et s.

²⁰⁷⁰ *CEPD c/ CRU*, §82 et 86.

²⁰⁷¹ Commission européenne, *Proposal for a Regulation of the European Parliament and of the Council amending Regulations (EU) 2016/679, (EU) 2018/1724, (EU) 2018/1725, (EU) 2023/2854 and Directives 2002/58/EC, (EU) 2022/2555 and (EU) 2022/2557 as regards the simplification of the digital legislative framework, and repealing Regulations (EU) 2018/1807, (EU) 2019/1150, (EU) 2022/868, and Directive (EU) 2019/1024 (Digital Omnibus)*, COM(2025) 837 final, 19 nov. 2025.

- b. Des données à caractère non personnel potentiellement qualifiées de données à caractère personnel

516. Une catégorie de donnée réduite à la portion congrue ? - L'examen de la qualification de donnée à caractère personnel démontre son caractère extrêmement relatif (i) qui peut contribuer à réduire de façon radicale le périmètre des données à caractère non personnel ce dont l'exemple des métadonnées témoigne (ii).

- i. Le caractère relatif de la distinction entre données à caractère non personnel et données à caractère personnel

517. Des données dynamiques et contextuelles - Il ressort des conditions de qualification des données à caractère personnel que ce caractère est en réalité très relatif. Il existerait une sorte de *continuum*²⁰⁷², un spectre²⁰⁷³, une fluidité²⁰⁷⁴ entre une donnée à caractère non personnel et une donnée à caractère personnel. L'expression retenue par le législateur est à ce titre lourde de sens : les données ne sont pas personnelles, elles sont à caractère personnel, ce qui laisse entendre qu'une donnée est par conséquent plus ou moins personnelle. Cette relativité s'explique par le caractère dynamique des données : des données anonymes peuvent redevenir des données à caractère personnel²⁰⁷⁵ ; des données à caractère personnel peuvent devenir anonymes²⁰⁷⁶.

La distinction apparaît en outre extrêmement contextuelle²⁰⁷⁷ conformément à la définition volontairement large du législateur²⁰⁷⁸, à son appréciation accueillante par la

²⁰⁷² P. M. SCHWARTZ, D. J. SOLOVE, "The PII Problem : Privacy and a New Concept of Personally Identifiable information", *New-York University Law Review* 2011, vol. 86, p. 1817.

²⁰⁷³ M. FINCK, F. PALLAS, "They who must not be identified – distinguishing personal from non-personal data under the GDPR", *International Data Privacy Law* 2020, vol. 10, n° 1, p. 12.

²⁰⁷⁴ S. STALLA-BOURDILLON, A. KNIGHT, "Anonymous Data v. Personal Data – A False Debate. An EU Perspective on Anonymization, Pseudonymization and Personal Data", *Wisconsin International Law Journal* 2017, vol. 34, n° 2, p. 318 ; I. GRAEF *et al.*, "Towards a Holistic Regulatory Approach for the European Data Economy. Why the Illusive Notion of Non-Personal Data is Counterproductive", *TILEC Discussion Paper* n° 2018-029, 2018, p. 3.

²⁰⁷⁵ M. FINCK, F. PALLAS, "They who must not be identified – distinguishing personal from non-personal data under the GDPR", art. précit., p. 12 ; N. PURTOVA, "The law of everything. Broad concept of personal data and future of EU data protection law", *Law, Innovation and Technology* 2018, vol. 10, n° 1, p. 44.

²⁰⁷⁶ N. PURTOVA, "The law of everything. Broad concept of personal data and future of EU data protection law", art. précit., p. 57.

²⁰⁷⁷ *Ibid.*, p. 44 et s. ; CEPD, *Observations sur une proposition de règlement du Parlement européen et du Conseil concernant un cadre applicable à la libre circulation des données à caractère non personnel dans l'Union européenne*, 8 juin 2018, p. 3.

²⁰⁷⁸ CEPD, *Observations sur une proposition de règlement du Parlement européen et du Conseil concernant un cadre applicable à la libre circulation des données à caractère non personnel dans l'Union européenne*, précit., p.

jurisprudence²⁰⁷⁹, mais également en raison des avancées technologiques qui repoussent les limites de la désanonymisation²⁰⁸⁰.

518. Une relativité touchant d'autres distinctions au sein du droit des données - La distinction données personnelles/données non personnelles n'est pas la seule à être relative au sein du droit des données. Parmi les données à caractère personnel, certaines sont qualifiées de sensibles et sont appréhendées par le RGPD comme des données révélant « *l'origine raciale ou ethnique, les opinions politiques, les convictions religieuses ou philosophiques ou l'appartenance syndicale, ainsi que le traitement des données génétiques, des données biométriques aux fins d'identifier une personne physique de manière unique, des données concernant la santé ou des données concernant la vie sexuelle ou l'orientation sexuelle d'une personne physique* »²⁰⁸¹. C'est d'ailleurs en raison de leur sensibilité que le traitement de ces données est en principe interdit²⁰⁸².

Or, la frontière entre donnée à caractère personnel non sensible et donnée à caractère personnel sensible apparaît là encore ténue²⁰⁸³. Le G29 avait d'ailleurs soulevé quelques difficultés dans l'appréhension de cette seconde catégorie : outre le recours polémique au terme de « *race* »²⁰⁸⁴, le caractère flou des « *croyances philosophiques* »²⁰⁸⁵ et de plus en plus large des données de santé²⁰⁸⁶, de même que les différences culturelles entre États membres sont source d'incertitudes²⁰⁸⁷.

519. L'abandon de la distinction en discussion - Pour revenir à la distinction entre données à caractère personnel et non personnel, il convient de préciser que le débat y afférant est

3 ; S. STALLA-BOURDILLON, A. KNIGHT, "Anonymous Data v. Personal Data – A False Debate. An EU Perspective on Anonymization, Pseudonymization and Personal Data", art. précit., p. 299 et s.

²⁰⁷⁹ S. STALLA-BOURDILLON, A. KNIGHT, "Anonymous Data v. Personal Data – A False Debate. An EU Perspective on Anonymization, Pseudonymization and Personal Data", art. précit., p. 311 ; I. GRAEF *et al.*, "Towards a Holistic Regulatory Approach for the European Data Economy. Why the Illusive Notion of Non-Personal Data is Counterproductive", précit., p. 5 et s. V. les développements relatifs aux arrêts *Nowak* et *Breyer*, *supra* n° 507 et 510.

²⁰⁸⁰ P. M. SCHWARTZ, D. J. SOLOVE, "The PII Problem : Privacy and a New Concept of Personally Identifiable information", art. précit., p. 1836.

²⁰⁸¹ RGPD, art. 9.

²⁰⁸² Mais comme tout principe, il existe des exceptions listées à l'art. 9 du RGPD.

²⁰⁸³ D. CLIFFORD *et al.*, « Artificial Intelligence and Sensitive Inferences. New Challenges for Data », *ANU College of Law Research Paper*, n° 21.1, 2021, p. 2.

²⁰⁸⁴ G29, *Advice Paper on Special Categories of Data ("sensitive data")*, 4 avr. 2011, p. 10.

²⁰⁸⁵ *Ibid.* Le G29 évoque la décision d'une cour britannique ayant reconnu que la croyance dans le changement climatique était une croyance philosophique (p. 8).

²⁰⁸⁶ *Ibid.*, p. 15.

²⁰⁸⁷ *Ibid.*, p. 14.

également prégnant outre-Atlantique²⁰⁸⁸. Certains auteurs, européens ou américains, sont donc en faveur de l'abandon de la distinction²⁰⁸⁹ quand d'autres changent de braquet.

La donnée à caractère personnel est une notion trop difficile à définir, une seule définition présentant l'inconvénient d'être soit trop large, soit trop étroite²⁰⁹⁰, ce qui rend nécessaire d'en faire davantage un standard²⁰⁹¹. À trois catégories de données – données qui identifient une personne, qui la rendent identifiable ou non identifiable – correspondent trois façons de gérer les risques²⁰⁹².

D'autres proposent de nouveaux critères de distinction fondés sur la séparabilité des données et de la personne concernée²⁰⁹³ ou du degré de possession de la personne concernée vis-à-vis des données²⁰⁹⁴.

ii. La réduction drastique du périmètre des données à caractère non personnel : l'exemple des métadonnées

520. Le caractère « anodin » des données dites anonymes - À supposer qu'une donnée puisse être considérée comme anonyme, demeure l'idée qu'elle mérite moins de protection. Or, les données anonymes peuvent avoir un impact sur les personnes. D'une part, le croisement de données anonymes peut produire des données personnelles, d'autre part il est facile d'identifier une personne physique à partir de très peu de points²⁰⁹⁵. Cette euphémisation des risques du traitement de données se retrouve également en présence de métadonnées²⁰⁹⁶ parfois présentées

²⁰⁸⁸ V. par ex : P. M. SCHWARTZ, D. J. SOLOVE, "The PII Problem : Privacy and a New Concept of Personally Identifiable information", art. précit., p. 1814 ; P. OHM, "Broken Promises of Privacy : Responding to the Surprising Failure of Anonymisation", *UCLA Law Review* 2010, vol. 57, p. 1701 ; M. L. MONTAGNINI, M. VERSTRAETE, "What Makes Data Personal ?", *UC Davis Law Review* 2023, vol. 56, p. 1187 et s.

²⁰⁸⁹ N. PURTOVA, "The law of everything. Broad concept of personal data and future of EU data protection law", *Law, Innovation and Technology* 2018, vol. 10, n° 1, p. 79 et s. ; P. OHM, "Broken Promises of Privacy : Responding to the Surprising Failure of Anonymisation", *UCLA Law Review* 2010, vol. 57, p. 1701.

²⁰⁹⁰ P. M. SCHWARTZ, D. J. SOLOVE, "The PII Problem : Privacy and a New Concept of Personally Identifiable information", art. précit., p. 1827.

²⁰⁹¹ *Ibid.*, p. 1870.

²⁰⁹² *Ibid.*, p. 1877.

²⁰⁹³ M. L. MONTAGNINI, M. VERSTRAETE, "What Makes Data Personal ?", art. précit., p. 1204.

²⁰⁹⁴ G. MALGIERI, "Property and (Intellectual) Ownership of Consumer's Information. A New Taxonomy for Personal Data", *Privacy in Germany (PinG)* 2016, n° 4, p. 133.

²⁰⁹⁵ CEPD, *Observations sur une proposition de règlement du Parlement européen et du Conseil concernant un cadre applicable à la libre circulation des données à caractère non personnel dans l'Union européenne*, précit., p. 4.

²⁰⁹⁶ M. BLAZE, "Phew, NSA is Just Collecting Metadata (You Should Still Worry)", *Wired*, 19 juin 2013, accessible en ligne : <https://www.wired.com/2013/06/phew-it-was-just-metadata-not-think-again/>.

comme des « *miettes numériques* »²⁰⁹⁷. Pour rappel, les métadonnées sont des données sur des données, des contenants par rapport aux contenus qu'ils renferment²⁰⁹⁸. En tant que « *contenants* », il serait donc facile d'affirmer qu'elles méritent moins de protection que des « *contenus* ».

521. Une distinction données/métadonnées remise en cause - Pour autant, cette distinction est là encore extrêmement ténue. Par exemple, l'adresse d'une page internet (URL) peut être vue comme une métadonnée qui sert d'instructions à un navigateur pour se rendre sur la page mais, dans bien des cas, cette adresse contient le titre du contenu, voire le contenu lui-même²⁰⁹⁹.

La distinction métadonnées/données est également contextuelle²¹⁰⁰. Une même donnée peut être un simple contenu et une métadonnée selon les cas²¹⁰¹.

522. Des métadonnées potentiellement qualifiées de données à caractère personnel - À supposer que la distinction ait encore du sens, les métadonnées sont elles-mêmes très communicatives²¹⁰², car parfois plus révélatrices que le contenu lui-même²¹⁰³, surtout lorsqu'elles s'agrègent²¹⁰⁴.

Le caractère potentiellement attentatoire du traitement des métadonnées est d'ailleurs rappelé par l'avocat général dans l'affaire *Digital Rights Ireland* à propos des données de localisation et de connexion : « *Les données en question, il importe également d'insister encore une fois à cet égard, ne sont pas des données personnelles au sens classique du terme, se rapportant à des informations ponctuelles sur l'identité des personnes, mais des données personnelles pour ainsi dire qualifiées, dont l'exploitation peut permettre l'établissement d'une cartographie aussi fidèle qu'exhaustive d'une fraction importante des comportements d'une personne relevant strictement de sa vie privée, voire d'un portrait complet et précis de son identité privée* »²¹⁰⁵. Les juges considèrent pour leur part que « *ces données, prises dans leur ensemble, sont susceptibles de permettre de tirer des conclusions très précises concernant la vie privée des personnes dont les données ont été conservées, telles que les habitudes de la*

²⁰⁹⁷ A. CAVOUKIAN, *A Primer on Metadata : Separating Fact from Fiction*, Information and Privacy Commissioner, Ontario, Canada, 2013, p. 3.

²⁰⁹⁸ V. *supra* n° 451.

²⁰⁹⁹ ACLU of California, *Metadata. Piecing Together a Privacy Solution*, 2014, p. 4.

²¹⁰⁰ M. BLAZE, "Phew, NSA is Just Collecting Metadata (You Should Still Worry)", art. précit. ; ACLU of California, *Metadata. Piecing Together a Privacy Solution*, précit., p. 4.

²¹⁰¹ ACLU of California, *Metadata. Piecing Together a Privacy Solution*, précit., p. 4.

²¹⁰² *Ibid.*, p. 5.

²¹⁰³ A. CAVOUKIAN, *A Primer on Metadata : Separating Fact from Fiction*, précit., p. 4.

²¹⁰⁴ ACLU of California, *Metadata. Piecing Together a Privacy Solution*, précit., p. 6.

²¹⁰⁵ CJUE, concl. P. Cruz Villalón, 12 déc. 2013, aff. C-293/12, *Digital Rights Ireland Ltd*, §76.

*vie quotidienne, les lieux de séjour permanents ou temporaires, les déplacements journaliers ou autres, les activités exercées, les relations sociales de ces personnes et les milieux sociaux fréquentés par celles-ci »*²¹⁰⁶.

Cette qualification des métadonnées en données à caractère personnel est d'ailleurs confirmée en des termes plus clairs par le législateur européen puisque le règlement DMA traite des « clics », « requêtes », « vues » comme des données à caractère personnel avant leur anonymisation²¹⁰⁷.

523. Le sort des clics, vues et requêtes au sein des recommandations non personnalisées - Les données utilisées pour produire des « tops », des suggestions de requêtes ou des résultats de recherche intégrant l'audience de sites internet ne sont pas *a priori* des contenus en soi, mais des données sur ces contenus. Pour autant, ces métadonnées peuvent en apprendre beaucoup sur les utilisateurs à partir la comptabilisation de leurs clics, vues et requête²¹⁰⁸. Le règlement DMA semble à cet égard trancher la question²¹⁰⁹.

Avant anonymisation, ces données sont considérées comme des données à caractère personnel. S'agissant des requêtes sur les moteurs de recherche plus précisément, l'affaire AOL a démontré qu'il était possible de reconstituer le lien entre des requêtes et une personne physique²¹¹⁰. Un auteur note d'ailleurs que nos recherches en ligne révèlent beaucoup de notre santé, nos idées, nos émotions²¹¹¹.

Parfois la métadonnée elle-même peut être une donnée à caractère personnel. Nombre de professionnels sont évalués en ligne sur des plateformes collaboratives, de *e-commerce* ou des moteurs de recherche par des consommateurs qui leur attribuent des étoiles ou des notes sur cinq. Or, d'une part, il est établi qu'une donnée relative à une personne morale peut parfois recouper une donnée à caractère personnel lorsque le professionnel se présente sous son nom de personne physique²¹¹². D'autre part, nombre de plateformes collaboratives reposent précisément sur l'activité de vendeurs ou de prestataires non professionnels tels que Vinted, Le Bon Coin, BlaBlaCar, ...

²¹⁰⁶ CJUE, 8 avr. 2014, aff. jtes C-293-12 et C-594/12, *Digital Rights Ireland Ltd*, §27 : *RLDI* 2014/104, n° 3426, note E. Derieux ; *ibid.*, n° 3464, obs. L. Costes ; *AJDA* 2014, p. 1147, note M. Aubert, E. Broussy et H. Cassagnabère ; *D.* 2014, p. 1355, note C. Castets-Renard ; *LPA* 2 oct. 2014, n° 197, p. 16, obs. J.-B. Duclercq..

²¹⁰⁷ Règl. DMA, art. 6 §11.

²¹⁰⁸ V. *supra* n° 453.

²¹⁰⁹ V. *supra* n° 496.

²¹¹⁰ V. *supra* n° 513.

²¹¹¹ P. OHM, "Broken Promises of Privacy : Responding to the Surprising Failure of Anonymisation", *UCLA Law Review* 2010, vol. 57, p. 1775-1176.

²¹¹² V. *supra* n° 505.

524. La fin des données à caractère non personnel ? De l'importance du curseur - Le principal problème vient en réalité du curseur à partir duquel on considère que des données – métadonnées ou contenus – sont à caractère personnel ou non.

Pour une auteure, le périmètre des données à caractère personnel devient tellement large que toute donnée peut être considérée comme une donnée à caractère personnel²¹¹³. En raisonnant par l'absurde, elle relève qu'il serait même possible de qualifier des données pluviométriques, des relevés de température ou de la vitesse du vent en données à caractère personnel. La météo est en effet une information observable et « *datifiable* » qui est collectée pour potentiellement influencer les personnes physiques (tenues vestimentaires, trajets à effectuer). Ces personnes peuvent être identifiées ou rendues identifiables par le croisement de la donnée météo avec d'autres données : bornes Wifi, enregistrement vidéo, station météo, ...²¹¹⁴

Sans aller jusqu'à ce cas extrême, il convient de retenir que le contexte importe tout comme les finalités poursuivies par le responsable de traitement. Selon les cas, ces données peuvent potentiellement être qualifiées de données à caractère personnel, tout comme celles qui servent à alimenter les systèmes de recommandations même non personnalisés.

2. L'application du RGPD aux recommandations non personnalisées

525. Les implications en matière de recommandations non personnalisées : précisions sur le caractère personnalisé ou non d'une recommandation - Affirmer que les recommandations algorithmiques ne sont pas personnalisées parce qu'elles ne se fondent pas sur les données à caractère personnel du destinataire ne signifie pas qu'elles ne se fondent pas non plus sur les données à caractère personnel des utilisateurs d'espaces numériques à partir desquels ces recommandations sont construites. Si l'on pousse le raisonnement plus loin, il est d'ailleurs envisageable que les données personnelles du récepteur de la recommandation, utilisateur régulier d'un espace donné, soient également utilisées dans le cadre des recommandations personnalisées. Simplement, les recommandations non personnalisées sont celles qui ne s'adaptent pas au destinataire, tout le public pouvant en être destinataire.

²¹¹³ N. PURTOVA, "The law of everything. Broad concept of personal data and future of EU data protection law", *Law, Innovation and Technology* 2018, vol. 10, n° 1, p. 59.

²¹¹⁴ *Ibid.*, pp. 58-59.

526. Deux exemples d'application du RGPD aux recommandations non personnalisées

- Si les recommandations non personnalisées apparaissent, à première vue, comme échappant au RGPD en raison du caractère non personnel des données traitées, ce constat mérite d'être relativisé. D'une part, le RGPD s'applique aux ensembles de données mixtes, c'est-à-dire composées de données à caractère personnel et de données non personnelles (a). D'autre part, le texte s'applique également avant l'éventuelle anonymisation des données à caractère personnel (b).

a. L'application du RGPD aux recommandations non personnalisées en cas d'ensembles de données mixtes

527. La notion d'ensemble de données mixtes - Un ensemble de données mixtes est un « ensemble de données composé à la fois de données à caractère personnel et de données à caractère non personnel »²¹¹⁵. Un tel ensemble est loin d'être rare en pratique. Comme le souligne la Commission européenne, « la majorité des ensembles de données utilisés dans l'économie des données sont des ensembles de données mixtes. Les applications nées du progrès technologique telles que l'internet des objets (c'est-à-dire les objets connectés numériques), l'intelligence artificielle et les technologies permettant l'analyse des mégadonnées y ont couramment recours »²¹¹⁶. C'est également et certainement le cas des algorithmes de recommandations utilisés sur des espaces en ligne, à supposer que toutes les données utilisées ne soient pas qualifiées de données à caractère personnel.

528. La primauté du RGPD en cas d'ensemble de données mixtes - La question des textes applicables peut se poser en matière d'ensemble de données mixtes. Plusieurs possibilités sont d'ailleurs envisageables. La première fait état d'une application potentiellement parallèle mais difficile en pratique en raison de l'imbrication des données²¹¹⁷. L'application des textes peut se faire de façon successive. Avant leur anonymisation, le régime des données personnelles s'applique puis c'est au tour du régime des données anonymisées une fois que l'anonymisation est établie et *vice versa*²¹¹⁸. Enfin, les deux régimes peuvent se télescoper comme dans le cas de

²¹¹⁵ RGPD, art. 2 (2).

²¹¹⁶ Commission européenne, *Lignes directrices relatives au règlement concernant un cadre applicable au libre flux des données à caractère non personnel dans l'Union européenne*, COM(2019) 250 final, 29 mai 2019, pp. 8-9.

²¹¹⁷ I. GRAEF *et al.*, "Towards a Holistic Regulatory Approach for the European Data Economy. Why the Illusive Notion of Non-Personal Data is Counterproductive", *TILEC Discussion Paper* n° 2018-029, 2018, p. 6.

²¹¹⁸ *Ibid.*, p. 7.

la portabilité des données qui permet à une personne physique de récupérer les données associées à son compte et à son activité auprès d'un responsable de traitement à condition que ces données soient personnelles²¹¹⁹. La qualification des données est donc un enjeu stratégique, y compris en matière d'innovation, les responsables de traitement pouvant être tentés de les considérer comme des données à caractère personnel afin de ne pas les partager²¹²⁰.

Le périmètre du RGPD et du règlement (UE) 2018/1807 n'est donc pas clair. L'article 2 §2 du règlement relatif à la circulation des données non personnelles dispose en effet que *« dans le cas d'un ensemble de données composé à la fois de données à caractère personnel et de données à caractère non personnel, le présent règlement s'applique aux données de l'ensemble à caractère non personnel. Lorsque les données à caractère personnel et les données à caractère non personnel d'un ensemble sont inextricablement liées, le présent règlement est sans préjudice de l'application du règlement (UE) 2016/679 »*²¹²¹.

L'ambiguïté de l'expression *« sans préjudice »* a été relevée par le CEPD²¹²². Finalement, la Commission européenne est venue préciser les règles en matière d'ensemble de données mixtes : le RGPD l'emporte si les données sont inextricablement liées au sein d'un jeu de données²¹²³, parce que leur séparation est impossible, économiquement inefficace ou techniquement impossible²¹²⁴. Cette primauté du RGPD apparaît d'ailleurs depuis dans le règlement DGA²¹²⁵.

b. L'application du RGPD aux recommandations non personnalisées avant l'anonymisation des données à caractère non personnel

529. La collecte de données personnelles par certains *cookies* - La comptabilisation des métriques peut reposer sur des *cookies* qui collectent des données personnelles. Pour affiner certaines statistiques, il peut en effet être intéressant d'analyser les adresses IP des utilisateurs

²¹¹⁹ *Ibid.*, p. 9. V. également : CEPD, *Observations sur une proposition de règlement du Parlement européen et du Conseil concernant un cadre applicable à la libre circulation des données à caractère non personnel dans l'Union européenne*, 8 juin 2018, p. 6.

²¹²⁰ I. GRAEF *et al.*, "Towards a Holistic Regulatory Approach for the European Data Economy. Why the Illusive Notion of Non-Personal Data is Counterproductive", précit., p. 10.

²¹²¹ Règl. (UE) 2018/1807, art. 2, 2).

²¹²² CEPD, *Observations sur une proposition de règlement du Parlement européen et du Conseil concernant un cadre applicable à la libre circulation des données à caractère non personnel dans l'Union européenne*, précit., p. 6.

²¹²³ Commission européenne, *Lignes directrices relatives au règlement concernant un cadre applicable au libre flux des données à caractère non personnel dans l'Union européenne*, précit., p. 10.

²¹²⁴ *Ibid.*, p. 11.

²¹²⁵ Règl. DGA, art. 1 (3). V. également : EDPB et EDPS, *Joint Opinion 03/2021 on the Proposal for a regulation of the European Parliament and of the Council on European data governance (Data Governance Act)*, 9 juin 2021.

pour ne prendre en compte que les vues pertinentes : une vidéo peut alors être considérée comme vue si l'utilisateur a passé tant de temps à la regarder, une seule vue de cet utilisateur peut être prise en compte et non ses vues multiples.

Les notes et avis sont également pondérés. Allociné par exemple indique qu'il « *n'utilise pas une moyenne arithmétique pour calculer la note d'un film ou d'une série mais un algorithme qui permet de rendre plus fiable la valeur de la note. L'algorithme utilisé prend en compte de nombreux paramètres qui viennent pondérer la moyenne arithmétique, assimilés à un score de crédibilité. Chaque utilisateur dispose d'un score de crédibilité qui dépend de son activité sur le site. Toutes les notes sont prises en compte lors du calcul de la note finale, pondérées par le score de crédibilité de chacun des utilisateurs* »²¹²⁶. Interrogé à propos des notes suspectes reçues par *Astérix et Obélix : L'Empire du Milieu* ou *Vaincre ou Mourir*, le directeur général de la plateforme a précisé que chaque utilisateur se voyait attribuer un score de confiance en fonction du caractère récent de la création du profil de l'utilisateur, du nombre d'évaluations qu'il a émises ou l'écart-type entre ces notes²¹²⁷. La prémisse selon laquelle les *cookies* d'audience ne s'intéressent qu'à des données anonymisées ou non personnelles est donc tempérée à cet égard.

530. L'existence *a minima* d'un traitement de données à caractère personnel avant le dépôt de *cookies* à finalité statistique - S'agissant des *cookies* plus précisément, il convient de distinguer deux aspects : d'une part, la base légale du dépôt du *cookie* (consentement ou nécessité) et le traitement de données d'autre part qui peut porter sur des données à caractère personnel ou non. Ces deux aspects sont indépendants : ce n'est pas parce qu'aucun consentement pour le dépôt d'un *cookie* n'est pas equis qu'il n'existe pas de traitement de données à caractère personnel. Avant anonymisation, les données collectées par les *cookies* peuvent potentiellement être qualifiées de données à caractère personnel, à l'instar des adresses IP²¹²⁸. Ce n'est qu'après anonymisation qu'elles peuvent être qualifiées de données à caractère

²¹²⁶ Allociné, « Notes Spectateurs Allociné », 15 sept. 2021, accessible en ligne : <https://www.allocine.fr/service/note-spectateurs.html>.

²¹²⁷ E. DE LA ROCHE SAINT-ANDRÉ *et al.*, « « Astérix », « Vaincre ou mourir » : ces films ont-ils bénéficié de notes et commentaires truqués sur Allociné ? », *Libération*, 11 févr. 2023, accessible en ligne : https://www.liberation.fr/checknews/asterix-vaincre-ou-mourir-ces-films-ont-ils-beneficie-de-notes-et-commentaires-truques-sur-allocine-20230211_T2QUE5CVSVCHZGGOG35VTRW2WU/.

²¹²⁸ V. pour les adresses IP statiques : CJUE, 24 nov. 2011, aff. C-70/10, *Scarlet Extended SA* : CCE 2012, comm. 63, note A. Debet ; *ibid.*, étude 3, note A. Neri ; *Gaz. Pal.* 2012, n° 46, p. 20, obs. L. Marino ; *RLDI* 2012/79, n° 2622, comm. C. Castets-Renard ; *Prop. intell.* 2012, n° 42, p. 47, obs. V.-L. Benabou ; *D.* 2012, p. 2347, obs. P. Tréfigny ; *ibid.*, p. 2851, obs. P. Sirinelli. V. pour les adresses IP dynamiques : CJUE, 19 oct. 2016, aff. C-582/14, *Breyer* : *Europe* 2016, comm. 444, obs. F. Gazin ; CCE 2016, comm. 104, obs. N. Metallinos ; *RLDI* 2016/134, n° 4944, note B. Pautrot ; *RLDI* 2016/132, n° 4411, note B. Spitz ; *RLDI* 2016/131, n° 4087, obs. L. Costes ; *Dalloz IP/IT* 2017, p. 120, obs. G. Péronne et E. Daoud. Comme le relèvent Sophie Stalla-Bourdillon et Alison Knight, le

non personnel, et ce à condition que le processus d'anonymisation ait été correctement suivi²¹²⁹. Pour ce qui est des *cookies* d'audience en particulier, ces derniers sont exemptés de consentement s'ils ont pour finalité exclusive la création de statistiques, pour le compte exclusif de l'éditeur du site, que ces statistiques ne sont pas partagées à des tiers, ni recoupées avec d'autres données et qu'ils n'aboutissent pas à un suivi global de l'utilisateur²¹³⁰.

B. L'application de la qualification de traitement de données personnelles aux recommandations personnalisées

531. Rappel du critère de personnalisation de la recommandation - Le critère de distinction entre recommandations personnalisées et recommandations non personnalisées a dû être affiné. Le caractère personnalisé d'une recommandation réside en effet dans son adaptation à son destinataire. Les fils d'actualités sur les réseaux sociaux, « *vous pourriez aimer* », le démarrage automatique de vidéos, sont des recommandations modelées sur le profil d'un utilisateur donné.

532. Les acquis et les incertitudes - Le recours à la recommandation personnalisée implique, par définition, un traitement centré sur la personne du destinataire et donc sur ses données à caractère personnel. La recommandation personnalisée relève donc du RGPD, et en particulier des règles relatives au profilage (1). Mais cette qualification ne va pas sans incertitude, notamment en ce qui concerne les critères de la prise de décision exclusivement automatisée fondée sur le profilage au sens de l'article 22 du RGPD (2).

1. Le profilage, technique au cœur des recommandations personnalisées

533. La définition du profilage - L'article 4 (4) du RGPD définit le profilage comme « *toute forme de traitement automatisé de données à caractère personnel consistant à utiliser ces*

contexte de l'espèce a été déterminant dans ces arrêts (p. 314 et s.). Autrement dit, il n'est pas sûr que les adresses IP constituent en soi des données à caractère personnel.

²¹²⁹ V. sur ce point : EDPS, *Avis 10/2017 sur les garanties et dérogations prévues à l'article 89 du RGPD dans le cadre d'une proposition de règlement concernant les statistiques intégrées sur les exploitations agricoles*, 20 nov. 2017, p. 10

²¹³⁰ CNIL, délib. n° 2020-091 du 17 septembre 2020 portant adoption de lignes directrices relatives à l'application de l'article 82 de la loi du 6 janvier 1978 modifiée aux opérations de lecture et écriture dans le terminal d'un utilisateur (notamment aux « cookies et autres traceurs ») et abrogeant la délibération n° 2019-093 du 4 juillet 2019, §51.

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, la santé, les préférences personnelles, les intérêts, la fiabilité, le comportement, la localisation ou les déplacements de cette personne physique ». Le profilage est donc composé de trois éléments : une forme de traitement automatisé, sur la base de données à caractère personnel, afin d'évaluer les aspects personnels d'une personne physique²¹³¹.

534. Première étape : la collecte de données - Les recommandations personnalisées se fondent tout d'abord sur la collecte de données. Les données collectées sont celles fournies par l'utilisateur qui va se voir recommander des contenus²¹³².

Deux types de données fournies peuvent être distinguées : celles qui sont fournies activement et consciemment par l'utilisateur (adresse mail, nom d'utilisateur, âge, ...) et celles qu'il fournit passivement à l'occasion de l'utilisation d'un service²¹³³. Cette dernière catégorie est donc très vaste puisqu'elle peut recouvrir les historiques de recherche et de navigation, les likes, les données de géolocalisation, de trafic, les données issues de capteurs individuels comme le rythme cardiaque²¹³⁴. En d'autres termes, toute activité en ligne peut être mise en donnée.

La collecte de donnée peut se faire à partir du site lui-même mais également faire suite au traçage de l'utilisateur par le biais de *cookies* qu'un tiers aura déposés sur le terminal d'un utilisateur lors de sa première visite. Ce *cookie* sera alors en mesure de collecter un grand nombre de données attachées au comportement de l'utilisateur²¹³⁵.

535. Deuxième étape : l'analyse de données - L'analyse de données n'est pas nouvelle en soi²¹³⁶. Il est d'usage, parfois encore aujourd'hui, d'interroger des panels de consommateurs

²¹³¹ G29, *Lignes directrices relatives à la prise de décision individuelle automatisée et au profilage aux fins du règlement (UE) 2016/679*, WP 251 rev. 01, 17/FR, 6 févr. 2018, p. 7.

²¹³² *Ibid.*, p. 8. V. également : G29, *Guidelines on the right to portability*, WP 242 rev. 01, 16/EN, 5 avr. 2017, pp. 9-10.

²¹³³ G29, *Guidelines on the right to portability*, précit., p. 10 ; G29, *Lignes directrices relatives à la prise de décision individuelle automatisée et au profilage aux fins du règlement (UE) 2016/679*, précit., p. 8.

²¹³⁴ G29, *Guidelines on the right to portability*, précit., p. 10.

²¹³⁵ L'opération de collecte par les *cookies* est la même qu'il s'agisse de recommandation ou de publicité personnalisée. Sur la description du traçage en matière de publicité : F. J. ZUIDERVEEN BORGESIU, "Singling out people without knowing their names. Behavioural targeting, pseudonymous data, and the new Data Protection Regulation", *Computer Law & Security Review* 2016, vol. 32, n° 2, pp. 257-258 ; G29, *Avis 2/2010 sur la publicité comportementale en ligne*, WP 171, 00909/10/FR, 22 juin 2020, p. 7 et s.

²¹³⁶ M. HILDEBRANDT, "Profiling and the rule of law", *Identity in the Information Society* 2008, vol. 1, p. 57.

avant de lancer un produit. La différence réside ici dans trois éléments : le profilage se fait par une « *machine* », des connaissances en sont extraites et l'autonomie humaine réduite²¹³⁷.

Les données collectées – déclarées et observées – sont en effet versées dans de grandes bases de données. Il s'agit ici de catégoriser, par des algorithmes, le ou les utilisateurs selon des critères divers, le cas échéant croisés (intérêts, préférences, sexes, âges, géolocalisations, etc.), afin « *d'évaluer leurs caractéristiques ou leurs comportements afin de les placer dans une certaine catégorie ou un certain groupe, notamment pour analyser et/ou faire des prédictions* »²¹³⁸, évaluation qui s'apparente à une forme d'appréciation ou de jugement à l'égard d'une personne²¹³⁹.

L'imprécision de certaines données collectées et certaines données également manquantes rendent nécessaire une opération qui va à son tour produire des données. A l'inverse des données fournies activement ou passivement, ces données inférées²¹⁴⁰ peuvent être déduites de données connues pour « *combler les trous* » d'un profil ou créées à partir d'une analyse de données²¹⁴¹.

Parallèlement à cette opération, les *items* sont également analysés en fonction de leurs données descriptives mais également d'usage. L'objectif est de prédire les chances qu'un *item* aux caractéristiques données soit apprécié par un individu en fonction de son profil et de sa proximité avec les utilisateurs avec lesquels il partage des traits communs²¹⁴².

536. Troisième étape : l'application du profil à un utilisateur - Le profil, en tant qu'ensemble de corrélations entre les données des utilisateurs, est ensuite appliqué à l'utilisateur²¹⁴³ qui se verra proposer des contenus censés l'intéresser. Le moindre clic, le temps

²¹³⁷ *Ibid.*, p. 58.

²¹³⁸ G29, *Lignes directrices relatives à la prise de décision individuelle automatisée et au profilage aux fins du règlement (UE) 2016/679*, WP 251 rev. 01, 17/FR, 6 févr. 2018, p. 8.

²¹³⁹ *Ibid.*, p. 7.

²¹⁴⁰ *Ibid.*, p. 8. V. également : G29, *Guidelines on the right to portability*, précit., pp. 10-11 ; S. WACHTER, B. MITTELSTADT, "A Right to Reasonable Inferences : Re-Thinking Data Protection Law in the Age of Big Data and AI", *Columbia Business Law Review* 2019, n° 2, p. 494.

²¹⁴¹ M. L. MONTAGNINI, M. VERSTRAETE, "What Makes Data Personal ?", *UC Davis Law Review* 2023, vol. 56, pp. 1221-1222. Données dérivées et données inférées semblent être des expressions synonymes (*ibid.*, pp. 1219-1220). V. également : G29, *Lignes directrices relatives à la prise de décision individuelle automatisée et au profilage aux fins du règlement (UE) 2016/679*, précit., p. 8). Pour des auteurs, ces deux expressions recouvrent deux réalités distinctes (bien que cela n'affecte pas leur qualification, ni leur régime). Une donnée dérivée est déduite d'une donnée existante (par ex., un pays de résidence déduit du code postal d'une personne), tandis qu'une donnée inférée est une donnée créée à partir de nombreuses données comme un score bancaire) : S. WACHTER, B. MITTELSTADT, "A Right to Reasonable Inferences : Re-Thinking Data Protection Law in the Age of Big Data and AI", art. précit., p. 516.

²¹⁴² G29, *Lignes directrices relatives à la prise de décision individuelle automatisée et au profilage aux fins du règlement (UE) 2016/679*, précit., p. 7.

²¹⁴³ *Ibid.*, p. 8.

passé sur certains contenus, l'absence de consultation de contenus recommandés serviront ensuite à actualiser le profil²¹⁴⁴.

537. L'incertitude sur la qualification des données inférées : l'exemple de la CJUE - Au stade de la collecte, toute donnée peut être intéressante afin de créer un profil, qu'elles soient à caractère personnel ou non. La question de la qualification des données inférées peut néanmoins être intéressante à étudier en ce qu'elle a été débattue²¹⁴⁵. Deux arrêts de la CJUE ont notamment créé le trouble sur leur statut.

Dans l'affaire *YS* portée devant la CJUE²¹⁴⁶, il était question d'un individu ayant introduit une demande de permis de séjour temporaire au titre du droit d'asile aux Pays-Bas. Cette demande ayant été rejetée, l'individu demande aux autorités la communication de la « *minute* », document contenant les données du demandeur (nom, prénom, date de naissance, nationalité, sexe, etc.), l'historique de la procédure, des éléments relatifs aux déclarations et pièces produites, les dispositions juridiques applicables et enfin l'appréciation de tous ces éléments au regard de ces dernières, autrement dit l'analyse juridique. Les autorités néerlandaises refusant la communication de cette minute, *YS* introduit un recours afin de se la voir communiquer.

Le problème portait ici sur la qualification des données contenues dans ce document. S'il ne faisait pas de doute que les données relatives au demandeur étaient à caractère personnel²¹⁴⁷, il n'en allait pas ainsi de l'analyse juridique qui peut être vue comme une donnée inférée.

Pour les juges, même si celle-ci contient également les données personnelles du demandeur, elle n'est pas en elle-même une donnée à caractère personnel et donc en dehors du champ du droit d'accès. En effet, « *une telle analyse juridique constitue non pas une information concernant le demandeur du titre de séjour, mais tout au plus, pour autant qu'elle ne se limite pas à une interprétation purement abstraite du droit, une information portant sur l'appréciation et l'application, par l'autorité compétente, de ce droit à la situation de ce*

²¹⁴⁴ M. MONTANER, B. LÓPEZ, "A Taxonomy of Recommender Agents on the Internet", *Artificial Intelligence Review* 2003, vol. 19, p. 301.

²¹⁴⁵ M. L. MONTAGNINI, M. VERSTRAETE, "What Makes Data Personal ?", art. précit., p. 1222 et s. ; S. WACHTER, B. MITTELSTADT, "A Right to Reasonable Inferences : Re-Thinking Data Protection Law in the Age of Big Data and AI", art. précit., p. 515.

²¹⁴⁶ CJUE, 17 juill. 2014, aff. jtes C-141/12 et C-372/12, *YS* : *Europe* 2014, comm. 368, note J. Dupont-Lassalle ; *Dr. adm.* 2014, chron.5, S. Platon ; *AJDA* 2014, n° 40, E. Broussy, H. Cassagnabère et C. Gänser.

²¹⁴⁷ *YS*, §38.

demandeur, cette situation étant notamment établie au moyen des données à caractère personnel relatives à sa personne dont dispose cette autorité »²¹⁴⁸.

Dans l'affaire *Nowak* précitée, un candidat ayant échoué à un examen professionnel souhaitait accéder à sa copie d'examen, ce qui lui avait été refusé au motif qu'elle ne contenait pas de données à caractère personnel. La CJUE considère au contraire que les réponses écrites du candidat constituent des données à caractère personnel tout comme les annotations de l'examineur sur la copie, lesquelles pouvant d'ailleurs concerner aussi bien le candidat que l'examineur²¹⁴⁹.

538. L'incertitude sur la qualification des données inférées : la position du G29 - L'incertitude sur le statut des données inférées est renforcée par le traitement qu'en fait le G29. Dans son avis relatif au concept de donnée à caractère personnel, il affirme que des avis ou des appréciations peuvent être qualifiées de données à caractère personnel²¹⁵⁰. Puis, dans ses lignes directrices relatives à la portabilité des données à caractère personnel, il précise que « *le résultat d'une évaluation concernant la santé d'un utilisateur ou le profil créé dans le contexte de la gestion des risques et des réglementations financières (par exemple, pour attribuer un score de crédit ou se conformer aux règles de lutte contre le blanchiment d'argent) ne peuvent pas en eux-mêmes être considérés comme "fournis par" la personne concernée. Même si ces données peuvent faire partie d'un profil conservé par un responsable du traitement et sont déduites ou dérivées de l'analyse des données fournies par la personne concernée (par ses actions par exemple), ces données ne seront généralement pas considérées comme "fournies par la personne concernée" et n'entreront donc pas dans le champ d'application de ce nouveau droit* »²¹⁵¹, ce qui pourrait laisser entendre que ces inférences ne sont pas des données à caractère personnel, tout en pouvant néanmoins faire l'objet de certains droits²¹⁵².

Pour autant, affirmer que ces données ne sont pas dans le périmètre du droit à la portabilité ne signifie pas qu'elles n'en sont pas²¹⁵³ et n'empêche pas les données inférées d'être qualifiées de données à caractère personnel²¹⁵⁴. Pour certains, les prédictions sur une personne

²¹⁴⁸ YS, §40.

²¹⁴⁹ CJUE, 20 déc. 2017, aff. C-434/16, *Nowak*, §§43-44 : Europe 2018, comm. 42, note A. Rigaux ; *RLDI* 2018/145, n° 5165, obs. L. Costes ; *CCE* 2018, comm. 23, note N. Metallinos.

²¹⁵⁰ G29, *Avis 4/2007 sur le concept de données à caractère personnel*, précit., p. 7.

²¹⁵¹ G29, *Guidelines on the right to portability*, WP 242 rev. 01, 16/EN, 5 avr. 2017, p. 10.

²¹⁵² *Ibid.*, note 20. V. également : M. L. MONTAGNINI, M. VERSTRAETE, "What Makes Data Personal ?", art. précit., 1223.

²¹⁵³ S. WACHTER, B. MITTELSTADT, "A Right to Reasonable Inferences : Re-Thinking Data Protection Law in the Age of Big Data and AI", art. précit., p. 519, note 101.

²¹⁵⁴ *Ibid.*, p. 517 et s.

physique peuvent être qualifiées comme telles, indépendamment du fait qu'elles concernent son passé, son présent ou son futur²¹⁵⁵, ou qu'elles soient exactes ou vérifiables²¹⁵⁶.

539. Le faible impact de la qualification des données inférées sur celle des recommandations personnalisées - Que les données inférées soient qualifiées de données à caractère personnel ou non, cela ne semble pas avoir de grand impact sur la qualification des recommandations personnalisées. Au mieux, elles peuvent être vues comme des traitements de données à caractère personnel en totalité et donc relever du RGPD. Au pire, elles peuvent être considérées comme des traitements portant sur des ensembles de données mixtes, auquel cas le RGPD a la primauté sur d'autres textes.

2. L'incertitude quant à la qualification de prise de décision automatisée sur la base d'un profilage aux recommandations personnalisées

540. L'article 22 du RGPD : une fausse opportunité pour protéger l'individu contre les recommandations personnalisées ? - Si la qualification de traitement de données personnelles, et en particulier de profilage, ne fait guère de doute en présence d'une recommandation personnalisée, la question se complique lorsqu'il s'agit de déterminer si cette recommandation constitue une prise de décision exclusivement automatisée au sens de l'article 22 du RGPD. Cette hésitation se reflète dans l'application même de l'article 22, dont les critères, à la fois rigoureux et ambigus, nourrissent les doutes quant à sa pertinence dans le champ des recommandations personnalisées (b), d'autant qu'à l'analyse, le lien entre profilage et décision se révèle plus ténu qu'il n'y paraît (a).

- a. Des liens extrêmement ténus entre profilage et décision

541. L'inclusion apparente de la décision dans le mécanisme du profilage - Il ne semble pas opportun d'assimiler le profilage comme une décision en soi, même si le G29 est ambigu sur ce point en affirmant que le profilage comprend « *une collecte de données* », « *une analyse*

²¹⁵⁵ S. ERNST, « Begriffsbestimmungen », in *Datenschutz-Grundverordnung Bundesdatenschutzgesetz*, B. Paal and D. A. Pauly (Eds), 2018, p. 14 et s.

²¹⁵⁶ A. KLABUNDE, « Begriffsbestimmungen », in *Datenschutz-Grundverordnung Bundesdatenschutzgesetz*, E. Ehmann and M. Selmayr (Eds), 2017, p. 7-8.

automatisée afin d'établir des corrélations » et « l'application de la corrélation à une personne pour déduire les caractéristiques du comportement actuel ou futur »²¹⁵⁷. D'une part, les deux dernières étapes se distinguent mal en raison de la technicité et de la performance des algorithmes. D'autre part, l'expression « application d'une corrélation » peut faire penser à une décision. Dès lors, le profilage semble « inclure » de facto une prise de décision, caractéristique cruciale car, comme l'affirme le G29, « le RGPD ne se concentre pas seulement sur les décisions prises à la suite d'un traitement automatisé ou d'un profilage. Il s'applique à la collecte de données pour la création de profils, ainsi qu'à l'application de ces profils aux particuliers »²¹⁵⁸.

542. La décorrélation du profilage et de la décision - D'un autre côté, le G29 précise bien que le profilage et la prise de décision sont justement décorrélés : « *La prise de décision automatisée a une portée différente et peut partiellement chevaucher le profilage ou en résulter. La prise de décision exclusivement automatisée est la capacité de prendre des décisions par des moyens technologiques sans intervention humaine* », laquelle peut se fonder sur des « *données fournies directement par la personne concernée* », des « *données observées au sujet de ces personnes* » et des « *données dérivées ou inférées comme un profil de la personne qui a déjà été créé* »²¹⁵⁹. Tout en reconnaissant que « *le profilage et la prise de décision automatisée ne sont pas nécessairement des activités distinctes* », le G29 précise que « *les décisions automatisées peuvent être prises avec ou sans profilage* » et que « *le profilage peut se faire sans prendre de décisions automatisées* »²¹⁶⁰.

Curieusement, le G29, comme la doctrine, semblent se concentrer davantage sur le profilage lui-même en rapport avec la prise de décision ou non. Le G29 par exemple distingue trois recours au profilage : le profilage général, la prise de décision fondée sur le profilage et une prise de décision exclusivement automatisée, y compris le profilage, qui produit des effets juridiques ou affecte de manière significative de façon similaire la personne concernée²¹⁶¹. Mais dans la suite de son avis, il ne retient que deux régimes distincts²¹⁶².

²¹⁵⁷ G29, *Lignes directrices relatives à la prise de décision individuelle automatisée et au profilage aux fins du règlement (UE) 2016/679*, WP 251 rev. 01, 17/FR, 6 févr. 2018, pp. 7-8.

²¹⁵⁸ *Ibid.*, p. 6.

²¹⁵⁹ *Ibid.*, p. 8.

²¹⁶⁰ *Ibid.*

²¹⁶¹ *Ibid.*, p. 9.

²¹⁶² *Ibid.*, p. 10 et s. V. également : N. MARTIAL-BRAZ, « Le profilage. Fiche pratique », CCE 2018, n° 4, p. 69.

543. Du profilage aux profilages - En tout état de cause, il n'y aurait donc pas un profilage mais des profilages²¹⁶³. Selon Nathalie Martial-Braz, l'analyse des dispositions du RGPD relatif au profilage fait apparaître deux grandes catégories de profilage : un profilage *lato sensu* – même si les droits de la personne concernée diffèrent – et un profilage *stricto sensu*²¹⁶⁴. Le profilage au sens large répondrait à des bases de traitement classiques et comprendrait deux types de profilage : le profilage sans prise de décision – comme le profilage à des fins de prospection²¹⁶⁵ et le profilage à des fins d'analyse ou d'évaluation sans finalité de prospection et sans prise de décision²¹⁶⁶ – et le profilage avec prise de décision non exclusivement automatisée produisant des effets juridiques²¹⁶⁷. Au sens strict, le profilage comprendrait le profilage avec prise de décision exclusivement automatisée tel que l'article 22 le prévoit.

544. La prise de décision : un processus multi-décisionnel - Le G29, comme la doctrine, distinguent la prise de décision exclusivement automatisée de la prise de décision non exclusivement automatisée en fonction de l'intervention humaine effective ou potentielle. Le recours à l'expression « *prise de décision* » au lieu de « *décision* » est crucial puisqu'il sous-tend que la prise de décision est un processus qui aboutit à une décision finale. Entre une collecte de données et une prise de décision, plusieurs étapes en effet peuvent se succéder. L'analyse des arrêts *YS* et *Nowak* révèle la difficulté d'appréhender la prise de décision quand celle-ci se déroule en diverses phases même en dehors de tout profilage, et même généralement en dehors d'un traitement automatique de données.

Dans l'affaire *YS*²¹⁶⁸, trois étapes se distinguent : la collecte de données relatives au demandeur de droit d'asile, l'analyse légale, c'est-à-dire la confrontation des faits de l'espèce aux règles juridiques applicables, et la solution finale. Pour certains auteurs, ces deux dernières étapes sont comparables à des inférences. L'analyse légale peut être considérée comme une inférence intérimaire dans la mesure où elle produit de nouvelles données ou elle dérive des données originelles (comment les normes juridiques s'appliquent à un cas). De son côté, la décision accordant ou non le droit d'asile constitue l'inférence finale (la solution retenue dans

²¹⁶³ G29, *Lignes directrices relatives à la prise de décision individuelle automatisée et au profilage aux fins du règlement (UE) 2016/679*, précit. ; N. MARTIAL-BRAZ, « Le profilage. Fiche pratique », art. précit.

²¹⁶⁴ N. MARTIAL-BRAZ, « Le profilage. Fiche pratique », art. précit.

²¹⁶⁵ RGPD, art. 21 §2.

²¹⁶⁶ RGPD, art. 4 et 21 §1.

²¹⁶⁷ RGPD, art. 35 §3 (a).

²¹⁶⁸ CJUE, 17 juill. 2014, aff. jtes C-141/12 et C-372/12, *YS* : *Europe* 2014, comm. 368, note J. Dupont-Lassalle ; *Dr. adm.* 2014, chron. 5, S. Platon ; *AJDA* 2014, n° 40, E. Broussy, H. Cassagnabère et C. Gänser.

le cas d'espèce)²¹⁶⁹. Or, si l'on suit l'avis du G29, l'analyse légale aurait dû être qualifiée de donnée personnelle dans la mesure où elle est censée avoir pour résultat de produire des effets sur la personne concernée²¹⁷⁰. Ne pas qualifier cette inférence intermédiaire de donnée à caractère personnel revient à limiter opportunément le droit d'accès de la personne concernée dans la mesure où il « n'est pas conçu pour fournir une transparence totale dans la prise de décision impliquant des données personnelles ou pour garantir de bonnes pratiques administratives »²¹⁷¹.

De même, dans l'affaire *Nowak*²¹⁷², les données sont les réponses du candidat. L'inférence intermédiaire est constituée par les commentaires de l'examineur et l'inférence finale par le résultat du candidat à l'examen²¹⁷³. Contrairement au premier arrêt, les inférences intermédiaires ont été ici qualifiées de données à caractère personnel mais cela ne signifie pas que tous les droits en principe attachés à ce type de données puissent être mobilisés par la personne concernée²¹⁷⁴, par exemple le droit de rectification. La Cour indique que « *le caractère exact et complet de données à caractère personnel doit être apprécié au regard de la finalité pour laquelle ces données ont été collectées. Cette finalité consiste, en ce qui concerne les réponses d'un candidat à un examen, à pouvoir évaluer le niveau de connaissance et de compétence de ce candidat à la date de l'examen. Or, ce niveau est justement reflété par d'éventuelles erreurs dans ces réponses. Partant, de telles erreurs ne constituent nullement une inexactitude, au sens de la directive 95/46, qui ouvrirait un droit de rectification en vertu de l'article 12, sous b), de celle-ci* »²¹⁷⁵. Le droit de rectification ici ne permettrait que de vérifier si la copie d'examen est bien celle du candidat et non d'un autre ou que la copie est entière²¹⁷⁶. Cette interprétation téléologique du droit de rectification laisse songeur et l'on peut se demander s'il s'agit encore de rectification²¹⁷⁷.

Au-delà de la qualification des inférences en données à caractère personnel ou non, ces deux décisions permettent de mettre en lumière la complexité de la prise de décision, complexité accrue en cas de traitement automatisé.

²¹⁶⁹ S. WACHTER, B. MITTELSTADT, "A Right to Reasonable Inferences : Re-Thinking Data Protection Law in the Age of Big Data and AI", *Columbia Business Law Review* 2019, n° 2, p. 523-524.

²¹⁷⁰ *Ibid.*, p. 526.

²¹⁷¹ *Ibid.*, p. 529.

²¹⁷² CJUE, 20 déc. 2017, aff. C-434/16, *Nowak* : *Europe* 2018, comm. 42, note A. Rigaux ; *RLDI* 2018/145, n° 5165, obs. L. Costes ; *CCE* 2018, comm. 23, note N. Metallinos.

²¹⁷³ S. WACHTER, B. MITTELSTADT, "A Right to Reasonable Inferences : Re-Thinking Data Protection Law in the Age of Big Data and AI", art. précit., p. 537.

²¹⁷⁴ *Ibid.*, p. 533.

²¹⁷⁵ *Nowak*, §53.

²¹⁷⁶ *Nowak*, §54.

²¹⁷⁷ S. WACHTER, B. MITTELSTADT, "A Right to Reasonable Inferences : Re-Thinking Data Protection Law in the Age of Big Data and AI", art. précit., p. 535 et s.

- b. Les doutes quant à l'application de l'article 22 du RGPD aux recommandations personnalisées

545. L'inadaptation de l'article 22 aux recommandations personnalisées - L'article 22 du RGPD cristallise les tensions juridiques autour des décisions prises sans intervention humaine. Si le texte interdit par principe les décisions exclusivement fondées sur un traitement automatisé produisant des effets juridiques ou significatifs, son champ d'application semble difficile à cerner. L'ambiguïté de ses critères d'application, qui transparaît en matière de *scoring* bancaire et de publicité ciblée (i), se retrouve également en matière de recommandations personnalisées (ii).

- i. Les difficultés d'application des critères de l'article 22 du RGPD à l'égard du *scoring* bancaire et de la publicité ciblée

546. La particularité de l'article 22 du RGPD - L'article 22 alinéa premier du RGPD dispose : « *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* ». Cet article a été très commenté par la doctrine, notamment en ce qui concerne l'existence ou non d'un droit à explication sur les décisions prises sur le fondement exclusif d'un profilage²¹⁷⁸. Sur ce point, la CJUE a clos le débat dans l'arrêt *Dun & Bradstreet Austria* rendu le 27 février 2025 : une personne à l'égard de laquelle a été prise une décision fondée exclusivement sur le fondement

²¹⁷⁸ F. J. ZUIDERVEEN BORGESIU, *Discrimination, Artificial Intelligence, and Algorithmic Decision-Making*, étude pour le Conseil de l'Europe, 2018 ; L. A. BYGRAVE, "Minding the Machine v2.0 : The EU General Data Protection Regulation and Automated Decision Making", University of Oslo, Faculty of Law Legal Studies, Research Paper Series n° 2019-01 ; L. EDWARDS, M. VEALE, "Slave to the Algorithm? Why a "right to an explanation" is probably not the remedy you are looking for", *Duke Law & Technology Review* 2017, vol. 16, n° 1, p. 18 ; M. E. KAMINSKI, "The right to explanation, explained", *Berkeley Technology Law Journal* 2019, vol. 24, p. 189 ; G. MALGIERI, "Automated decision-making in the EU Member States. The right to explanation and other "suitable safeguards" in the national legislations", *Computer Law & Security Review* 2019, vol. 35, n° 5, n° 105327 ; J. ROCHFELD, « L'encadrement des décisions prises par algorithme », *Dalloz IP/IT* 2018, p. 474 ; A. D. SELBST, J. POWLES, "Meaningful information and the right to explanation", *International Data Privacy Law* 2017, vol. 7, n° 4, p. 233 ; S. WACHTER, B. MITTELSTADT, "A Right to Reasonable Inferences : Re-Thinking Data Protection Law in the Age of Big Data and AI", *Columbia Business Law Review* 2019, n° 2, p. 494.

d'un traitement automatisé, y compris le profilage, a droit à une explication personnalisée²¹⁷⁹. En dehors de son régime, quelques précisions doivent être apportées sur cet article.

Il convient d'abord de rappeler qu'il ne porte pas précisément sur le profilage mais sur la prise de décision exclusivement automatisée qui peut se fonder sur le profilage mais également sur une autre forme de traitement automatisé.

Ensuite, le principe en la matière est l'interdiction de ce type de prise de décision²¹⁸⁰ pour laquelle deux conditions sont requises. Il faut tout d'abord une décision fondée exclusivement sur un traitement automatisé, c'est-à-dire qu'il n'y ait pas d'intervention humaine dans la prise de décision ou une intervention humaine artificielle. À titre d'exemple, si un responsable de traitement applique de façon systématique des profils générés automatiquement à des individus sans aucune influence réelle sur le résultat, il s'agirait tout de même d'une décision fondée exclusivement sur un traitement automatisé²¹⁸¹. La prise de décision exclusivement automatisée doit ensuite produire des effets juridiques à l'égard d'une personne physique, c'est-à-dire affecter ses droits, son statut juridique (annulation d'un contrat, refus d'un avantage social), ou l'affecter de manière significative de façon similaire, autrement dit la décision doit être de nature à « *affecter de manière significative la situation, le comportement ou les choix de la personne concernée* », « *avoir un impact prolongé ou permanent sur la personne concernée* » ou « *à l'extrême, entraîner l'exclusion ou la discrimination des personnes* », par exemple un refus d'octroi d'un crédit, les décisions qui affectent l'admission d'une personne à l'université, ...²¹⁸²

Cette interdiction de la prise de décision exclusivement automatisée souffre néanmoins d'exceptions. Elle redevient en effet possible si elle est prise sur le fondement de l'exécution

²¹⁷⁹ CJUE 27 févr. 2025, aff. C-203/22, *Dun & Bradstreet Austria : Dalloz act.*, 13 mars 2025, obs. C. Chrichton ; *Dalloz IP/IT* 2025, p. 384, obs. Th. Douville ; *ibid.*, p. 187, obs. S. Kessaci ; *RTD com.* 2025, p. 408, note E. Netter ; *Europe* 2025, comm. 122, note C. Grudler. Ce droit à explication trouve sa source dans l'article 15 §1 (h) du RGPD qui a trait au droit d'accès des personnes concernées. Les juges y apportent néanmoins une limite : le droit à la protection des données à caractère personnel n'étant pas absolu, il doit être mis en balance avec d'autres droits fondamentaux (§68) tel que le secret des affaires (§69).

²¹⁸⁰ G29, *Lignes directrices relatives à la prise de décision individuelle automatisée et au profilage aux fins du règlement (UE) 2016/679*, WP 251 rev. 01, 17/FR, 6 févr. 2018, p. 21 ; CJUE, 7 déc. 2023, aff. C-634/21, *Schufa*, §52 : *Dalloz act.*, 12 déc. 2023, obs. L. Pailler ; *RLDI* 2024/210, n° 4843, obs. L. Costes ; *CCE* 2024, étude 3, note L. Huttner ; *Europe* 2024, comm. 79, note J. Tribout ; *RD bancaire et fin.* 2024, comm. 46, obs. M. Gillouard ; *D.* 2024, p. 1000, note Th. Douville ; *RTD com.* 2024, p. 342, note E. Netter ; *Dalloz IP/IT* 2024, p. 362, obs. C. Galichet.

²¹⁸¹ G29, *Lignes directrices relatives à la prise de décision individuelle automatisée et au profilage aux fins du règlement (UE) 2016/679*, précit., p. 23.

²¹⁸² G29, *Lignes directrices relatives à la prise de décision individuelle automatisée et au profilage aux fins du règlement (UE) 2016/679*, précit., pp. 23-24.

d'un contrat, si elle est autorisée par le droit de l'Union ou le droit d'un État membre ou si elle se fonde sur le consentement explicite de la personne concernée²¹⁸³.

En revanche, elle redevient interdite si elle se fonde sur des données sensibles, à moins que la personne concernée ait donné son consentement explicite ou que cette prise de décision soit justifiée par l'intérêt général²¹⁸⁴.

547. Les difficultés d'application de l'article 22 au *scoring* bancaire : l'exemple de la jurisprudence - Dans cette affaire portée devant la CJUE²¹⁸⁵, un consommateur s'est vu refuser l'octroi d'un prêt auprès d'une banque qui s'était fondée sur un score de crédit fourni une société tierce. Il a donc exercé son droit d'accès et à l'effacement auprès de cette dernière qui lui a communiqué son score et ses modalités de calcul dans les grandes lignes en précisant que son rôle se limitait à calculer le score de crédit à partir des données fournies par la banque, seule cette dernière prenant la décision d'accorder ou non ce prêt. Contestant cette communication incomplète, le consommateur saisit les juridictions allemandes qui demandent à leur tour à la CJUE si le score de crédit constitue une décision fondée exclusivement sur un traitement automatisé auquel cas il serait interdit. Les juges européens répondent par l'affirmative en distinguant trois critères d'application de l'article 22 du RGPD.

Premièrement, il faut être en présence d'une décision qui, en l'absence de précision du législateur, renvoie à un « acte » « *pouvant affecter la personne concernée de multiples manières* »²¹⁸⁶. En l'occurrence, cette condition est jugée suffisamment large pour accueillir « *le résultat du calcul de solvabilité d'une personne sous la forme d'une valeur de probabilité concernant la capacité d'une personne à honorer des engagements de paiement à l'avenir* »²¹⁸⁷.

Cette dernière doit ensuite être exclusivement fondée sur un traitement automatisé, ce que les juges estiment en l'espèce sans développer ce critère. Pour eux, l'activité de Schufa répond à la définition du profilage, sans autres précisions²¹⁸⁸.

²¹⁸³ RGPD, art. 22 §2.

²¹⁸⁴ RGPD, art. 22 §4

²¹⁸⁵ CJUE, 7 déc. 2023, aff. C-634/21, *Schufa*, §52 : *Dalloz act.*, 12 déc. 2023, obs. L. Pailler ; *RLDI* 2024/210, n° 4843, obs. L. Costes ; *CCE* 2024, étude 3, note L. Huttner ; *Europe* 2024, comm. 79, note J. Tribout ; *RD bancaire et fin.* 2024, comm. 46, obs. M. Gillouard ; *D.* 2024, p. 1000, note Th. Douville ; *RTD com.* 2024, p. 342, note E. Netter ; *Dalloz IP/IT* 2024, p. 362, obs. C. Galichet.

²¹⁸⁶ *Schufa*, §46.

²¹⁸⁷ *Schufa*, §46.

²¹⁸⁸ *Schufa*, §47. C'est également le cas dans l'affaire *Dun & Bradstreet Austria* au sujet du *scoring* établi par un opérateur de téléphonie auprès duquel une personne souhaite souscrire un abonnement. La CJUE évoque le « profilage », sans développer ses éléments constitutifs, ni leur application aux faits de l'espèce : CJUE 27 févr. 2025, aff. C-203/22, *Dun & Bradstreet Austria*, §62 : *Dalloz act.*, 13 mars 2025, obs. C. Chrichton ; *Dalloz IP/IT* 2025, p. 384, obs. Th. Douville ; *ibid.*, p. 187, obs. S. Kessaci ; *RTD com.* 2025, p. 408, note E. Netter ; *Europe* 2025, comm. 122, note C. Grudler.

Enfin, la décision doit avoir sur la personne des effets juridiques ou significatifs de façon similaire, ce qui était le cas en l'espèce. La Cour considère que le score de crédit rentre dans la seconde catégorie au motif qu'« *une valeur de probabilité insuffisante entraîne, dans presque tous les cas, le refus de cette dernière d'accorder le prêt sollicité* »²¹⁸⁹.

Cet arrêt a été vivement critiqué car il illustre la complexité des processus décisionnels, notamment en relation avec l'article 22. Pour une auteure, il faut ici distinguer deux étapes : le *scoring* établi par le tiers et la décision de la banque sachant que chacune de ces étapes peut constituer une décision en soi, y compris automatisée : « *c'est bien là la difficulté des décisions en plusieurs étapes ; différencier chaque étape, sans oublier qu'elles s'influencent les unes les autres* »²¹⁹⁰. Or, il demeure dans cette décision une ambiguïté sur la décision en cause, d'ailleurs soulevée par l'avocat général : s'agit-il du score de crédit ou la décision finale de la banque ? : « [...] *il existe, d'un côté, l'acte par lequel une banque accepte ou refuse d'octroyer un crédit au demandeur et, de l'autre côté, le score issu d'une procédure de profilage effectuée par Schufa. À mon avis, il est impossible de donner une réponse catégorique à cette question, car la qualification dépend des circonstances de chaque cas particulier. Plus concrètement, la manière dont la procédure de prise de décision est structurée revêt une importance essentielle. Cette procédure comprend typiquement plusieurs phases, comme le profilage, la création du score et la décision portant sur l'octroi du crédit proprement dite* »²¹⁹¹. L'arrêt n'est pas clair dans la mesure où les juges relient étroitement les deux. Le score est en effet étudié en lien étroit avec la décision de la banque, « *qu'il guide de façon déterminante* »²¹⁹². Mais surtout, lorsqu'elle évoque les effets du *scoring*, la CJUE s'attache aux effets portant sur la décision de la banque et non le consommateur²¹⁹³. Or, le texte est clair : la décision prise de façon exclusivement automatisée doit avoir des effets sur la personne concernée.

Des questionnements demeurent donc quant aux outils de *scoring* bancaire, et plus généralement sur les logiciels experts qui se fondent sur des traitements automatisés. Si, dans l'arrêt *Schufa*, ils ont été considérés comme des outils décisionnels ouvrant l'application de l'article 22 du RGPD, cela n'est pas automatique. Selon les faits de l'espèce, et selon précisément le comportement de son utilisateur, un tel logiciel expert peut constituer un outil de prise de décision soumis à l'article 22 du RGPD ou un outil d'aide à la décision qui y échappera.

²¹⁸⁹ *Schufa*, §48.

²¹⁹⁰ L. HUTTNER, « Décisions automatisées : le réveil d'un géant endormi ? », note sous CJUE, 1^{ère} ch., 7 déc. 2023, aff. C-634/21, *Schufa*, CCE 2024, n° 2, étude 3, n° 17.

²¹⁹¹ CJUE, concl. Priit Pikamäe, 16 mars 2023, aff. C-634/21, *Schufa*, §40.

²¹⁹² *Schufa*, §48 et 62.

²¹⁹³ L. HUTTNER, « Décisions automatisées : le réveil d'un géant endormi ? » note ss CJUE, 1^{ère} ch., 7 déc. 2023, aff. C-634/21, *Schufa*, CCE 2024, n° 2, étude 3, n° 18.

548. Les difficultés d'application de l'article 22 à la publicité ciblée : l'ambiguïté du

G29 - Les réseaux sociaux, par exemple, proposent des services de ciblage permettant à des annonceurs de communiquer leurs messages aux utilisateurs de ces plateformes afin de promouvoir des intérêts commerciaux, politiques ou autres²¹⁹⁴. Pour atteindre leurs cibles, les annonceurs se fondent sur les données fournies activement ou passivement par les utilisateurs ou déduites de ces données (par le profilage) et collectées par le fournisseur du service ou des tiers comme des courtiers en données. L'annonceur choisit les critères que doit remplir son public cible (sexe, localisation, intérêts) et le fournisseur du réseau social inclut le message dans le fil d'actualités des utilisateurs concernés. Dès lors, on peut se demander si ce mécanisme de publicité ciblée peut constituer une décision prise de façon exclusivement automatisée qui produit des effets juridiques ou affectant de manière significative de façon similaire l'utilisateur.

Le G29 a été amené à y répondre, mais de façon peu claire. S'il semble considérer *a priori* que la publicité en ligne « s'appuie de plus en plus sur des outils automatisés » et « implique uniquement la prise de décision individuelle automatisée », il estime que « la décision de présenter une publicité ciblée fondée sur le profilage, telle qu'une publicité pour un magasin de mode en ligne grand public basée sur un simple profil démographique, n'affectera pas les personnes concernées de façon similaire de manière significative : "les femmes de la région bruxelloise âgées de 25 à 35 ans qui sont susceptibles de s'intéresser à la mode et à certains articles d'habillement" »²¹⁹⁵. Mais il précise ensuite qu'il peut être nécessaire de tenir compte de certains facteurs selon la particularité de la situation comme « le caractère intrusif du processus de profilage, y compris le suivi des personnes sur différents sites web, appareils et services » ; « les attentes et les souhaits des personnes concernées », « la façon dont l'annonce est diffusée » ou « le recours aux vulnérabilités connues des personnes concernées visées »²¹⁹⁶. L'analyse des effets est donc relative puisqu'un « traitement qui pourrait avoir peu d'incidences sur les personnes en général peut en fait avoir un effet significatif à l'égard de certains groupes de la société, tels que les groupes minoritaires ou les adultes vulnérables. Par exemple, une personne dont il est connu qu'elle éprouve des difficultés financières ou qui est susceptible d'éprouver de telles difficultés, et qui est régulièrement ciblée par des publicités pour des prêts à taux d'intérêt élevé, peut s'inscrire à ces offres et s'endetter davantage »²¹⁹⁷.

²¹⁹⁴ EDPB, Lignes directrices 8/2020 sur le ciblage des utilisateurs de médias sociaux, version 2.0, 13 avr. 2021, pp. 4-5.

²¹⁹⁵ G29, Lignes directrices relatives à la prise de décision individuelle automatisée et au profilage aux fins du règlement (UE) 2016/679, précit., p. 24.

²¹⁹⁶ Ibid.

²¹⁹⁷ Ibid., pp. 24-25.

549. La publicité ciblée, une décision ? - La soumission de la publicité ciblée à l'article 22 du RGPD, et donc au principe de son interdiction, est en réalité loin d'être acquise. La première condition d'application de l'article 22 du RGPD est relative à l'existence de la décision.

En première intention, le G29 vise la « *décision de présenter une publicité ciblée fondée sur le profilage* »²¹⁹⁸. Plusieurs remarques peuvent être faites à l'endroit de ce critère tel qu'interprété par le G29. Premièrement, il est peu probable qu'un annonceur et/ou un fournisseur de réseau social prenne une décision envers un seul individu. La plupart du temps, la décision de présenter une publicité ciblée appartient à une politique de communication beaucoup plus large qui n'est d'ailleurs pas situable dans le temps. Il y a peu de chances de trouver une trace d'une décision imposant l'affichage d'une publicité à Monsieur X en particulier. Si l'on veut être rigoureux, c'est davantage le mécanisme global de la publicité ciblée qui devrait constituer le siège de la décision.

Mais surtout, l'on peut se demander s'il on est en présence d'une véritable décision. Certains auteurs doutent en effet de l'existence d'une décision car la publicité ciblée n'a pas d'effet véritablement contraignant²¹⁹⁹. Cette caractérisation de la décision par la contrainte a d'ailleurs été soulevée par l'avocat général dans l'affaire *Schufa* qui avait d'abord estimé que « *d'un point de vue étymologique, cette notion implique un "avis" ou "une prise de position" sur une situation déterminée. Elle doit être aussi dotée d'un "caractère contraignant" afin de la distinguer des simples "recommandations" qui, en principe, n'ont aucune conséquence juridique ou factuelle* »²²⁰⁰ avant de considérer que « *l'absence d'une définition légale permet de déduire que le législateur de l'Union a opté pour une notion large, susceptible d'inclure plusieurs actes pouvant affecter la personne concernée de multiples manières* »²²⁰¹, suivi en cela par la CJUE²²⁰². Même si l'on considère ce caractère contraignant comme indifférent, ou du moins uniquement lié à l'existence d'une décision juridique, on peut se demander si l'existence d'une décision doit être conscientisée par la personne qui en fait l'objet. La logique le voudrait puisque l'article 22 du RGPD doit bien être mobilisé par la personne concernée, ce qui implique qu'elle ait conscience d'avoir fait l'objet d'une telle décision. Mais sur ce point, la CJUE considère que les dispositions constituent « *une interdiction de principe dont la*

²¹⁹⁸ *Ibid.*, p. 24.

²¹⁹⁹ N. MARTIAL-BRAZ, « Le profilage. Fiche pratique », CCE 2018, n° 4, p. 69 ; I. MENDOZA, L. A. BYGRAVE, "The Right Not to be Subject to Automated Decision Based on Profiling", in *EU Enforcement Law. Regulation and Enforcement*, T.-E. Synodinou et al. (Eds), Springer, 2017, p. 87.

²²⁰⁰ CJUE, concl. Priit Pikamäe, 16 mars 2023, aff. C-634/21, *Schufa*, §37.

²²⁰¹ CJUE, concl. Priit Pikamäe, 16 mars 2023, aff. C-634/21, *Schufa*, §38.

²²⁰² *Schufa*, §46.

méconnaissance ne nécessite pas d'être invoquée de manière individuelle par une telle personne »²²⁰³.

550. La publicité ciblée et la question de ses effets - À supposer que la publicité ciblée constitue une décision, celle-ci doit se fonder sur un traitement automatisé, condition qui semble acquise s'agissant du profilage en matière de publicité ciblée en ligne.

S'agissant de la condition relative aux effets de manière générale, le G29 est encore obscur. D'un côté, il considère que c'est le traitement de données qui doit affecter de manière significative la personne ; de l'autre, il indique que c'est la décision qui doit être de nature à « *affecter de manière significative la situation, le comportement ou les choix des personnes concernées* », « *avoir un impact prolongé ou permanent sur la personne concernée* » ou « *à l'extrême, entraîner l'exclusion ou la discrimination des personnes* »²²⁰⁴.

Plusieurs cas de publicités ciblant des personnes antisémites sur Google et Facebook ont été évoqués dans la presse²²⁰⁵. Si le procédé est odieux, il n'est pas sûr que l'affichage de ces publicités – à supposer qu'elles soient des décisions – puisse tomber sous le coup de l'article 22 du RGPD. Certains auteurs pointent en effet le caractère collectif du ciblage²²⁰⁶ et, à supposer qu'il ait un impact individuel, s'interrogent sur son caractère significatif puisque l'utilisateur n'est pas obligé de cliquer sur la publicité en cause et peut même utiliser un bloqueur de publicités²²⁰⁷.

L'absence de référence à la publicité ciblée dans le considérant relatif à l'article 22 du RGPD peut également laisser songeur. En effet, ce dernier ne mentionne à titre d'exemple de décisions prises exclusivement sur le fondement d'un traitement automatisé produisant des effets significatifs que « *le rejet automatique d'une demande de crédit en ligne ou des pratiques de recrutement en ligne* »²²⁰⁸. Certains auteurs insistent pour leur part sur le caractère économique d'une éventuelle discrimination²²⁰⁹.

²²⁰³ Schufa, §52.

²²⁰⁴ G29, *Lignes directrices relatives à la prise de décision individuelle automatisée et au profilage aux fins du règlement (UE) 2016/679*, précit., p. 24.

²²⁰⁵ A. KANTROWITZ, "Google Allowed Advertisers to Target People Searching Racist Phrases", *BuzzFeed News*, 15 sept. 2017, accessible en ligne : <https://www.buzzfeednews.com/article/alexkantrowitz/google-allowed-advertisers-to-target-jewish-parasite-black#.meXJ1b865d> ; J. ANGWIN *et al.*, "Facebook Enabled Advertisers to Reach 'Jaw Haters'", *ProPublica*, 14 sept. 2017, accessible en ligne : <https://www.propublica.org/article/facebook-enabled-advertisers-to-reach-jew-haters>. V. également : L. SWEENEY, "Discrimination in Online Ad Delivery", *Communications of the ACM* 2013, vol. 56, n° 5, p. 44.

²²⁰⁶ L. EDWARDS, M. VEALE, "Slave to the Algorithm? Why a 'right to an explanation' is probably not the remedy you are looking for", *Duke Law & Technology Review* 2017, vol. 16, n° 1, pp. 47-48.

²²⁰⁷ *Ibid.*, p. 48.

²²⁰⁸ RGPD, consid. 71.

²²⁰⁹ I. MENDOZA, L. A. BYGRAVE, "The Right Not to be Subject to Automated Decision Based on Profiling", précit., p. 89.

551. La publicité ciblée en dehors de l'article 22 du RGPD - Pour autant, l'inapplication éventuelle de l'article 22 du RGPD à la publicité ciblée ne signifie pas qu'elle reste en dehors du droit. Les dispositions relatives aux *cookies*, aux traitements de données à caractère personnel peuvent s'y appliquer de même que le règlement (UE) 2024/900 relatif à la transparence et au ciblage de la publicité politique ²²¹⁰ et certaines dispositions du règlement DSA.

Le considérant 68 indique à cet égard que « *la publicité en ligne peut présenter des risques importants, qu'il s'agisse de messages publicitaires constituant eux-mêmes un contenu illicite, de la contribution à des incitations financières en faveur de la publication ou de l'amplification de contenus et d'activités illégales ou autrement préjudiciables en ligne, ou encore de la présentation discriminatoire de publicités ayant une incidence sur l'égalité de traitement et des chances des citoyens* ».

De même, le considérant 69 précise que « *lorsque les destinataires du service reçoivent des publicités fondées sur des techniques de ciblage optimisées pour répondre à leurs intérêts et potentiellement exploiter leurs vulnérabilités, cela peut avoir des effets négatifs particulièrement graves. Dans certains cas, les techniques de manipulation peuvent avoir une incidence négative sur des groupes entiers et amplifier les préjudices sociétaux, par exemple en contribuant à des campagnes de désinformation ou en pratiquant des discriminations à l'égard de certains groupes. Les plateformes en ligne sont des environnements particulièrement sensibles pour de telles pratiques et présentent un risque plus élevé pour la société* », raison pour laquelle l'article 26 §3 impose aux fournisseurs de plateformes en ligne de ne pas présenter « *aux destinataires du service de publicité qui repose sur le profilage tel qu'il est défini à l'article 4, point 4) du règlement (UE) 2016/679, en utilisant les catégories particulières de données à caractère personnel visées à l'article 9, paragraphe 1, du règlement (UE) 2016/679* ».

552. La question de la base légale de la publicité ciblée - Le débat sur la publicité ciblée se concentre encore aujourd'hui sur la question de la licéité du traitement de données personnelles opéré. Trois bases légales prévues par le RGPD pouvaient *a priori* servir de fondement²²¹¹ : la

²²¹⁰ Règl. (UE) 2024/900 du PE et du Conseil du 13 mars 2024 relatif à la transparence et au ciblage de la publicité à caractère politique, *JOUE L*, 2024/900, 20 mars 2024.

²²¹¹ Et ce, sans qu'il n'y ait de hiérarchie entre elles : G29, *Avis 06/2014 sur la notion d'intérêt légitime poursuivi par le responsable du traitement des données au sens de l'article 7 de la directive 95/46/CE*, WP 217, 844/14/FR, 9 avr. 2014, p. 11 ; EDPB, *Guidelines 1/2024 on processing of personal data based on Article 6 (1) (f) GDPR*, version 1.0, 8 oct. 2024, p. 4, n° 1 ; CJUE, 4 juill. 2023, aff. C-252/21, *Meta Platforms*, §90 : JCP G 2023, act. 878, obs. D. Berlin ; *RLDI* 2023/205, n° 4748, obs. L. Costes ; *Dalloz act.* 14 sept. 2023, obs. V. Giovannini ; *Dalloz*

nécessité contractuelle²²¹², l'intérêt légitime du responsable de traitement²²¹³ et le consentement de la personne concernée²²¹⁴.

553. Le rejet de la nécessité contractuelle - La nécessité contractuelle a été d'abord écartée par la CJUE dans l'arrêt *Meta Platforms* du 4 juillet 2023²²¹⁵. Pour les juges européens, un traitement de données à caractère personnel doit, pour être regardé comme nécessaire à l'exécution d'un contrat, « être objectivement indispensable pour réaliser une finalité faisant partie intégrante de la prestation contractuelle destinée à la personne concernée »²²¹⁶, le simple fait qu'il « soit mentionné dans le contrat ou qu'il soit seulement utile à l'exécution de celui-ci » étant « dépourvu de pertinence »²²¹⁷. Cette position a été confirmée par le CEPD quelques mois plus tard²²¹⁸. Dans sa décision contraignante à destination de Meta à l'encontre de son service Instagram, le CEPD précise que la nécessité contractuelle signifie « la raison d'être exacte du contrat »²²¹⁹. La fourniture de publicités comportementales peut être une obligation du contrat entre Meta et les annonceurs²²²⁰, mais pas du contrat liant Meta à ses utilisateurs. Le CEPD observe que la finalité du service, pour les utilisateurs, n'est pas la réception de publicités mais de « partager des contenus et communiquer avec d'autres »²²²¹ et qu'admettre cette base légale constituerait une porte ouverte pour les autres opérateurs économiques qui seraient en capacité de collecter toujours plus de données²²²².

554. Le rejet de l'intérêt légitime - L'intérêt légitime du responsable du traitement a également été rejeté par la CJUE dans l'arrêt précité²²²³ et confirmé par le CEPD²²²⁴.

IP/IT 2024, p. 45, obs. A. Lecourt ; *RTD eur.* 2023. 754, obs. L. Idot ; *CCE* 2023, comm. 94, comm. N. Martial-Braz.

²²¹² RGPD, art. 6 (1) (b).

²²¹³ RGPD, art. 6 (1) (f).

²²¹⁴ RGPD, art. 6 (1) (a).

²²¹⁵ CJUE, 4 juill. 2023, aff. C-252/21, *Meta Platforms*, précit.

²²¹⁶ *Meta Platforms*, §98.

²²¹⁷ *Meta Platforms*, §99.

²²¹⁸ CEPD, déc. contraignante 3/2022 du 5 déc. 2022 sur le différend soumis par l'autorité irlandaise concernant Meta Platforms Ireland Limited et son service Facebook (RGPD, art. 65) ; CEPD, déc. contraignante 4/2022 du 5 déc. 2022 relative au différend soumis par l'autorité irlandaise concernant Meta Platforms Ireland Limited et son service Instagram (RGPD, art. 65) ; CEPD, déc. contraignante 5/2022 sur le différend soumis par l'autorité irlandaise concernant WhatsApp Ireland Limited (RGPD, art. 65).

²²¹⁹ CEPD, déc. contraignante 4/2022 du 5 déc. 2022, précit., §111.

²²²⁰ CEPD, déc. contraignante 4/2022 du 5 déc. 2022, précit., §121.

²²²¹ CEPD, déc. contraignante 4/2022 du 5 déc. 2022, précit., §128.

²²²² CEPD, déc. contraignante 4/2022 du 5 déc. 2022, précit., §135.

²²²³ CJUE, 4 juill. 2023, aff. C-252/21, *Meta Platforms*, précit.

²²²⁴ CEPD, déc. contraignante d'urgence 01/2023 demandée par l'autorité de contrôle norvégienne pour l'adoption de mesures définitives à l'égard de Meta Platforms Ireland Ltd (article 66, paragraphe 2, du RGPD), 27 oct. 2023.

Dans l'arrêt *Meta Platforms*, les juges rappellent que trois conditions sont nécessaires pour l'établir. Un intérêt légitime doit être poursuivi par le responsable du traitement, le traitement de données à caractère personnel doit être nécessaire à la réalisation de l'intérêt légitime et les intérêts ou les libertés et les droits fondamentaux de la personne concernée ne doivent pas prévaloir sur ce dernier²²²⁵. En ce qui concerne cette dernière condition, et plus précisément s'agissant de la personnalisation de la publicité, les juges considèrent que « [...] malgré la gratuité des services d'un réseau social en ligne tel que Facebook, l'utilisateur de celui-ci ne saurait raisonnablement s'attendre à ce que, sans son consentement, l'opérateur de ce réseau social traite les données à caractère personnel de cet utilisateur à des fins de personnalisation de la publicité. Dans ces conditions, il doit être considéré que les intérêts et les droits fondamentaux d'un tel utilisateur prévalent sur l'intérêt de cet opérateur à une telle personnalisation de la publicité par laquelle il finance son activité, de sorte que le traitement effectué par celui-ci à de telles fins ne saurait relever de l'article 6, paragraphe 1, premier alinéa, sous f), du RGPD »²²²⁶. Il s'agit d'une mise au point extrêmement claire : non seulement la personnalisation de la publicité va dans l'intérêt de Meta, mais cet intérêt doit céder devant les intérêts et les droits fondamentaux de ses utilisateurs.

555. L'admission du consentement sous conditions - Le consentement semble donc être le seul fondement à même de servir de base légale à la publicité ciblée²²²⁷, confirmé par le règlement DMA²²²⁸, bien qu'il soit soumis à certaines conditions. Il doit notamment être valide, ce qui implique son caractère libre, spécifique, éclairé et univoque²²²⁹. C'est notamment sur la question de sa liberté, que le débat s'est cristallisé. Sur ce point, la CJUE a pu juger dans l'arrêt *Meta Platforms* que « la circonstance que l'opérateur d'un réseau social en ligne occupe une position dominante sur le marché des réseaux sociaux en ligne ne fait pas obstacle en tant que telle à ce que les utilisateurs d'un tel réseau puissent valablement consentir, au sens de l'article 4, point 11, de ce règlement, au traitement de leurs données à caractère personnel, effectué par cet opérateur. Cette circonstance constitue néanmoins un élément important pour déterminer si le consentement a effectivement été donné valablement et, notamment, librement, ce qu'il

²²²⁵ *Meta Platforms*, §106.

²²²⁶ *Meta Platforms*, §117.

²²²⁷ L. ARCELIN, « Quelles réglementations s'appliquent à la publicité ciblant les consommateurs ? », in *Vers un droit neuroéthique ? Réflexion à partir des pratiques numériques d'influence et de manipulation des consommateurs*, dir. Sabine Bernheim-Desvaux et J. Sénéchal, IRJS Éditions, coll. Bibliothèque de l'IRJS-André Tunc, t. 136, 2025, p. 210.

²²²⁸ Règl. DMA, art. 5 §2.

²²²⁹ RGPD, art. 4 (11).

*incombe audit opérateur de prouver »*²²³⁰. En matière de consentement, la position dominante d'un opérateur n'est donc pas neutre et peut servir de critère afin d'évaluer sa liberté.

Le CEPD a été amené à se prononcer sur cette base légale à propos des « *paywall* » par lesquels des opérateurs de plateformes en ligne notamment donnent le choix à leurs utilisateurs pour accéder à leurs services en ligne : accepter le traitement de leurs données à caractère personnel qui permettra d'afficher de la publicité personnalisée ou payer le service et ne pas se voir proposer de tels contenus. Pour le CEPD, qui s'appuie sur ses lignes directrices en la matière²²³¹ et sur l'arrêt de la CJUE précité²²³², plusieurs facteurs peuvent aller à l'encontre du caractère libre de la personne concernée : l'existence d'un préjudice en refusant de consentir²²³³, l'existence d'un déséquilibre de pouvoir entre le responsable de traitement et la personne concernée²²³⁴, la conditionnalité²²³⁵ et la granularité²²³⁶. Pour le CEPD, « *il y a lieu de conclure que, dans la plupart des cas, il ne sera pas possible pour les grandes plateformes en ligne de se conformer aux exigences en matière de consentement valable si les utilisateurs ne sont confrontés qu'à un choix binaire entre le consentement au traitement de données à caractère personnel à des fins de publicité comportementale et le versement d'une rémunération »*²²³⁷. Une troisième option est parfaitement envisageable afin d'éviter un choix binaire. Elle pourrait consister à proposer une « *version du service assortie d'une autre forme de publicité impliquant le traitement d'un nombre réduit (ou nul) de données à caractère personnel, par exemple de la publicité contextuelle ou générale ou de la publicité fondée sur des thèmes que la personne concernée a sélectionnés dans une liste de sujets d'intérêt »*²²³⁸. Reste que la doctrine se montre pessimiste sur la praticabilité de cette base légale²²³⁹ ... À cet

²²³⁰ *Meta Platforms*, §154.

²²³¹ CEPD, *Lignes directrices 5/2020 sur le consentement au sens du règlement (UE) 2016/679*, version 1.1, 4 mai 2020, p. 8 et s.

²²³² CJUE, 4 juill. 2023, aff. C-252/21, *Meta Platforms*, précit.

²²³³ CEPD, *Avis 08/2024 sur la validité du consentement dans le cadre des modèles « consentir ou payer » mis en place par les grandes plateformes en ligne*, 17 avr. 2024, p. 27 et s.

²²³⁴ *Ibid.*, p. 29 et s.

²²³⁵ *Ibid.*, p. 33 et s.

²²³⁶ *Ibid.*, p. 38 et s.

²²³⁷ *Ibid.*, p. 179.

²²³⁸ *Ibid.*, p. 75.

²²³⁹ E. NETTER, « "Payer ou consentir" n'est pas une alternative acceptable. Un clou de plus dans le cercueil de la publicité ciblée », *RTD com.* 2024, p. 337 ; J. SÉNÉCHAL, « Vers la consécration d'un service de réseau social non contractuel, non payant et non assorti de publicité comportementale ? », *Dalloz act.* 21 mai 2024 ; L. ARCELIN, « Quelles réglementations s'appliquent à la publicité ciblant les consommateurs ? », précit., pp. 212-213 ; PH. MOURON, « "Consentir ou payer" : le CEPD encadre fermement les offres d'abonnement payant aux réseaux sociaux », *La Revue Européenne des Médias et du Numérique* 2024, n° 71, accessible en ligne : <https://la-rem.eu/2024/12/consentir-ou-payer-le-cepd-encadre-fermement-les-offres-d-abonnement-payant-aux-reseaux-sociaux/>.

égard, la publicité contextuelle évoquée par le commissaire Thierry Breton²²⁴⁰ comme troisième option est elle aussi gourmande en données à caractère personnel²²⁴¹. S'agissant de l'option rémunérée, il reste à savoir à quel montant un prix pourrait être raisonnable pour l'utilisateur²²⁴².

ii. Les difficultés d'application des critères de l'article 22 du RGPD aux recommandations personnalisées

556. L'absence d'interdiction du profilage dans le règlement DSA - Pour rappel l'article 3 (s) du règlement DSA définit le système de recommandation comme : « *un système entièrement ou partiellement automatisé utilisé par une plateforme en ligne pour suggérer sur son interface en ligne des informations spécifiques aux destinataires du service ou pour hiérarchiser ces informations, notamment à la suite d'une recherche lancée par le destinataire du service ou en déterminant de toute autre manière l'ordre relatif ou d'importance des informations affichées* ». Une recommandation peut être non personnalisée mais également personnalisée.

Le considérant 70 précise à cet égard que « [...] *les plateformes en ligne devraient veiller en permanence à ce que les destinataires de leur service soient correctement informés de la manière dont les systèmes de recommandation ont un effet sur la manière dont l'information est affichée et peuvent influencer la manière dont les informations leur sont présentées. Elles devraient présenter clairement les paramètres de ces systèmes de recommandation d'une manière facilement compréhensible afin que les destinataires du service comprennent comment l'information est hiérarchisée à leur intention. Ces paramètres devraient inclure au moins les critères les plus importants utilisés pour déterminer les informations suggérées au destinataire du service et les raisons de leur importance respective, y compris lorsque les informations sont hiérarchisées sur la base du profilage et du comportement en ligne des destinataires* ».

Contrairement à la publicité en ligne en ce qui concerne le profilage fondé sur des données sensibles pratiqué sur les plateformes en ligne, le règlement DSA n'interdit pas les

²²⁴⁰ Th. Breton, cité dans J. SÉNÉCHAL, « Vers la consécration d'un service de réseau social non contractuel, non payant et non assorti de publicité comportementale ? », art. précit.

²²⁴¹ J. SÉNÉCHAL, « Vers la consécration d'un service de réseau social non contractuel, non payant et non assorti de publicité comportementale ? », art. précit.

²²⁴² L. ARCELIN, « Quelles réglementations s'appliquent à la publicité ciblant les consommateurs ? », précit., p. 213.

recommandations fondées sur le profilage en général. Simplement, et en ce qui concerne les fournisseurs de très grandes plateformes en ligne et de très grands moteurs de recherche, le texte leur impose de proposer « *au moins une option pour chacun de leurs systèmes de recommandation qui ne repose pas sur du profilage, tel qu'il est défini à l'article 4, point 4), du règlement (UE) 2016/679* »²²⁴³.

557. La question de la base légale des recommandations personnalisées - La question de la base légale du traitement de données à caractère personnel a été traitée à propos de la publicité ciblée²²⁴⁴. Pour ce qui concerne le caractère libre du consentement et l'intérêt légitime, les développements effectués précédemment valent également pour les recommandations personnalisées.

Le fondement relatif à l'exécution contractuelle doit en revanche être évoqué de nouveau. À propos du rejet de cette base légale par le CEPD²²⁴⁵, certains auteurs notaient que ces décisions pourraient faire naître des interrogations « *sur l'éventuelle application de ce raisonnement au "système de recommandation" (suggestion ou classement d'informations), utilisé par certaines plateformes de e-commerce, au sens défini par le DSA, qui distingue cette notion de celle de "publicité" (message promotionnel, moyennant rémunération)* »²²⁴⁶. Néanmoins, les recommandations numériques comportent deux particularités.

L'exécution contractuelle pourrait *a priori* paraître appropriée pour fonder le traitement de données à caractère personnel opéré par les recommandations personnalisées. Dans les décisions du CEPD, le modèle d'affaires de Meta, c'est-à-dire son caractère biface, occupe une place importante. Le comité estime par exemple que « *la fourniture de publicités personnalisées à ses utilisateurs peut être une obligation entre Meta IE et les annonceurs spécifiques qui paient l'affichage ciblé de leurs publicités par Meta IE dans le service Instagram pour les utilisateurs d'Instagram, mais elle n'est pas présentée comme une obligation envers les utilisateurs d'Instagram* »²²⁴⁷. Il ajoute que « *le modèle commercial adopté par Meta IE pour offrir des services, sans coût monétaire pour l'utilisateur pour*

²²⁴³ Règl. DSA, art. 38. C'est notamment sur ce fondement qu'une procédure formelle a été ouverte par la Commission européenne à l'encontre de AliExpress (Commission européenne, communiqué de presse IP/24/1485, 14 mars 2024) et de Temu (Commission européenne, communiqué de presse IP/24/5622, 31 oct. 2024) et que X a été condamnée le 5 décembre 2025 (Commission européenne, communiqué de presse IP/25/2934, 5 déc. 2025).

²²⁴⁴ V. *supra* n° 552 et s.

²²⁴⁵ V. *supra* n° 553.

²²⁴⁶ M. BOURGEOIS *et al.*, « Droit de la donnée », chron., JCP A 2023, 1185, n° 15.

²²⁴⁷ CEPD, déc. contraignante 4/2022 du 5 déc. 2022 relative au différend soumis par l'autorité irlandaise concernant Meta Platforms Ireland Limited et son service Instagram (RGPD, art. 65), §121.

générer des revenus par la publicité comportementale pour financer son service Instagram, ne rend pas non plus ce traitement nécessaire à l'exécution du contrat. En vertu du principe de licéité du RGPD et de son article 6, c'est le modèle économique qui doit s'adapter et se conformer aux exigences que le RGPD énonce de manière générale et pour chacune des bases juridiques, et non l'inverse »²²⁴⁸. Si cette circonstance est pertinente en ce qui concerne les publicités personnalisées, elle ne semble pas pouvoir jouer en ce qui concerne les recommandations personnalisées fournies aux utilisateurs. Par hypothèse, les recommandations n'évoluent pas d'un contexte biface : des contenus provenant d'utilisateurs sont proposés à d'autres utilisateurs. De plus, il est possible de considérer que les recommandations, surtout sur les réseaux sociaux, aident l'utilisateur à se repérer dans la masse informationnelle. Il ne s'agit donc pas d'un choix de *business model* comme dans le cas de la publicité, mais une mesure tendant à rationaliser d'une manière adaptative²²⁴⁹ un espace numérique qui va, pour commencer, dans l'intérêt légitime de l'utilisateur lui-même²²⁵⁰. Dans cette perspective, l'exécution contractuelle pourrait constituer une base légale pertinente.

Les relations ténues entre recommandations et publicités numériques pourraient néanmoins faire échec à ce fondement. Certes, comme les auteurs précités l'indiquent, la notion de publicité se distingue bien de celle de recommandation au sein du règlement DSA. Mais ce serait passer sous silence la particularité de la publicité : en tant que procédé, elle diffère de la recommandation numérique en raison de l'existence d'une contrepartie ; en tant que message, elle peut être incluse dans un système de recommandation²²⁵¹. Dès lors, il semblerait difficile d'admettre l'exécution contractuelle pour les recommandations et de la refuser pour les publicités.

558. L'inadaptation de l'article 22 du RGPD aux recommandations personnalisées - Appliqué de façon critiquable aux logiciels experts, difficilement applicable à la publicité ciblée, l'article 22 du RGPD s'avère également peu adapté aux recommandations personnalisées. Certes, l'EDPB ouvre la porte, et ce timidement, à l'application de cet article. Dans ses lignes directrices relatives aux interactions entre le RGPD et le règlement DSA, il

²²⁴⁸ *Ibid.*, §122.

²²⁴⁹ V. *supra* n° 320.

²²⁵⁰ La satisfaction de l'utilisateur de recommandations personnalisées est d'ailleurs évoquée dans une décision du Tribunal de l'UE à propos de l'article 38 du règl. DSA. Cet article impose en effet aux très grandes plateformes en ligne et aux très grands moteurs de recherche de proposer au moins une option qui ne repose pas sur le profilage à leurs utilisateurs. Pour les juges, « *cette disposition permet à ces destinataires de revenir à une option reposant sur du profilage dans l'hypothèse où ils ne seraient pas satisfaits des recommandations qui leur auraient été faites en l'absence d'un tel profilage* » : Trib. UE, 19 nov. 2025, aff. T-367/23, *Amazon EU SARL c/ Commission*, §99.

²²⁵¹ V. *supra* n° 246.

considère en effet « *qu'il ne peut être exclu que la présentation de contenus spécifiques aux utilisateurs d'une plateforme en ligne via un système de recommandation constitue une "décision" au sens de l'article 22, paragraphe 1, du RGPD* »²²⁵². Pour autant, deux des trois conditions de cette disposition épousent mal les caractéristiques des recommandations numériques, comme en ce qui concerne la publicité ciblée précédemment évoquée. D'une part, il n'est pas sûr que l'on soit en présence d'une véritable décision au sens de l'article 22 du RGPD²²⁵³. D'autre part, on peut s'interroger sur l'existence d'effets au moins similaires et significatifs qu'une décision juridique²²⁵⁴. Enfin, le fait que la recommandation avec profilage soit autorisée, à condition qu'une solution sans profilage soit proposée à l'utilisateur, laisse penser qu'elle n'entre pas dans le champ de l'article 22 du RGPD. Pour rappel, l'article 22 du RGPD interdit la prise de décision exclusivement fondée sur un traitement automatisé de données, y compris le profilage, si cette décision produit des effets juridiques concernant ou affectant la personne de façon significative ou similaire.

559. Des recommandations personnalisées aux recommandations individualisées ? -

Dans le cas de la publicité ciblée comme des recommandations numériques, un critère sous-jacent de la nature des données en question objet du traitement automatisé doit être relevé. En effet, un doute a pu être émis sur la référence aux « *données* » qui sont traitées dans le cadre de l'article 22 du RGPD, sans précision sur leur caractère personnel ou non²²⁵⁵. Au stade du profilage en effet, les données auparavant personnelles ont pu être anonymisées, de même que des données anonymes *ab initio* ont pu être collectées. À supposer que les données du traitement automatisé comme le profilage ne soient pas à caractère personnel, on peut s'interroger sur la raison de l'interdiction d'une décision prise à l'encontre d'une personne sur le fondement de données qui ne sont pas reliées à elles.

Mais au-delà de l'article 22 du RGPD, de ses difficultés d'application et des doutes résidant encore sur ces critères, on peut émettre l'hypothèse qu'il révèle la double nature des recommandations personnalisées. Certaines sont personnalisées dans le sens où elles s'attachent à plusieurs utilisateurs qui partagent les mêmes caractéristiques tandis que d'autres sont davantage individualisées. Les résultats et suggestions sur les moteurs de recherche, les fils d'actualités sur les réseaux sociaux, sont des recommandations personnalisées tandis que les

²²⁵² EDPB, *Guidelines 3/2025 on the interplay between the DSA and the GDPR*, version 1.1, 11 sept. 2025, §84.

²²⁵³ L. EDWARDS, M. VEALE, "Slave to the Algorithm? Why a "right to an explanation" is probably not the remedy you are looking for", art. précit., p. 47.

²²⁵⁴ *Ibid.*, p. 48.

²²⁵⁵ S. WACHTER, B. MITTELSTADT, "A Right to Reasonable Inferences : Re-Thinking Data Protection Law in the Age of Big Data and AI", *Columbia Business Law Review* 2019, n° 2, p. 494.

résultats de logiciels experts (octroi d'un crédit, classement dans un processus de ressources humaines) sont en réalité individualisés.

Si l'article 22 a fait l'objet d'interprétations critiquables par la CJUE, il leur reste pourtant adapté selon les circonstances²²⁵⁶. Au contraire, le cas des recommandations personnalisées achoppe sur le caractère individualiste du droit des données à caractère personnel²²⁵⁷. Se voir mis dans des cases et proposer uniquement des contenus selon ses intérêts, plus ou moins licites, amène à réfléchir à une conception plus collective des données à caractère personnel et, plus généralement, des données. Pour une auteure, l'ère des algorithmes met davantage au jour la déconnexion des personnes et de leurs données, chacune se voyant dupliquer en un *alter égo* numérique, de façon à la fois impersonnelle et dépersonnalisante²²⁵⁸. Cet *alter égo* est impersonnel dans la mesure où il est constitué de données diverses (données fournies par des utilisateurs, données dégagées des usages en ligne) qui sont « *absorbées, assimilées et transmutes* » par l'algorithme²²⁵⁹. Il se distinguerait du profilage en ce que le premier établirait « *un clone numérique pour individualiser une offre, la lui adapter* » tandis que le second aurait pour tâche de « *personnaliser l'offre pour qu'elle apparaisse familière à un certain type de consommateurs* »²²⁶⁰. Ainsi, « *le profilage s'adapte à l'individu* » tandis que l'*alter égo* numérique adapte « *l'individu à l'offre qu'il lui destine* », l'influence « *dans ses choix, ses actions et ses décisions* »²²⁶¹. L'*alter égo* serait ensuite une donnée dépersonnalisante qui serait « *un autre que soi* » tout en étant « *un autre soi-même* », c'est-à-dire que « *l'alter égo numérique est distinct de l'individu lui-même. Pourtant, celui-ci ressent une proximité suffisante et se laisse influencer, la plupart du temps inconsciemment, par cet autrui si proche de lui* »²²⁶². Pour l'auteure, les algorithmes prédictifs invitent à changer de braquet, non en se concentrant sur les données qui s'avèrent « *disparates, évolutives et sans valeur*

²²⁵⁶ V. *supra* n° 547.

²²⁵⁷ D. BOURCIER, P. DE FILIPPI, « Vers un droit collectif sur les données de santé », *RDSS* 2018, p. 444 ; B. MITTELSTADT, "From Individual to Group Privacy in Big Data Analytics", *Philosophy & Technology* 2017, vol. 30, p. 475 ; A. MONTELEIRO, "From Group Privacy to Collective Privacy. Towards a New Dimension of Privacy and Data Protection in the Big Data Era", in *Group Privacy. New Challenges of Data Technologies*, L. Taylor et al. (Eds), Springer, Philosophical Studies Series, vol. 126, 2017, p. 139 ; CNIL, *Comment permettre à l'Homme de garder la main ? Les enjeux éthiques des algorithmes et de l'intelligence artificielle*, synthèse du débat public animé par la CNIL dans le cadre de la mission de réflexion éthique confiée par la loi pour une République numérique, 2017, p. 46.

²²⁵⁸ L. GODEFROY, « Pour un droit du traitement des données par les algorithmes prédictifs dans le commerce électronique », *D.* 2016, p. 438.

²²⁵⁹ *Ibid.*

²²⁶⁰ *Ibid.*

²²⁶¹ *Ibid.*

²²⁶² *Ibid.*

intrinsèque »²²⁶³ et dont on ne sait plus si elles sont à caractère personnel ou non mais aux algorithmes eux-mêmes.

560. Conclusion de chapitre - Qualifier juridiquement la recommandation numérique a nécessité de la décomposer. En tant que système, elle est composée de données et d'algorithmes qui les traitent. Dès lors, la recommandation numérique peut être qualifiée *a minima* comme un traitement de données, dans la mesure où elle repose *a priori* sur des données à caractère non personnel. Qu'il s'agisse de classements statistiques ou de suggestions fondées sur des métriques générales, ces systèmes ne mobilisent pas nécessairement d'informations identifiables, et peuvent être encadrés par des règles spécifiques, indépendamment du droit des données personnelles. En ce sens, si la recommandation n'est pas personnalisée, elle ne relève cependant pas d'un vide juridique.

Cette démonstration a reposé sur la dichotomie entre donnée à caractère personnel et donnée à caractère non personnel qui s'avère en réalité extrêmement relative. La personnalisation d'une recommandation, entendue comme son adaptation à un individu, repose souvent sur l'utilisation de données personnelles au sens du RGPD, voire sur des traitements automatisés de profilage. Plus encore, même certaines recommandations dites non personnalisées peuvent, en fonction des modalités de collecte ou de croisement des données, basculer dans le champ du droit des données personnelles.

La situation n'est pas moins complexe s'agissant de la catégorie des recommandations personnalisées *stricto sensu*. Si ces dernières reposent sur le profilage des individus, il n'est pas sûr qu'elles puissent être qualifiées de décisions prises exclusivement sur la base d'un traitement automatisé de données au sens de l'article 22 du RGPD. L'examen des critères d'application de ce texte met au jour une sous-distinction au sein des recommandations personnalisées : celles qui s'appliquent à des groupes d'individus, en somme à des « *personnalités* », et les recommandations individualisées qui s'attachent à l'individu lui-même.

En filigrane, une distinction apparaît entre la recommandation numérique et la publicité en ligne. Si l'interdiction du profilage vaut pour la publicité fondée sur des données sensibles sur les plateformes en ligne, le profilage est en revanche admis en ce qui concerne la

²²⁶³ *Ibid.*

recommandation numérique. Seule une option ne reposant pas sur cette technique doit être proposée aux utilisateurs et ce, uniquement sur les très grandes plateformes en ligne et les très grands moteurs de recherche en ligne.

Conclusion du titre 2

561. D'un système, l'autre - L'étude des critères fonctionnels de la recommandation numérique a permis de mieux saisir ce qu'est une recommandation, ce qu'elle fait, et comment elle peut être appréhendée juridiquement.

Du point de vue de sa fonction, elle prend la forme d'une intermédiation dont les contours ont dû être précisés. Derrière une apparente triangulation – entre des contenus, un système et un destinataire – se cache en réalité une relation bipartite entre un fournisseur et un destinataire. La difficulté provient de ce que la recommandation numérique est encadrée, dans un système de couches technique, informationnel et économique. Les fonctions de la recommandation numérique peuvent dès lors être envisagées : si le destinataire peut y trouver une aide à la décision, le fournisseur du système l'utilise aussi comme levier d'attention ou de profit, tandis que le fournisseur de contenu y voit une opportunité de visibilité, voire de ressource économique.

Cette lecture a conduit à se pencher sur le fonctionnement même de la recommandation numérique en la traitant comme un système constitué de données et d'algorithmiques et qualifiable de traitement de données. Toutes les recommandations ne relèvent pas de la même qualification et donc du même régime. En la matière, la qualification des données est déterminante. Si une recommandation non personnalisée peut *a priori* être qualifiée de traitement de données non personnelles, les choses sont moins simples en raison du périmètre extrêmement large des données à caractère personnel. Dès lors, même les recommandations non personnalisées peuvent relever de la qualification de traitement de données personnelles comme les recommandations personnalisées, voire individualisées.

Conclusion de la partie 2

562. La restriction de la notion de recommandation numérique - Si, au terme de la première partie, la notion de recommandation numérique apparaissait large, la seconde partie l'a considérablement resserrée.

L'analyse des critères matériels de la recommandation a conduit à mettre en lumière la place centrale du contenu, à la fois point de départ et matière première de l'acte de recommandation. Si ce dernier apparaissait lui-même comme une notion floue, il a été possible de la définir comme une information circulant dans l'univers numérique. Encore faut-il éviter la confusion : la recommandation ne se réduit pas à ce qu'elle promeut. Elle s'en distingue par son effet : celui d'organiser, hiérarchiser, orienter l'accès à ces contenus, sans se confondre avec eux. La recommandation n'est pas un contenu incitatif en soi mais un ordonnancement incitatif de contenus qui justifie un régime juridique lui-même « *formel* » orienté vers l'information et la transparence des utilisateurs.

La recommandation numérique ne se limite pas à ordonnancer des contenus. En tant que modalité d'intermédiation, elle organise la rencontre entre un système, des contenus et un récepteur, tout en reflétant des rationalités multiples – celles des destinataires, des fournisseurs du système et des fournisseurs de contenus. La recommandation numérique est donc une dynamique qui se loge non seulement dans ses fonctions mais également dans son fonctionnement qui permet de la qualifier de traitement de données, bien souvent personnelles.

Conclusion générale

- « *Et continuez jusqu'à ce que vous arriviez à la fin ; ensuite, arrêtez-vous.* »²²⁶⁴

563. De la diversité à l'unité - La notion de recommandation numérique ne s'est laissée approcher qu'à petits pas. D'un large spectre de pratiques (avis en ligne, publicités, communications d'influenceurs, tops des ventes, fils d'actualités), la présente étude aboutit à une notion plus restreinte que ne le laissaient supposer les abus de langage ordinaire, la recherche dans des disciplines non juridiques et l'analyse du droit positif.

564. Une pratique bien identifiée mais non définie en sciences humaines et sociales et en sciences computationnelles - Un détour par la recherche extra-juridique s'est d'abord imposé afin d'y chercher une définition de la recommandation opérante, en particulier numérique. La pratique consistant à orienter l'individu est bien connue et appréhendée dans ses effets mais souffre d'un déficit notionnel quant à sa définition. La notion même de recommandation, y compris numérique, ne se laisse approcher que par le biais des classifications proposées par la doctrine.

Les classifications décisionnelles produisent deux triptyques : les prescriptions de fait, les prescriptions techniques et les prescriptions de jugement d'un côté ; les injonctions, les sélections et les évaluations de l'autre. Toutes deux fondées sur l'objet de la prescription et, donc sur la part de liberté laissée à leurs destinataires, mais se révèlent néanmoins inadaptées en raison du caractère multidimensionnel de la décision. Les classifications relationnelles sont elles aussi décevantes. Fondées sur la nature personnelle/impersonnelle ou commerciale/non commerciale de la relation entre l'émetteur et le destinataire de la recommandation, elles s'accommodent mal des mutations induites par le numérique.

²²⁶⁴ L. CAROLL, *Alice aux pays des Merveilles*, Gallimard, coll. Folio classique, 2015, p. 171.

La classification contemporaine des recommandations s'est avérée plus fertile, car elle prend en compte la rupture qu'engendre le numérique en la matière. La distinction a été faite entre les recommandations simplement renouvelées par le numérique et celles qui lui sont propres. Dans la première catégorie, la doctrine s'appuie sur deux paradigmes. L'un est spatial puisqu'il situe la recommandation entre l'offre et de la demande. L'autre est matériel, faisant de la recommandation le réceptacle d'un jugement. Dans une perspective organique, les recommandations classiques peuvent alors elles-mêmes se distinguer selon leur nature éditoriale et verticale ou sociale et horizontale. Ces paradigmes, qui laissaient entrevoir des critères pouvant servir à la notion de recommandation en général, se trouvent brouillés par le développement de recommandations algorithmiques, propres au numérique. Au service des modèles d'affaires des plateformes, il devient difficile de savoir si elles émanent encore de l'offre, de la demande ou des deux et si elles fondent encore sur des jugements, plus que sur des comportements.

565. Une notion parente de l'information - De retour dans le champ juridique, la recommandation est davantage localisable que définissable tant ses liens de parenté avec d'autres notions juridiques sont complexes. La recommandation est d'abord très proche de l'information, notion elle-même fuyante.

D'un point de vue statique, l'information peut être envisagée comme un objet qui relève de la forme et de la substance, car elle est un ensemble de signes doté de signification. Dès lors, la recommandation n'est qu'une espèce du genre information, que l'on songe aux obligations de renseignement, de conseil ou de mise en garde que l'on trouve sous ce vocable. D'un point de vue dynamique, les relations entre information et recommandation sont plus complexes. Elles sont toutes les deux communicables, les distinguant ainsi de l'idée ou de la connaissance. Mais une fois intelligibles, elles se distinguent par leur valeur, relative pour l'information en ce qu'elle dépend de celle qu'on lui attribue, objective pour la recommandation puisqu'elle consiste à faire faire ou ne pas faire quelque chose. En tant que processus de communication, l'information et la recommandation se distinguent encore plus nettement. Une recommandation est nécessairement communiquée, car elle nécessite toujours deux acteurs, un émetteur et un récepteur. L'information, en revanche, n'est pas nécessairement communiquée. Elle peut l'être comme en matière de publicité légale par exemple, mais elle peut également rester secrète.

D'un côté, la recommandation apparaît comme une notion « *fille* » de l'information-objet. De l'autre, elle s'apparente à une notion « *mère* » de l'information-processus puisque la recommandation, toujours communiquée, contient des informations-objets.

566. Une notion parente de la publicité - La recommandation est également très proche de la publicité, dont la notion est pour le moins instable, perdue dans de nombreux régimes juridiques. La publicité est en effet essentiellement fonctionnelle : il n'existe pas une mais des publicités selon le domaine dans lequel on se trouve et les intérêts qu'il faut protéger.

La recommandation et la publicité peuvent être considérées comme des notions « sœurs ». Elles sont toutes deux incitatives et ont pour finalité l'affectation du comportement d'autrui. Elles entretiennent donc les mêmes liens avec l'information : elles se matérialisent par des informations, elles peuvent contribuer à apporter de l'information, mais ne peuvent y être réduites.

Un critère de distinction entre recommandation et publicité pouvait paraître pertinent. L'existence de la contrepartie à la communication de l'incitation semblait un critère de qualification « naturel » de la publicité. Corrélativement, l'absence de contrepartie aurait permis de qualifier la recommandation. Mais le droit est plus complexe : si le critère de la contrepartie paraît pertinent, peu de textes ne l'imposent en réalité et même lorsque c'est le cas, le critère n'est pas toujours requis pour des problèmes de preuve. Il semble qu'en la matière, la nécessité de protéger le consommateur, l'électeur ou le téléspectateur justifie que l'on s'affranchisse de la rigueur des textes. De même, l'absence supposée de contrepartie à la recommandation n'exclut pas que cette dernière soit intéressée. Les définitions posées par le règlement DSA révèlent également des liens plus qu'ambigus entre la publicité et la recommandation : en tant que processus, la publicité se distingue de la recommandation numérique par l'existence d'une contrepartie, mais en tant que message, elle peut être contenue dans une recommandation.

567. Un ordonnancement suggestif de contenus - D'un point de vue matériel, la recommandation numérique n'est pas un contenu. Ce dernier est peu, voire non défini en droit. Notion avant tout technique, il apparaît à la fois mal aimé du droit car connoté négativement (contenus illicites, haineux, ...) et mal nommé : le contenu n'est en effet ni une substance, ni un contenant, mais une information au sens numérique. En cela, il est un ensemble de signes doté d'une signification, porteur de valeur et apte à circuler.

En revanche, le contenu est la matière première de la recommandation numérique, c'est-à-dire ce sur quoi elle porte. Il peut s'agir de biens, de services, de liens hypertextes, d'œuvres de l'esprit, ... Ces contenus peuvent émaner d'un tiers, c'est-à-dire un acteur autre que le fournisseur de la recommandation numérique (un utilisateur d'un espace numérique), parfois moyennant contrepartie (annonceur, influenceur), ou encore du fournisseur de la

recommandation lui-même. En revanche, la recommandation n'est pas réductible aux contenus vers lesquels elle oriente le destinataire. Elle est un ordonnancement de contenus qui produit en lui-même un effet suggestif, voire performatif.

568. Une intermédiation informationnelle réalisée au moyen d'algorithmes et fondée sur un traitement de données personnelles ou non personnelles - D'un point de vue fonctionnel, la recommandation numérique réalise une intermédiation bien particulière, à la fois triangulaire, puisqu'elle requiert un système, des contenus et un destinataire, et bipartite car elle met en scène le fournisseur du système et le destinataire. En cela, elle peut être qualifiée d'infomédiation mais de façon plus élargie qu'actuellement, car le fournisseur de la recommandation peut également être celui qui fournit les contenus objets de la recommandation. Bien qu'encadrée entre une couche technique et une couche économique, la recommandation demeure informationnelle, justifiant en cela le traitement particulier de son fournisseur. Hébergeur (sur la couche technique), mais recourant aux recommandations numériques pour faire fonctionner son service (couche économique), le fournisseur de la recommandation numérique ne peut être tenu responsable en raison des contenus qui en font l'objet.

La recommandation numérique se situe donc à la croisée d'intérêts et de rationalités tant pour son destinataire (qui y voit une aide à la décision bien que celle-ci glisse vers une prise de décision à son insu), pour son fournisseur (qui y recourt pour faciliter la navigation de ses utilisateurs, voire les contrôler afin de nourrir son modèle d'affaires) et pour les fournisseurs de contenus (qui s'en servent comme éléments de visibilité).

Cette intermédiation est organisée en système faisant intervenir des algorithmes et des données. La recommandation numérique repose en cela sur un traitement de données. Contrairement à ce que la doctrine – et les médias traditionnels – suggèrent, une recommandation numérique n'est pas nécessairement personnalisée dans le sens où elle ne s'adapte pas systématiquement à son destinataire comme dans le cas des « *tops des ventes* », « *vidéos les plus vues* », « *commentaires les plus utiles* », ... Ce type de recommandation numérique est fondé sur des données non personnelles, ce qui ne les exclut pas du champ juridique pour autant, car les règles relatives aux données non personnelles et aux *cookies* s'y appliquent. Pour autant, la qualification très accueillante de la notion de donnée à caractère personnel invite à restreindre l'exclusion de ces recommandations non personnalisées. Même si ces dernières ne sont pas adaptées à leurs destinataires, elles peuvent tout de même se fonder sur des données qualifiées de données à caractère personnel et donc relever des règles y afférant.

Les recommandations numériques peuvent également être personnalisées à double titre : parce qu'elles s'adaptent à leurs destinataires de manière explicite (« *vous pourriez aimer* », « *les utilisateurs qui ont acheté X ont également acheté Y* ») ou implicite (les fils d'actualités des réseaux sociaux, les résultats de recherche des moteurs de recherche en ligne) et parce qu'elles sont fondées sur leurs données à caractère personnel. Mais ce type de recommandations n'implique pas, pour autant, l'application du régime relatif à la prise de décision automatisée et au profilage. Il faut certainement, sur ce point, différencier les recommandations personnalisées des recommandations individualisées, ces dernières étant plus adaptées à l'article 22 du RGPD.

569. Un régime juridique reposant sur la phase émergée et immergée de la recommandation numérique - La notion de recommandation numérique mise au jour, l'identification du régime juridique s'en trouve tout autant clarifié. La recommandation numérique se situe en effet au croisement de nombreux textes et il importait d'identifier les critères déclenchant l'application des règles qui y sont relatives.

Certaines ont trait à leur phase émergée et se traduisent par des obligations de transparence : la transparence-information, la transparence-loyauté et la transparence-action²²⁶⁵. Les fournisseurs de recommandation numérique doivent en effet indiquer au bénéficiaire – consommateur selon les cas – les paramètres de classement des contenus²²⁶⁶ et, s'agissant du règlement P2B par exemple, obligation d'indiquer l'existence et les considérations relatives à l'existence d'un traitement différencié²²⁶⁷. Le règlement DSA comporte également des dispositions pouvant être assimilées à de la transparence-loyauté : les très grandes plateformes ont l'obligation d'évaluer et d'atténuer les risques systémiques de leurs services. À ce titre, l'article 35 liste une série de mesures qu'elles peuvent prendre, à comme « *le test et l'adaptation de leurs systèmes algorithmiques, y compris leurs systèmes de recommandation* »²²⁶⁸. Ces mesures doivent de surcroît faire l'objet de rapports exhaustifs annuels²²⁶⁹. Enfin, au titre de la transparence-action, le DSA impose aux fournisseurs de plateforme en ligne de fournir à leurs utilisateurs les options mises à leur disposition pour modifier ou influencer les principaux paramètres des systèmes de recommandation²²⁷⁰. De

²²⁶⁵ M. LE ROY, *La loyauté des plateformes à l'égard des consommateurs*, préf. C. Zolynski et N. Sauphanor-Brouillaud, Dalloz, coll. Nouvelle Bibliothèque de Thèses, vol. 224, 2023, p. 320.

²²⁶⁶ C. consom., art. L. 111-7, II ; Dir. 2005/29/CE, art. 7 §4 (*bis*).

²²⁶⁷ Règl. P2B, art. 5.

²²⁶⁸ Règl. DSA, art. 35 §1 (d).

²²⁶⁹ Règl. DSA, art. 35 §2.

²²⁷⁰ Règl. DSA, art. 27 §1.

même, les très grandes plateformes en ligne et les très grands moteurs de recherche en ligne doivent proposer au moins une option pour chacun de leurs systèmes de recommandation permettant à leurs utilisateurs de ne pas être profilés²²⁷¹.

Cet aspect formel de la recommandation numérique se retrouve dans les règles de responsabilité applicables à leurs fournisseurs en cas de contenus illicites, inclus par exemple dans de telles recommandations. Bien que ces dernières soient au service de leurs modèles d'affaires et qu'elles puissent inclure des contenus illicites, les fournisseurs ne peuvent être tenus responsables « *personnellement* » à raison de cette illicéité. En tant qu'hébergeur, leur responsabilité ne peut être retenue qu'à raison de leur réaction face à cette illicéité, excepté dans des domaines très précis, en matière de droit de la consommation²²⁷² et de droit d'auteur²²⁷³. Il en va de même lorsqu'ils sont à l'origine du contenu²²⁷⁴ ou qu'ils exercent un contrôle sur le fournisseur du contenu²²⁷⁵.

La recommandation numérique comporte également une phase immergée, reposant sur un traitement de données. Son fournisseur est donc soumis aux règles relatives aux *cookies*²²⁷⁶, aux données²²⁷⁷ (personnelles²²⁷⁸ et non personnelles²²⁷⁹), de même qu'au règlement IA²²⁸⁰ entre autres.

²²⁷¹ Règl. DSA, art. 38.

²²⁷² Règl. DSA, art. 6 §3.

²²⁷³ Dir. DAMUN, art. 17 §1.

²²⁷⁴ Règl. DSA, consid. 18.

²²⁷⁵ Règl. DSA, art. 6 §2.

²²⁷⁶ Dir. 2002/58/CE, art. 5 §3.

²²⁷⁷ Règl. DGA.

²²⁷⁸ RGPD.

²²⁷⁹ Règl. (UE) 2018/1807 du Parlement européen et du Conseil du 14 novembre 2018 établissant un cadre applicable au libre flux des données à caractère non personnel dans l'Union européenne.

²²⁸⁰ Règl. IA.

Bibliographie

§1. Ouvrages généraux, traités, manuels et dictionnaires

Centre National de Ressources Textuelles et Lexicales, accessible en ligne : <https://www.cnrtl.fr/>.

Dictionnaire Le Robert, accessible en ligne : <https://dictionnaire.lerobert.com/>.

Dictionnaire de l'Académie Française, accessible en ligne : <https://www.dictionnaire-academie.fr/>.

Publitionnaire. Dictionnaire encyclopédique et critique des Publics, 2015, accessible en ligne : <https://publitionnaire.huma-num.fr/>.

Alpaydin E., *Introduction to Machine Learning*, MIT Press, 2004.

Auby J.-M., Ducos-Ader R., *Droit de l'information*, Dalloz, coll. Précis, 2^{ème} éd., 1982.

Baynast (de) A., Lendrevie J., Levy J., Mercator, *Tout le marketing à l'ère de la data et du digital*, Dunod, coll. Livres en Or, 13^{ème} éd., 2021.

Bigot Ch., *Pratique du droit de la presse 2026/2027*, Lefebvre Dalloz, 5^{ème} éd., 2025.

Binctin N., *Droit de la propriété intellectuelle*, LGDJ, 8^{ème} éd., 2024.

Bougon B., Falque L., *Apprendre à choisir. Une méthode pour décider seul ou à plusieurs*, Dunod, coll. Stratégie d'entreprise, 2020.

Calais-Auloy J., Temple H., Depincé M., *Droit de la consommation*, Dalloz, coll. Précis, 10^{ème} éd., 2020.

Caron Ch., *Droit d'auteur et droits voisins*, LexisNexis, 6^{ème} éd., 2020.

Caumont D., *La publicité*, Dunod, coll. Les Topos, 3^{ème} éd., 2012.

Coestier B., Marette S., *Économie de la qualité*, La Découverte, coll. Repères, 2004.

Cornu G. (dir.), *Vocabulaire juridique*, PUF, coll. Quadrige, 15^{ème} éd., 2024.

Courtès J., *La sémiotique du langage*, Armand Colin, coll. 128, 2007.

Derieux É., *Droit de la communication*, LGDJ, 2003.

Desbois H., *Le droit d'auteur en France*, Dalloz, 3^{ème} éd., 1978.

Duarte A., Bru S., *La boîte à outils de la gamification*, Dunod, coll. La Boîte à Outils, 2^{ème} éd., 2025.

Féral-Schuhl Ch., *Cyberdroit. Le droit à l'épreuve de l'Internet (édition 2020/2021)*, Dalloz, coll. Praxis, 8^{ème} éd., 2020.

Ferrandi J.-M., Lichtlé M.-Ch., *Marketing*, Dunod, coll. Openbook, 2^{ème} éd., 2021.

Ferrier D., *Droit de la distribution*, Litec, coll. Manuels, 5^{ème} éd., 2009.

Filser M., *Le comportement du consommateur*, Dalloz, 1994.

Gallopel-Morvan K., Birambeau P., Larceneux F., Rieunier S., *Marketing & communication des associations*, Dunod, coll. Marketing/Communication, 3^{ème} éd., 2021.

Gaudrat Ph., Sardain F., *Traité de droit civil du numérique*, t. 1, *Droit des biens*, Larcier, 2015.

Gautier P.-Y., *Propriété littéraire et artistique*, PUF, coll. Droit fondamental, 11^{ème} éd., 2019.

Ghestin J., Loiseau G., Serinet Y.-M., *Traité de droit civil. La formation du contrat*, t. 1, *Le contrat, Le consentement*, LGDJ, 4^{ème} éd., 2013.

Grynbaum L., Le Goffic C., Paillet L., *Droit des activités numériques*, Dalloz, coll. Précis, 2^{ème} éd., 2023.

Guerrien B, Gun O., *Dictionnaire d'analyse économique. Microéconomie, macroéconomie, monnaie, finance, etc.*, La Découverte, coll. Repères, 4^{ème} éd., 2012.

Jallat F., Lindon D., *Le marketing*, Dunod, coll. Management Sup, 7^{ème} éd., 2016.

Larguier J., Conte Ph., *Droit pénal des affaires*, Armand Colin, 11^{ème} éd., 2004.

Lequette S., *Droit du numérique*, LGDJ-Lextenso, coll. Précis Domat Droit privé, 2024.

Le Tourneau Ph.,

- *Droit de la responsabilité et des contrats 2026/2027*, Dalloz, coll. Dalloz Action, 14^{ème} éd., 2025.
- *Contrats du numérique 2025/2026*, Dalloz, coll. Dalloz Référence, 13^{ème} éd., 2025.

Lucas A., Lucas-Schloetter A., Bernault C., *Traité de la propriété littéraire et artistique*, LexisNexis, 5^{ème} éd., 2017.

Malaurie Ph., Aynès L., Stoffel-Munck Ph.,

- *Droit des obligations*, LGDJ, 13^{ème} éd., 2024.
- *Droit des obligations*, LGDJ, 8^{ème} éd., 2016.

- Malaurie-Vignal M.**, *Droit de la distribution*, Sirey, coll. Sirey Université, 4^{ème} éd., 2018.
- Medioni S., Benmoyal Bouzaglo S.**, *Marketing digital*, Dunod, coll. Management Sup, 2018.
- Mercanti-Guérin M., Vincent M.**, *Publicité digitale*, Dunod, coll. Management Sup, 2016.
- Moeschler J., Auchlin A.**, *Introduction à la linguistique contemporaine*, A. Colin, éd. Cursus, 4^{ème} éd., 2023.
- Mouton D., Paris G.**, *Pratique du merchandising. Stratégies et organisation de l'espace de vente*, Dunod, coll. Marketing/Communication, 2019.
- Pouillet E.**, *Traité théorique et pratique de la propriété littéraire et artistique et du droit de représentation*, LGDJ, 8^{ème} éd., 1908.
- Raynard J., Seube J.-B.**, *Droit des contrats spéciaux*, LexisNexis, 11^{ème} éd., 2024.
- Robert J.-H., Matsopoulou H.**, *Traité de droit pénal des affaires*, PUF, 2004.
- Saussure (de) F.**, *Cours de linguistique générale*, Payot, 1916.
- Sire G.**, *Les moteurs de recherche*, La Découverte, coll. Repères, 2016.
- Sirinelli P. (dir.)**,
 - *Lamy droit des médias et de la communication-Expert*, 2017.
 - *Lamy droit des médias et de la communication-Expert*, 2011.
- Terré F., Simler Ph., Lequette Y.**, *Droit civil. Les obligations*, Dalloz, coll. Précis Dalloz, 13^{ème} éd., 2022.
- Vivant M. (dir.)**, *Lamy droit du numérique – Expert*, 2025.
- Vivant M., Bruguière J.-M.**, *Droit d'auteur et droits voisins*, Dalloz, coll. Précis, 5^{ème} éd., 2024.

§2. Ouvrages spéciaux, thèses, essais et monographies

- Abiteboul S., Dowek G.**, *Le temps des algorithmes*, Le Pommier, 2017.
- Abiteboul S., Peugeot V.**, *Terra Data. Qu'allons-nous faire des données numériques ?*, Le Pommier-Universcience, 2017.
- Anderson Ch.**, *The Long Tail. Why the Future of Business is Selling Less of More*, Hyperion, 2006.
- Atias Ch.**, *De la difficulté contemporaine à penser en droit*, PUAM, coll. Droits, pouvoirs & sociétés, 2016.

- Atlan H.**, *Entre le cristal et la fumée. Essai sur l'organisation du vivant*, Seuil, 1979.
- Austin J. L.**, *How to do Things With Words*, Clarendon Press, 1962.
- Bachimont B.**, *Arts et sciences du numérique. Ingénierie des connaissances et critique de la raison computationnelle*, mémoire HDR, Université de Compiègne, 2004.
- Becquet S.**, *Le bien industriel*, préf. Th. Revet, LGDJ, Bibl. dr. privé, t. 448, 2005.
- Benavent Ch.**, *Plateformes. Sites collaboratifs, marketplaces, réseaux sociaux ... Comment ils influencent nos choix*, FYP éditions, 2016.
- Berardi F.**, *Precarious Rhapsody. Semiocapitalism and the Pathologies of the Post-Alpha Generation*, Minor Compositions, 2010.
- Berners-Lee T.**, *Weaving the Web. The Original Design and Ultimate Destiny of the World Wide Web*, Harper Business, 2000.
- Bernheim-Desvaux S., Sénéchal J.**, *Vers un droit neuroéthique ? Réflexion à partir des pratiques numériques d'influence et de manipulation des consommateurs*, IRJS Éditions, coll. Bibliothèque de l'IRJS-André Tunc, t. 136, 2025.
- Bertrandias L.**, *Sélection et influence des sources personnelles d'information du consommateur*, th. Toulouse, 2006.
- Beuscart J.-S., Dagiral E., Parasie S.**, *Sociologie d'internet*, Armand Colin, coll. Cursus, 2019.
- Beuscart J.-S., Mellet K.**, *Promouvoir les œuvres culturelles. Usages et efficacité de la publicité dans les filières culturelles*, Ministère de la Culture-DEPS, coll. Questions de culture, 2012.
- Bigot-Destreguil M.**, *Le bien-information*, th. Paris I, 2017.
- Bouquillion P., Matthews J. T.**, *Le web collaboratif : mutations des industries de la culture et de la communication*, PUG, coll. Communication en plus, 2010.
- Bouquillion Ph., Miège B., Moeglin P.**, *L'industrialisation des biens symboliques : les industries créatives en regard des industries culturelles*, PUG, 2013.
- Bourdieu P.**, *Les règles de l'art. Genèse et structure du champ littéraire*, Editions du Seuil, 1992.
- Cardon D.**,
- *Culture numérique*, Presses de Sciences Po, coll. Les Petites Humanités, 2019.
 - *À quoi rêvent les algorithmes ? Nos vies à l'heure des big data*, Le Seuil, La République, 2015.
- Caroll L.**, *Alice au pays des Merveilles*, Gallimard, coll. Folio classique, 2015.

Catala P., *Le droit à l'épreuve du numérique. Jus ex Machina*, PUF, coll. Droit, Éthique, Société, 1998.

Chamoux J.-P. (dir.), *L'appropriation de l'information*, Librairies techniques, 1986.

Chapelain B., Ducas S. (dir.), *Prescription culturelle. Avatars et médiamorphoses*, Presses de l'Enssib, coll. Papiers, 2018, accessible en ligne : <https://books.openedition.org/pressesenssib/8769>.

Cherry C., *On Human Computing*, The MIT Press, 2^{ème} éd., 1966.

Chessel M.-E., *La publicité, naissance d'une profession (1900-1940)*, CNRS Éditions, coll. Hors collection, 1998.

Citton Y. (dir.), *L'économie de l'attention. Nouvel horizon du capitalisme ?*, La Découverte, coll. Sciences humaines, 2014.

Citton Y., *Pour une écologie de l'attention*, Le Seuil, coll. La Couleur des idées, 2014.

Cochoy F., *Sociologie du packaging ou l'âne de Buridan face au marché*, PUF, coll. Sciences sociales et sociétés, 2002.

Corneloup S., *La publicité des situations juridiques. Une approche franco-allemande du droit interne et du droit international privé*, préf. P. Lagarde, LGDJ, coll. Bibl. dr. privé, t. 388, 2003.

Crary J., *Suspensions of Perception. Attention, Spectacle, and Modern Culture*, The MIT Press, 2001.

Curien N., Maxwell W., *La neutralité d'Internet*, La Découverte, coll. Repères, 2011.

Cutajar M., *Les courtiers en information*, th. Lyon II, 1997.

Devésa Ph., *L'opération de courtage. Un groupe de contrats au service de la notion d'entremise*, préf. J.-M. Mousseron, Litec, coll. Bibl. dr. ent., t. 30, 1993.

Dissaux N., *La qualification d'intermédiaire dans les relations contractuelles*, préf. Ch. Jamin, LGDJ, coll. Bibl. dr. privé, t. 485, 2007.

Donadieu G., *Les pratiques commerciales cognitives*, th. Université de Montpellier, 2021.

Dosquet F. (dir.), *Marketing et communication politique*, EMS Editions, coll. Questions de société, 2022.

Dubuisson F., *Existe-t-il un principe général d'appropriation de l'information ?*, th. Université Libre de Bruxelles, 2005.

Dujarier M.-A., *Le travail du consommateur. De McDo à eBay, comment nous coproduisons ce que nous achetons*, La Découverte/Poche, 2014.

Encinas de Munagorri R., *L'acte unilatéral dans les rapports contractuels*, préf. A. Lyon-Caen, LGDJ, coll. Bibl. dr. privé, 1996.

Epron B., Vitali-Rosati M., *L'édition à l'ère numérique*, La Découverte, coll. Repères, 2018.

Eubanks V., *Automating Inequality. How High-Tech Tools Profile, Police and Punish The Poor*, St. Martin's Press, 2018.

Eynard J., *Les données personnelles. Quelle définition pour un régime efficace ?*, Michalon, 2013.

Fabre-Magnan M., *De l'obligation d'information dans les contrats. Essai d'une théorie*, préf. J. Ghestin, LGDJ, coll. Bibl. dr. privé, t. 221, 1992.

Fogg B. J., *Persuasive Technology. Using Computers to Change What We Think and Do*, Morgan Kaufmann, 2003.

Gilliotte Q., *L'expérience des biens culturels en régime numérique*, th. Université Paris-Saclay, 2019.

Goody J., *La raison graphique*, Les Éditions de Minuit, coll. Le sens commun, 1979.

Goyette-Côté M., *Les enjeux socioéconomiques de la circulation de l'information d'actualité sur Internet : comment les infomédiaires contribuent à la reconfiguration de la filière de l'information d'actualité*, th. Sorbonne Nouvelle, 2020.

Guibert G., Rebillard F., Rochelandet F., *Médias, culture et numérique. Approches socioéconomiques*, Armand Colin, coll. Cursus, 2016.

Guinchard S., *La publicité mensongère en droit français et en droit fédéral suisse : étude comparative de l'autonomie au civil et au pénal d'un délit économique*, préf. A. Chavanne, LGDJ, Bibl. sc. crim., t. 13, 1971.

Hammoudi S., *Les algorithmes et le droit administratif*, th. Montpellier, 2024.

Hardouin R., *La responsabilité limitée des prestataires techniques dans la loi pour la confiance dans l'économie numérique*, th. Université de Versailles Saint-Quentin-en-Yvelines, 2011.

Huttner L., *La décision de l'algorithme. Étude de droit privé sur les relations entre l'humain et la machine*, préf. J. Rochfeld, Dalloz, coll. Nouvelle Bibliothèque de Thèses, vol. 235, 2024.

Julia L., *L'intelligence artificielle n'existe pas*, First, coll. Documents, 2019.

Kahneman D.,

- *Thinking, Fast and Slow*, Farrar, Strauss and Giroux, 2011.
- *Attention and Effort*, Prentice-Hall Inc., 1973.

Karpik L., *L'économie des singularités*, Gallimard, coll. Bibliothèque des sciences humaines, 2007.

Katz E., Lazarsfeld P. F., *Personal Influence. The Part Played by People in the Flow of Mass Communications*, The Free Press, 1955.

Kembellec G., Chartron G., Saleh I., *Les moteurs et systèmes de recommandation*, ISTE éditions, coll. Systèmes d'information, web et informatique ubiquitaire, 2014.

Knight F. H., *Risk, Uncertainty and Profit*, Houghton Mifflin, 1921.

Lanham R. A., *The Economics of Attention. Style and Substance in the Age of Information*, University of Chicago Press, 2006.

Le Roy M., *La loyauté des plateformes à l'égard des consommateurs*, préf. C. Zolynski et N. Sauphanor-Brouillaud, Dalloz, coll. Nouvelle Bibliothèque de Thèses, vol. 224, 2023.

Lessig L., *L'avenir des idées. Le sort des biens communs à l'heure des réseaux numériques*, PUL, 2005.

Machlup F., *The production and distribution of knowledge in the United States*, Princeton University Press, 1962.

MacKay D. M., *Information, Mechanism and Meaning*, The MIT Press, 1969.

Macrez F., *Créations informatiques : bouleversement des droits de propriété intellectuelle ? Essai sur la cohérence des droits*, LexisNexis, coll. CEIPI, 2011.

Martin M., *Trois siècles de publicité en France*, Odile Jacob, 1992.

Mayère A., *Pour une économie de l'information*, CNRS Editions, coll. Hors collection, 1990.

Merabet S., *Vers droit de l'intelligence artificielle*, préf. H. Barbier, Dalloz, coll. Nouvelle Bibliothèque de Thèses, vol. 197, 2020.

Moati Ph., *La nouvelle révolution commerciale*, Odile Jacob, 2011.

Moulier Boutang Y., *Le capitalisme cognitif. La nouvelle grande transformation*, Ed. Amsterdam, 2007.

Moureau N., Rivaud-Danset D., *L'incertitude dans les théories économiques*, La Découverte, coll. Repères, 2004.

O'Neil C., *Weapons of Math Destruction. How Big Data Increases Inequality and Threatens Democracy*, Random House Libri, 2017.

Painbéni S., *La prescription dans le processus de décision d'achat de produits culturels : Le cas des romans et nouvelles de littérature générale contemporaine*, th. Université Paris Dauphine, 2008.

Pariser E., *The Filter Bubble. What the Internet is Hiding from You*, The Penguin Press, 2011.

- Pasquale F.**, *The Black Box Society. The Secret Algorithms That Control Money and Information*, Harvard University Press, 2015.
- Patino B.**, *La civilisation du poisson rouge, Petit traité sur le marché de l'attention*, Grasset, 2019.
- Picot-Clément R.**, *Une architecture de systèmes de recommandation de combinaison d'items. Application au domaine du tourisme*, th. Université de Bourgogne, 2011.
- Poirier D.**, *Des textes communautaires à la recommandation*, th. Université d'Orléans, 2011.
- Prépin P.**, *Le lien de subordination à l'épreuve du numérique*, th. Université de Versailles Saint-Quentin-en-Yvelines/Paris Saclay, 2023.
- Reboul-Maupin N.**, *Les contrats de conseil*, préf. Ph. Delebecque, PUAM, 1999.
- Récanati F.**, *Les énoncés performatifs*, Éditions de Minuit, 1982.
- Richbourg-Attal E.**, *La responsabilité civile des acteurs de l'internet. Du fait de la mise en ligne de contenus illicites*, préf. J. Julien, Larcier, coll. Création Information Communication, 2014.
- Schwartz B.**, *The Paradox of Choice. Why More is Less*, Harper Perennial, 2004.
- Sfez L.**,
 - *Technique et idéologie. Un enjeu de pouvoir*, Le Seuil, coll. La Couleur des idées, 2019.
 - *Critique de la décision*, Presses de Sciences Po, 4^{ème} éd., 1992.
- Shannon C. E., Weaver W.**, *The Mathematical Theory of Communication*, The University of Illinois Press, 1949.
- Shenk D.**, *Data Smog*, Harper Collins, 1997.
- Simon H. A.**, *Administrative Behavior : A Study of Decision-Making Processes in Administrative Organization*, Macmillan, 1947.
- Simonnot B.**, *L'Accès à l'information en ligne. Moteurs, dispositifs et médiations*, Hermès Science Lavoisier, 2012.
- Smith A.**, *Recherches sur la nature et les causes de la richesse des nations*, Guillaumin, 1843.
- Supiot A.**, *La gouvernance par les nombres. Cours au Collège de France (2012-2014)*, Fayard, coll. Poids et mesures du monde, 2015.
- Sunstein C. R.**, *Republic.com 2.0*, Princeton University Press, 2002.
- Tarissan F.**, *Au cœur des réseaux. Des sciences aux citoyens*, Le Pommier, coll. Essais, 2019.
- Thaler R. H., Sunstein C. R.**, *Nudge. Comment inspirer la bonne décision*, Pocket, 2012.

Thuillas O., *Les formes publiques de courtage informationnel : l'exemple des services géoCulture*, th. Sorbonne Cité, 2017.

Toffler A., *Future Shock*, Random House, 1970.

Umoja Noble S., *Algorithms of Oppression. How Search Engines Reinforce Racism*, New-York University Press, 2018.

Vayre J.-S., *Des machines à produire des futurs économiques. Sociologie des intelligences artificielles marchandes à l'ère du big data*, th. Toulouse, 2016.

Vitali-Rosati M., Sinatra M. E., *Pratiques de l'édition numérique*, PUM, coll. Parcours numériques, 2014.

Wachter-Boettcher S., *Technically Wrong. Sexist Apps, Biased Algorithms and Other Threats of Toxic Tech*, W. W. Norton & Company, 2017.

Wark M., *Telesthesia. Communication, Culture and Class*, Polity Press, 2012.

Wiar L., *La prescription littéraire sur les réseaux socionumériques de lecteurs*, th. Université Sorbonne Paris Cité, 2015.

Wiener N., *Cybernétique et Société*, Édition des Deux Rives, 1952.

Wolton W., *Informer n'est pas communiquer*, CNRS Éditions, coll. Débats, 2009.

Wu T., *The Attention Merchants, The Epic Scramble to Get Inside Your Heads*, Vintage USA, 2017.

Xifaras M., *La propriété. Étude de philosophie du droit*, PUF, coll. Fondements de la politique, 2004.

Zuboff S., *The Age of Surveillance Capitalism. The Fight for a Human Future at the New Frontier of Power*, PublicAffairs, 2019.

§3. Articles, contributions et fascicules

« 14th ACM Conference on Recommender Systems », *ACM*, 22-26 sept 2020, accessible en ligne : <https://recsys.acm.org/recsys20/>.

« "Sans Cambridge Analytica, il n'y aurait pas eu de Brexit", affirme le lanceur d'alerte Christopher Wylie », *France Info*, 28 mars 2018, accessible en ligne : https://www.franceinfo.fr/monde/europe/la-grande-bretagne-et-l-ue/sans-cambridge-analytica-il-n-y-aurait-pas-eu-de-brexit-affirme-le-lanceur-d-alerte-christopher-wylie_2677946.html.

« Le nudge : outil efficace ou effet de mode ? », *Inserm*, 9 nov. 2011, n° 51, p. 5, accessible en ligne : <https://www.inserm.fr/actualite/le-nudge-outil-efficace-ou-effet-de-mode/>.

« Sept familles françaises annoncent assigner TikTok en justice après des suicides d'adolescentes », *Le Monde*, 4 nov. 2024, accessible en ligne : https://www.lemonde.fr/pixels/article/2024/11/04/suicides-d-adolescentes-sept-familles-francaises-annoncent-assigner-tiktok-en-justice_6375758_4408996.html.

« Facebook : l'amende record de 5 milliards de dollars validée par un juge », *Le Monde*, 25 avr. 2020, accessible en ligne : https://www.lemonde.fr/pixels/article/2020/04/25/facebook-l-amende-record-de-cinq-milliards-de-dollars-validee-par-un-juge_6037778_4408996.html.

« Cambridge Analytica : 87 millions de comptes Facebook concernés », *Le Monde*, 4 avr. 2018, accessible en ligne : https://www.lemonde.fr/pixels/article/2018/04/04/cambridge-analytica-87-millions-de-comptes-facebook-concernees_5280752_4408996.html.

« Classer, penser, contrôler », dossier, *Hermès* 2013/2, n° 66 .

« Publicité et propagande », dossier, *Vingtième Siècle. Revue d'Histoire* 2009/1, n° 101.

“Get Fresh Music Sunup to Sundown with Daylist, Your Ever-Changing Spotify Playlist”, *Spotify*, 12 sept. 2023, accessible en ligne : <https://newsroom.spotify.com/2023-09-12/ever-changing-playlist-daylist-music-for-all-day/>.

Abiteboul S., « Les déclinaisons de la neutralité », *Enjeux numériques, Annales des Mines*, déc. 2018, n° 4, pp. 18-22.

Adomavicius G., Tuzhilin A., “Toward the next generation of recommender systems: a survey of the state-of-the-art and possible extensions”, *IEEE Transactions on Knowledge and Data Engineering* 2005, vol. 17, n° 6, pp. 734-749.

Adomavicius G., Mobasher B., Ricci F., Tuzhilin A., “Context-Aware Recommender Systems”, *AI Magazine* 2011, vol. 32, n° 3, pp. 67-80.

Akerlof G. A., “The Market for “Lemons” : Quality Uncertainty and the Market Mechanism”, *The Quarterly Journal of Economics* 1970, vol. 84, n° 3, pp. 488-500.

Akrich M., « Les listes de discussion comme communautés en ligne : outils de description et méthodes d'analyse », *Papiers de recherche du CSI*, n° 25, 2012.

Akrich M. Méadel C., « Les échanges entre patients sur internet », *La Presse Médicale* 2009, n° 38, pp. 1484-1493.

Allard L., « Émergence des cultures expressives, d'internet au mobile », *MédiaMorphoses* 2007, vol. 21, n° 1, pp. 19-25.

Allport G. W., “Attitudes”, in *Handbook of Social Psychology*, C. Murchison (Ed.), Clark University Press, pp. 798-844.

André M.-E., « Le contrat de référencement. Reconnaissance jurisprudentielle », *Cah. dr. entr.* 1984, n° 2, p. 1.

André P., Wilson M. L., Smith D. A., “The Metadata is the Message”, *Web Science Workshop at WWW’08, China*, 21 avr. 2008.

Andrieu E., Gras F., « Publicité pour l'alcool et le tabac : glissements progressifs vers la censure », *Légicom* 2007, p. 67.

Angwin J., Warner M., Tobin A., “Facebook Enabled Advertisers to Reach “Jaw Haters””, *ProPublica*, 14 sept. 2017, accessible en ligne : <https://www.propublica.org/article/facebook-enabled-advertisers-to-reach-jew-haters>.

Anjunwa I., “Age Discrimination by Platforms”, *Berkeley Journal of Employment and Labor Law* 2019, vol. 40, pp. 1-27.

Arcelin L.,

- « Publicité - Règles générales quant au contenu du message publicitaire », *J.-Cl. Commercial*, fasc. 931, 2023.
- « Publicité – Règles générales », *J.-Cl. Concurrence-Consommation*, fasc. 792, 2020.
- « Publicité et régulation », *J.-Cl. Communication*, fasc. 304, 2020.
- « Les méandres de la publicité cachée sur Internet », *RLDA* 2014, n° 90, pp. 31-36.

Arcelin-Lécuyer L.,

- « L’opportunité de transformer l’Autorité de régulation professionnelle de la publicité (ARPP) en autorité administrative indépendante (AAI) », *D.* 2012, p. 1028.
- « Du BVP à l’ARPP : nouvelle dénomination, nouvelle régulation ? », *RDLC* 2010, n° 22, pp. 98-102.

Aridor G., Gonçalves D., “Recommenders’ originals: The welfare effects of the dual role of platforms as producers and recommender systems”, *International Journal of Industrial Organization* 2022, vol. 83, n° 102845.

Armstrong M., “Competition in Two-Sided Markets”, *The RAND Journal of Economics* 2006, vol. 37, n° 3, pp. 668-691.

Arndt J., “Role of Product-Related Conversations in the Diffusion of a New Product”, *Journal of Marketing Research* 1967, vol. 4, n° 3, pp. 291-295.

Arrow K. J., “Uncertainty and the Welfare Economics of Medical Care”, *The American Economic Review* 1963, vol. 53, n° 5, pp. 941-973.

Attal P., « La pragmatique est-elle une forme honteuse de behaviorisme ? », *L’Information Grammaticale* 1995, n° 66, pp. 13-16.

Azoulay W., « Des machines et des hommes. La guerre n’aura pas lieu », *Droit et société* 2019, vol. 3, n° 103, pp. 595-607.

Baer D., “The “Filter Bubble” Explains Why Trump Won and You Didn’t See It Coming”, *The Cut*, 9 nov. 2016, accessible en ligne : <https://www.thecut.com/2016/11/how-facebook-and-the-filter-bubble-pushed-trump-to-victory.html>.

Bahans J.-M., « Publicité des sociétés – Généralités – Publicité liée à la naissance des sociétés », *J.-Cl. Sociétés Traité*, fasc. 27-40, 2020.

Bakshy E., Messing S., Adamic L. A., “Exposure to ideologically diverse news and opinion on Facebook”, *Science* 2015, vol. 348, n° 6239, pp. 1130-1132.

Banat-Berger F., Huc C., « Section 9 – Métadonnées », *Portail international archivistique francophone*, 2011, p. 3.

Barbaro M., Zeller Jr. T., “A Face is Exposed for AOL Searcher No. 4417749”, *The New-York Times*, 9 août 2006, accessible en ligne : <https://www.nytimes.com/2006/08/09/technology/09aol.html>.

Barbet D., « Les emprunts discursifs entre politique et publicité. Des échanges inégaux », *Mots. Les langages du politique* 2012/1 n° 98, pp. 15-30.

Barbin E., « Le contrôle juridictionnel de l’outil numérique d’aide à la décision administrative », *RFDA* 2021, p. 491.

Barraud B., « L’algorithmisation de l’administration », *RLDI* 2018, n° 150, pp. 42-53.

Bataoui S., Gerard J., « L’adoption de comportements responsables grâce aux nudges. Le rôle médiateur de l’inférence de manipulation », *Revue Française de Gestion* 2020/3, n° 288, pp. 129-143.

Bayart B., Cornulier (de) A., « La neutralité du net », *Pouvoirs* 2018/1, n° 164, pp. 127-136.

Beaudouin V., Pasquier D., « Organisation et hiérarchisation des mondes de la critique amateur cinéophile », *Réseaux* 2014/1, n° 183, pp. 125-159.

Beauvisage Th., Beuscart J.-S., Mellet K., Trespeuch M., « Une démocratisation du marché ? Notes et avis de consommateurs sur le Web dans le secteur de la restauration », *Réseaux* 2014/1, n° 183, pp. 163-204.

Beauvisage Th., Beuscart J.-S., Cardon V., Mellet K., Trespeuch M., « Notes et avis des consommateurs sur le web. Les marchés à l’épreuve de l’évaluation profane », *Réseaux* 2013/1, n° 177, pp. 131-161.

Behar-Touchais M., « Vice et vertus de la transparence », *RLDC* oct./ déc. 2007, n° 13, pp. 164-169.

Béliard A.-S., « Jeux croisés entre critique amateur et critique professionnelle dans les blogs de séries télévisées », *Réseaux* 2014/1, n° 183, pp. 95-121.

Belkaab O., « Uber sait que vous paierez plus cher si votre batterie est faible », *Numerama*, 18 mai 2016, accessible en ligne : <https://www.numerama.com/tech/170949-uber-sait-que-que-vous-paierez-plus-cher-si-votre-batterie-est-faible.html>.

Bellino C., « Contribution de l'architecture de l'information à l'utilisabilité informationnelle : le cas des intranets », in dossier « L'architecture de l'information : un concept opératoire, dir. G. Chartron *et al.*, *Études de communication* 2013/2, n° 41, pp. 71-88.

Benabou V.-L.,

- « Une cinquième liberté de circulation numérique ? Est-ce possible ? Est-ce utile ? », *RTD eur.* 2021, p. 279.
- « L'extension du domaine de la donnée », *Legicom* 2017, p. 3.
- « Entrée par effraction d'une notion juridique nouvelle et polymorphe : le contenu numérique », *Dalloz IP/IT* 2017, p. 7.
- « Pourquoi une œuvre de l'esprit est immatérielle », *RLDI* 2005/1, pp. 53-58.

Benabou V.-L., Cytermann L., Zolynski C., « Bilan de l'Agenda numérique : quand la poussière retombe », *Rev. UE* 2020, p. 15.

Benghozi P.-J., « Économie numérique et industries de contenu : un nouveau paradigme pour les réseaux », *Hermès* 2011/1, n° 59, pp. 31-37.

Benghozi P.-J., Paris Th.,

- "The Economics and Business Models of Prescription in the Internet", in *Internet and Digital Economics. Principles, Methods and Applications*, E. Brousseau and N. Curien (Eds), Cambridge University Press, 2007, pp. 291-310.
- « De l'intermédiation à la prescription : le cas de la télévision », *Revue française de gestion* 2003/1, n° 142, pp. 205-227.

Benhamou F. Moureau N., Peltier S., « La longue marche vers une appropriation cognitive du web : le cas de la bande dessinée », *Réseaux* 2012/5, n° 175, pp. 83-105.

Benkler Y., "From Consumers to Users : Shifting the Deeper Structures of Regulation Toward Sustainable Commons and User Access", *Federal Communications Law Journal* 2000, vol. 52, pp. 561-579.

Benoît F.-P., Benoît J., « Actes des collectivités locales », chap. 3 (folio n° 4525), *Encyclopédie des collectivités locales*, Dalloz, 2012.

Bensamoun A., « Création et données : différence de notions = différence de régime ? », *Dalloz IP/IT* 2018, p. 85.

Bensamoun A., Groffe J., « Objet du droit d'auteur – Œuvres protégées – Notion d'œuvre (CPI, art. L. 111-1, L. 112-1 et L. 112-2) », *J.-Cl. Propriété littéraire et artistique*, fasc. 1134, 2025.

Béra M., « Critique d'art et/ou promotion culturelle ? », *Réseaux* 2003/1, n° 117, pp. 153-187.

Bergel J.-L., « Différence de nature (égale) différence de régime », *RTD civ.* 1984, p. 255.

Berlioz P., « Quelle protection pour les informations économiques secrètes de l'entreprise ? », *RTD com.* 2012, p. 263.

Berners-Lee T., "Metadata architecture", *W3C Consortium*, 1997, accessible en ligne : <https://librarytechnology.org/document/8675/>.

Bernelin M., Desmoulin-Canselier S., « L'intelligibilité des algorithmes dans les systèmes d'aide à la décision médicale », *Journal international de bioéthique et d'éthique des sciences* 2021/2, vol. 32, pp. 19-31.

Berthou B., « La prescription des librairies en ligne : expression, association, collaboration », *Communication & langages* 2014/1, n° 179, pp. 75-90.

Bertin E., Granier J.-M., « La société de l'évaluation : nouveaux enjeux de l'âge numérique », *Communication & langages* 2015/2, n° 184, pp. 121-146.

Beuscart J.-S., Coavoux S., Maillard S., « Les algorithmes de recommandation musicale et l'autonomie de l'auditeur. Analyse des écoutes d'un panel d'utilisateurs de streaming », *Réseaux* 2019/1, n° 213, pp. 17-47.

Beuscart J.-S., Chauvin P.-M., Jourdain A., Naulin S., « La réputation et ses dispositifs : Introduction », *Terrains & travaux* 2015/1, n° 26, pp. 5-22.

Beyaert-Geslin A., « Architecture de l'information versus design de l'information », *Études de communication* 2018/1, n° 50, pp. 161-174.

Bigot Ch.,

- « La liberté de communication dans la loi du 24 août 2021, les nouvelles obligations de collaboration des plateformes sous le contrôle de l'ARCOM », *Légipresse* 2022, p. 31.
- « Les discours de haine et les contenus illicites en ligne », *RFDA* 2021, p. 835.

Binctin N., « Le statut juridique des informations non appropriées », *Légipresse* 2013, p. 82.

Bioy X.,

- « La loi confortant le respect des principes de la République et la liberté d'expression », *AJDA* 2021, p. 2084.
- « Quelles lectures théoriques de la qualification ? », in *Les affres de la qualification juridique*, dir. M. Nicod, Presses de l'Université Toulouse Capitole, 2015, pp. 11-28.

Bitan H., « Le droit des bases de données. Entre droit d'auteur et droit sui generis », *Propriété intell.* 2008, n° 27, p. 164.

Blaze M., "Phew, NSA is Just Collecting Metadata (You Should Still Worry)", *Wired*, 19 juin 2013, accessible en ligne : <https://www.wired.com/2013/06/phew-it-was-just-metadata-not-think-again/>.

Bobadilla J., Ortega F., Hernando A., Gutiérrez A., "Recommender Systems Survey", *Knowledge-Based Systems* 2013, vol. 46, pp. 109-132.

Boev I., « Le nouveau règlement : un 5^{ème} principe de libre circulation ? », *Dalloz IP/IT* 2020, p. 223.

Boix Ch., « Phraséologie « soft » et voix postmoderne », *Cahiers de Narratologie* 2001, n° 10.2, pp. 7-20.

Bolton G., Greiner B., Ockenfels A., “Engineering Trust : Reciprocity in the Production of Reputation Information”, *Management Science* 2013, vol. 59, n° 2, pp. 265-285.

Bonaccorsi J., « Approches sémiologiques du web », in *Manuel d'analyse du web en Sciences Humaines et Sociales*, dir. Ch. Barats, Armand Colin, coll. U, 2013, pp. 125-146.

Bonaccorsi J., Croissant V., « L'énonciation culturelle vidée de l'institution ? Qualifier les figurations de l'autorité dans des sites web contributifs », *Communication & langages* 2017/2, n° 192, pp. 67-82.

Bonhomme M., « Quand la publicité parodie la politique », *Mots. Les langages du politique* 2012/1, n° 98, pp. 31-45.

Bonnet E., « Les critiques gastronomiques : quelques caractéristiques d'une activité experte », *Sociétés contemporaines* 2004/1, n° 53, pp. 135-155.

Boudinar-Zabaleta A., « Algorithmes et lignes directrices. Réflexions sur la codification automatisée des motifs des décisions administratives », *Droit administratif* 2019, étude 7.

Boullier D., « Les sciences sociales face aux traces du big data. Société, opinion ou vibrations ? », *Revue française de science politique* 2015/5, vol. 65, pp. 805-828.

Boullier D., Crépel M., « Biographie d'une photo numérique et pouvoir des tags », *Revue d'anthropologie des connaissances* 2013/4, vol. 7, n° 4, pp. 785-813.

Bourcier D., Filippi (de) P., « Vers un droit collectif sur les données de santé », *RDSS* 2018, p. 444.

Bourreau M., Maillard S., Moreau F., « Une analyse économique du phénomène de la longue traîne dans les industries culturelles », *Revue Française d'Économie* 2015/2, vol. XXX, pp. 179-216.

Boutet M., « La liberté d'expression publicitaire selon l'interprétation de la Convention européenne des droits de l'homme », *D.* 2000, p. 26.

Brenaut M., Skrzypniak H., « Responsabilité civile, pénale et para-pénale des fournisseurs de services intermédiaires », *J.-Cl. Communication*, fasc. 670, 2025.

Brignull H., “Dark Patterns : Inside the Interfaces Designed to Trick You”, *The Verge*, 29 août 2013, accessible en ligne : <https://www.theverge.com/2013/8/29/4640308/dark-patterns-inside-the-interfaces-designed-to-trick-you>.

Brousseau E., Curien N., « Économie d'Internet, économie du numérique », *Revue économique* 2011/7, vol. 52, pp. 7-36.

Bruns A., “Echo Chambers ? Filter bubbles ? The misleading metaphors that obscure the real problem”, in *Hate Speech and Polarization in Participatory Society*, M. Pérez-Escolar and J. M. Noguera-Vivo, Routledge (Eds), 2021, pp. 33-48.

Brynjolfsson E., Hu Y., Simester D., “Goodbye Pareto Principle, Hello Long Tail: The Effect of Search Costs on the Concentration of Product Sales”, *Management Science* 2011, vol. 57, n° 8, pp. 1373-1386.

Buat-Ménard É., « La justice dite « prédictive » : prérequis, risques et attentes - l’expérience française », *Les Cahiers de la Justice* 2019, vol. 2, n° 2, pp. 269-276.

Burke R., Felfernig A., Göker M. H., “Recommender Systems : An Overview”, *AI Magazine* 2011, vol. 32, n° 3, pp. 13-18.

Bustamante E., “Cultural Industries in the Digital Age : some provisional conclusions”, *Media, Culture & Society* 2004, vol. 26, n° 6, pp. 803-820.

Buydens M., « Remèdes à la privatisation de l’information par la propriété industrielle : le domaine technique », *RIDE* 2006/4, t. XX, 4, pp. 433-474.

Bygrave L. A., “Minding the Machine v2.0 : The EU General Data Protection Regulation and Automated Decision Making”, *University of Oslo, Faculty of Law Legal Studies*, Research Paper Series n° 2019-01.

Caillaud B., Jullien B., “Chicken and Egg : Competition Among Intermediation Service Providers”, *RAND Journal of Economics* 2003, vol. 34, n° 2, pp. 309-328.

Callon M., Muniesa F., « Les marchés économiques comme dispositifs collectifs de calcul », *Réseaux* 2003/6, n° 122, pp. 189-233.

Callon M., Méadel C., Rabeharisoa V., « L’économie des qualités », *Politix* 2000, vol. 13, n° 52, pp. 211-239.

Calvano E., Calzolari G., Denicolo V., Pastorello S., “Artificial Intelligence, Algorithmic Recommendations and Competition », 2025, accessible en ligne : https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=4448010.

Candel E., Gomez-Mejia G., « Le bouton like : poétique du clic, vertige des discours », *Semen* 2016, n° 42, n°10, accessible en ligne : <https://journals.openedition.org/semen/10623>.

Candel E., Jeanne-Perrier V., Souchier E., « Petites formes, grands desseins. D’une grammaire des énoncés éditoriaux à la standardisation des écritures », in *L’économie des écritures sur le web*, vol. 1, « Traces d’usage dans un corpus de sites de tourisme », dir. Jean Davallon, Hermès/Lavoisier, coll. Ingénierie représentationnelle et constructions de sens, 2012, pp. 165-201.

Campione K., "New WGA & SAG-AFTRA Residuals Model Explained : “Poker Face” & “Secret Invasion” Could Join “Stranger Things” & “Wednesday” in Streaming Bonus Club”, *Deadline*, 30 nov. 2023, accessible en ligne : <https://deadline.com/2023/11/streaming-model-explained-sag-aftra-wga-residuals-deal-1235642995/>.

Cappelli P., « Les « nudges », force de persuasion », *Libération*, 19 janv. 2014, accessible en ligne : https://www.liberation.fr/futurs/2014/01/19/les-nudges-force-de-persuasion_973983/.

Capurro R., Hjørland B., “The Concept of Information”, *Annual Review of Information Science and Technology* 2003, vol. 37, n° 1, pp. 343-411.

Cardon D.,

- « Du lien au like sur Internet. Deux mesures de la réputation », *Communications* 2013/2, n° 93, pp. 173-186.
- « Dans l'esprit du PageRank. Une enquête sur l'algorithme de Google », *Réseaux* 2013/1, n° 177, pp. 63-95.
- « L'ordre du web », *Medium* 2011/4, n° 29, pp. 191-202.
- « Le design de la visibilité. Un essai de cartographie du web 2.0 », *Réseaux* 2008/6, n° 152, pp. 93-137.

Cardon D., Cointet J.-Ph., Mazières A., « La revanche des neurones. L'invention des machines inductives et la controverse de l'intelligence artificielle », *Réseaux* 2018/5, n° 211, pp. 173-220.

Cardon V.,

- « La guerre des étoiles. La réputation hôtelière à l'épreuve du web contributif », *Revue d'anthropologie des connaissances* 2015/1, vol. 9, n° 1, pp. 39-61.
- « Des chiffres et des lettres : évaluation, expressions du jugement de qualité et hiérarchies sur le marché de l'hôtellerie », *Réseaux* 2014/1, n° 183, pp. 207-245.

Carl W. J., “What’s All The Buzz about ? Everyday Communication and the Relational Basis of Word-of-Mouth and Buzz Marketing Practices”, *Management Communication Quarterly* 2006, vol. 19, n° 4, pp. 601-634.

Carré S., « La qualification des contrats liant les opérateurs de transport aux plateformes numériques : les habits neufs d'un vieux problème », *RTD com.* 2023, p. 519.

Carreau C., « Publicité fausse ou de nature à induire en erreur – Publicité comparative », *Rép. com. Dalloz*, 2025.

Carreau C., « Publicité et hyperbole », *D.* 1995, p. 225.

Carrié L., « L'influenceur », *J.-Cl. Communication*, 2025.

Carrie Wong J., Levin S., Solon O., “Bursting the Facebook bubble: we asked voters on the left and right to swap feeds”, *The Guardian*, 16 nov. 2016, accessible en ligne : <https://www.theguardian.com/us-news/2016/nov/16/facebook-bias-bubble-us-election-conservative-liberal-news-feed>.

Cartier M.-E., « Le secret religieux », *RSC* 2003, p. 485.

Castel P., Chessel M.-E., « La décision toujours en question », *Entreprises et Histoire* 2019/4, n° 97, pp. 7-22.

Catala P., « L'immatériel et la propriété », in *Le droit et l'immatériel*, APD, t. 43, 1999, pp. 61-63.

Chamagne C., « L'autopromotion des chaînes de télévision », *Légicom* 1998/1, n° 16, pp. 27-43.

Chantepie G., « Le droit en algorithmes ou la fin de la norme délibérée ? », *Dalloz IP/IT* 2017, p. 517.

Chartron G., Rebillard F., « La publication sur le web, entre filiations et innovations éditoriales », in *La redocumentarisation du monde*, dir. R. T. Pédaque, Cepaduès éd., 2007, pp. 201-203.

Chartron G., Chaudiron S., Madjid I. (dir.), dossier « L'architecture de l'information : un concept opératoire », *Études de communication* 2013/2, n° 41, pp. 9-158.

Chassagnard-Pinet S., « Les usages des algorithmes en droit : prédire ou dire le droit ? », *Dalloz IP/IT* 2017, p. 495.

Chatry S., « La légitimité du droit sui generis du producteur de bases de données », *Légipresse* 2019, p. 115.

Chilstein D., « Les biens à valeur négative », *RTD civ.* 2006, p. 663.

Claes A., Wiard V., Mercenier H., Philippette Th., Dufrasne M., Browet A., Jungers R., « Algorithmes de recommandation et culture technique : penser le dialogue entre éducation et design », *Tic&Société* 1^{er} semestre 2021, vol. 15, n° 1 : accessible en ligne : <https://journals.openedition.org/ticetsociete/5915>.

Clément M., « Algorithmes au service du juge administratif : peut-on en rester maître ? », *AJDA* 2017, p. 2453.

Clément-Fontaine M., « La convergence du droit de la propriété littéraire et artistique et du « droit des données » : une fatalité ? » in *Penser le droit de la pensée, Mélanges en l'honneur de Michel Vivant*, LexisNexis-Dalloz, 2020, pp. 97-106.

Clifford D., Richardson M., Witzleb N., “Artificial Intelligence and Sensitive Inferences. New Challenges for Data”, *ANU College of Law Research Paper*, n° 21.1, 2021.

Cohen-Jonathan G., « Liberté d'expression et message publicitaire », *RTDH* 1993, p. 69.

Colas-Blaise M., « Vers une politique du nudge : l'instrument au service de l'incitation », *Actes sémiotiques* 2021, n° 124, accessible en ligne : <https://www.unilim.fr/actes-semiotiques/6699>.

Corteel M., « La neutralité du Net n'a pas eu lieu », *Multitudes* 2018/1, n° 70, pp. 26-33.

Costes L., « Hébergeurs, prestataires Internet Entre responsabilité de droit commun et irresponsabilité conditionnelle ? », *RLDI* 2009, n° 47, p. 77.

Dahlgren P. M., “A critical review of filter bubbles and a comparison with selective exposure”, *Nordicom Review* 2021, vol. 24, n° 1, pp. 15-33.

Damon J., « Prévenir, c’est guérir ou punir ? », *RDSS* 2023, p. 492.

Dang Nguyen G., Pénard Th., « La gratuité à la croisée des nouveaux modèles d’affaires sur l’Internet », *Réseaux* 2004/2, n° 124, pp. 81-109.

Danjaume G., « La responsabilité du fait de l’information », *JCP G* 1996, I, 3895.

Daragon E., « Étude sur le statut juridique de l’information », *D.* 1998, p. 63.

Datta H., Knox G., Bronnenberg B. J., “Changing their tune : How consumers' adoption of online streaming affects music consumption and discovery”, *Marketing Science* 2018, vol. 37, n° 1, pp. 5-21.

David A., « L’aide à la décision entre outils et organisation », *Entreprises et histoire* 1996/3, n° 13, pp. 9-26.

Debruyne F., « Le disquaire et ses usagers. Du magasin au site Web », *Communication & langages* 2012/3, n° 173, pp. 49-65.

Debruyne F., Pirolli F., « Introduction », in dossier « Prescription et recommandation : agir et faire agir ? », dir. F. Debruyne et F. Pirolli, *Études de communication* 2017, n° 49, pp. 7-12.

Deflers E., Andrieu E., « Réglementation de la publicité en faveur de l’alcool », *Légipresse* 1991, n° 81, III, p. 59.

Delalande B., « Publicité sans frontières. De la pub au politique », *Mots. Les langages du politique* 2012/1, n° 98, pp. 79-94.

Deley N., « L’indexation amateur des œuvres littéraires au service des algorithmes de recommandation sur Babelio », in *L’avis des autres. Prescription et recommandation culturelle à l’ère numérique*, dir. V. Croissant, éd. des archives contemporaines, coll. Ère numérique, 2018, pp. 109-130.

Dellemotte J., « La « main invisible » d’Adam Smith : pour en finir avec les idées reçues », *L’Économie Politique* 2009/4, n° 44, pp. 28-41.

Denis J. (dir.), dossier « Performativité : relectures et usages d’une notion frontière », *Études de communication* 2006, n° 29, accessible en ligne : <https://journals.openedition.org/edc/63>.

Derieux É., « Lutte contre les contenus haineux sur internet », *RLDI* 2020, n° 172, pp. 47-52.

Deroudille A., « L’exploitation généralisée et indifférenciée des données de connexion en question », *Rev. UE* 2022, p. 332.

Deseilligny O., « La recommandation sur le Web : entre héritages formels et logiques comptables », *Communication & langages* 2014/1, n° 179, pp. 33-47.

Deterding S., Sicart M., Nacke L., O'Hara K., Dixon D., "Gamification : Using Game-Design Elements in Non-Gaming Contexts", in *Proceedings of the 2011 Annual Conference Extended Abstracts on Human Factors in Computing Systems - CHI EA '11*, Vancouver, BC, Canada, ACM Press, 2011, pp. 2425-2428.

Devèze J., « Le vol de "biens informatiques" », *JCP E* 1986, I, 14712.

Di Jorio I., « Propagande commerciale ou publicité politique ? L'émergence d'une « culture publicitaire » en Italie de la Grande Guerre au Fascisme », *Sociétés & Représentations* 2022/2, n° 54, pp. 99-122.

Diakopoulos N., "Algorithmic Accountability : Journalistic Investigation of Computational Power Structures", *Digital Journalism* 2015, vol. 3, n° 3, pp. 398-415.

Dissaux N.,

- « Distribution – Généralités », *J.-Cl. Concurrence-Consommation*, fasc. 600, 2012.
- « Courtaige », *Rép. com. Dalloz*, 2021.

Domenget J.-C., « Prescription, recommandation, exploration : une approche temporaliste des usages des médias socionumériques », *Études de communication* 2017, vol. 49, pp. 125-142.

Dondero B., « Justice prédictive : la fin de l'aléa judiciaire ? », *D.* 2017, p. 532.

Douville Th.,

- « La réécriture imparfaite de la loi influenceur », *RTD com.* 2025, p. 98.
- « Quel droit pour les plateformes ? », in *L'émergence d'un droit des plateformes*, coll. Thèmes & commentaires, Dalloz, 2021, pp. 217-239.

Dreyer É.,

- « Adaptation du droit interne au règlement européen sur le retrait de la propagande terroriste », *JCP G* 2022, act. 955.
- « L'apport de la loi confortant le respect des principes de la République au droit de la communication, *JCP G* 2021, 890.

Dubout É., « Modérer la modération : le Digital Services Act ou la civilisation numérique », *RTD eur.* 2023, p. 7.

Ducas S., « Ce que font les prix à la littérature », *Communication & langages* 2014/1, n° 179, pp. 61-73.

Ducas S., Pourchet M., « De la prescription : comment le livre vient au lecteur », *Communication & langages* 2014/1, n° 179, pp. 21-31.

Duclercq J.-B.,

- « Les algorithmes en procès », *RFDA* 2018, p. 131.
- « Les effets de la multiplication des algorithmes informatiques sur l'ordonnancement juridique », *CCE* 2015, étude 20.

Edelman B.,

- « La création dans l'art contemporain », *D.* 2009, p. 38.

- « Un arrêt énigmatique », note sous Cass. civ. 1^{ère}, 13 nov. 2008, *D.* 2009, p. 263.
- « Création et banalité », *D.* 1983, p. 73.

Edwards L., Veale M., “Slave to the Algorithm ? Why a “right to an explanation” is probably not the remedy you are looking for”, *Duke Law & Technology Review* 2017, vol. 16, n° 1, pp. 18-84.

El-Bermawy M., “Your Filter Bubble is Destroying Democracy”, *Wired*, 18 nov. 2016, accessible en ligne : <https://www.wired.com/2016/11/filter-bubble-destroying-democracy/>.

Eréséo N., « Pratiques commerciales trompeuses », *J.-Cl. Communication*, fasc. 3480, 2021.

Ernst S., « Begriffsbestimmungen », in *Datenschutz-Grundverordnung Bundesdatenschutzgesetz*, B. Paal and D. A. Pauly (Eds), 2018, p. 14.

Ertzscheid O., « L’homme un document comme les autres », *Hermès* 2009/1, n° 53, pp. 33-40.

Ertzscheid O., Gallezot G., Simonnot B., « A la recherche de la « mémoire » du web : sédiments, traces et temporalités des documents en ligne », in *Manuel d’analyse du web en Sciences Humaine et Sociales*, dir. Ch. Barats, Armand Colin, coll. U, 2013, pp. 53-68.

Escande-Varniol M.-C., « Salaire : définition et formes », *Rép. trav. Dalloz*, 2021.

Evans D. S., “The Antitrust Economics of Multi-Sided Platform Markets”, *Yale Journal on Regulation* 2003, vol. 20, n° 2, pp. 325-381.

Evans D. S., Schmalensee R.,

- “The Antitrust Analysis of Multi-Sided Platform Businesses”, *NBER Working Paper*, 2013, n° 18783.
- “The Industrial Organization of Markets with Two-Sided Platforms”, *Competition Policy International* 2007, vol. 3, n° 1, pp. 151-179.

Eymard-Duvernay F., « Conventions de qualité et formes de coordination », *Revue économique* 1989, vol. 40, n° 2, pp. 329-360.

Farchy J., Méadel C., « Moteurs de recherche et référencement : chassez le naturel... », *Hermès* 2013/2, n° 66, pp. 147-154.

Farchy J., Tallec S., « De l’information aux industries culturelles, l’hypothèse chahutée de la bulle de filtre », *Questions de communication* 2023/1, n° 43, pp. 241-268.

Farchy J., Méadel C., Anciaux N., « Une question de comportement. Recommandation des contenus audiovisuels et transformations numériques », *Tic & société* 2^{ème} semestre 2016 - 1^{er} trimestre 2017, vol. 10, n° 2-3, pp. 168-198.

Favro K., « « Les données non personnelles » : un nouvel objet juridique », *Dalloz IP/IT* 2020, p. 234.

Favro K., Zolynski C.,

- « Penser la régulation à l'ère de la conversation », in *Penser le droit de la pensée, Mélanges en l'honneur de Michel Vivant*, LexisNexis-Dalloz, 2020, pp. 121-154.
- « De la régulation des contenus haineux à la régulation des contenus (illicites) », *Légipresse* 2019, p. 461.

Figeac J., Salord T., Cabanac G., Fraisier O., Ratinaud P., Seffusatti, Smyrnaio N.,
« Facebook favorise-t-il la désinformation et la polarisation idéologique des opinions ? », *Questions de communication* 2019/2, n° 36, pp. 167-187.

Filistrucchi L., “A SSNIP Test for Two-Sided Markets”, *NET Institute Working Paper*, n° 08-34, 2008.

Finck M., Pallas F., “They who must not be identified – distinguishing personal from non-personal data under the GDPR”, *International Data Privacy Law* 2020, vol. 10, n° 1, pp. 11-36.

Fitzpatrick-Martin I., “Social implications of the information economy. An initial assessment and guiding framework for impact studies”, *Projet Gamma*, Université de Montréal-McGill University, paper n° 5, 1979.

Flaxman S., Goel S., Rao J. M., “Filter Bubbles, Echo Chambers and Online News Consumption”, *Public Opinion Quarterly* 2016, vol. 80, special issue, pp. 298-320.

Fleder D., Hosanagar K., “Blockbuster Culture's Next Rise or Fall: The Impact of Recommender Systems on Sales Diversity”, *Management Science* 2009, vol. 55, n° 5, pp. 697-712.

Fleury Ch., « XML et les métadonnées. Irruption dans la sphère bibliographique », *Arabesques* 2012, n° 67, pp. 8-9.

Floridi L., “Is Information Meaningful Data ?”, *Philosophy and Phenomenological Research* 2005, vol. 70, n° 2, pp. 351-370.

Flückiger A., « Gouverner par des « coups de pouce » (nudges) : instrumentaliser nos biais cognitifs au lieu de légiférer ? », *Les Cahiers de droit* 2018, vol. 59, n° 1, pp. 199-227.

Fontanille J., « Introduction », *Actes sémiotiques* 2021, n° 124, accessible en ligne : <https://www.unilim.fr/actes-semiotiques/6684>.

Fortunato A., « La relation contractuelle collaborative », *RTD com.* 2019, p. 19.

Fourgoux J.-C., « L'information du consommateur et la contre-publicité », *Gaz. Pal.* 1975, 1 doct. p. 107.

Fournier S.,

- « Pratiques commerciales trompeuses », *J.-Cl. Lois pénales spéciales*, fasc. 20, 2025.
- « De la publicité fausse aux pratiques commerciales trompeuses », *Dr. pén.*, 2008, étude 4.

Fréon M.-E., « Les métadonnées : accès aux ressources électroniques », in *La recherche d'information sur les réseaux. Cours INRIA 30 septembre-4 octobre 2002*, Le Bono, dir. J.-C. Le Moal, B. Hidoine et L. Calderan, ADBS éd., 2002.

Fresnault-Deruelle P., « La réclame politique », *Communication & langages* 2014/2, n° 180, pp. 121-129.

Galloux J.-Ch.,

- « La transposition de la directive sur les secrets d'affaires », *RTD com.* 2018, p. 643.
- « Le tabac est-il interdit d'expression en France ? », *D.* 1998, p. 613.
- « Ébauche d'une définition juridique de l'information », *D.* 1994, p. 229.

Gantschnig D., Krajewski D., « L'intermédiation en assurance », in *L'intermédiation professionnelle. De la découverte d'une myriade de droits spéciaux (patents) à la recherche d'un authentique droit commun (latent)*, dir. M. Thioye, Presses de l'Université de Toulouse Capitole, coll. Actes de colloques de l'IFR, 2019, pp. 51-64.

Gaudrat Ph.,

- « De l'enfer de l'addiction au paradis des toilettes : tribulations judiciaires au purgatoire du droit d'auteur », *RIDA* 2009, n° 220, pp. 81-171.
- « Loi de transposition de la directive 96/9 du 11 mars 1996 sur les bases de données : dispositions relatives au droit d'auteur », *RTD com.* 1998, p. 598.
- « Réflexion sur la forme des œuvres de l'esprit », in *Propriétés intellectuelles. Mélanges en l'honneur d'André Françon*, Dalloz, 1995, pp. 195-221.

Gaumont N., Panahi M., Chavalarias D., "Reconstruction of the socio-semantic dynamics of political activist Twitter networks—Method and application to the 2017 French presidential election", *PLoS One* 2018, vol. 13, n° 9, accessible en ligne : <https://journals.plos.org/plosone/article?id=10.1371/journal.pone.0201879>.

Gauthier G., « L'indirection comme procédé de persuasion en publicité. L'exemple des magazines féminins québécois », *Communication* 2000, vol. 20/1, pp. 155-178.

Gefray E., « La protection des données personnelles, élément clef à l'ère numérique », *Légipresse* 2014, p. 515.

Geiger Ch., « La privatisation de l'information par la propriété intellectuelle », *RIDE* 2006/4, t. XX, 4, pp. 389-432.

Gelbat A., « La difficulté à distinguer la communication institutionnelle de la propagande électorale en période de crise sanitaire », *AJDA* 2021, p. 920.

Germain O., Lacolley J.-L., « La décision existe-t-elle ? », *Revue française de gestion* 2012/6, n° 225, pp. 47-59.

Ghnassia M., « Après la censure de la loi contre la haine en ligne, quel avenir pour la répression des contenus haineux sur internet ? », *Légipresse* 2020, p. 419.

Gill T., “Metadata and the Web”, in *Introduction to Metadata*, M. Barca (Ed.), Getty Research Institute, 3^{ème} éd., 2016, accessible en ligne : <https://www.getty.edu/publications/intrometadata/metadata-and-the-web/>.

Gilliland A. J., “Setting the Stage”, in *Introduction to Metadata*, M. Barca (Ed.), Getty Research Institute, 3^{ème} éd., 2016, accessible en ligne : <https://www.getty.edu/publications/intrometadata/setting-the-stage/>.

Gillespie T., “The Relevance of Algorithms”, in *Media Technologies. Essays on Communication*, T. Gillespie, P. J. Boczkowski and K. A. Foot (Eds.), MIT Press, 2014, pp. 163-193.

Gilliotte Q., Pasquier D., « Travailler à sa chaîne. Les vidéastes des plateformes face à leurs sources de revenus », *Réseaux* 2024/4, n° 246-247, pp. 89-126.

Gingras P., Senécal F., « Métadonnées : plaidoyer pour des mal aimées et des incomprises », *Revue du Barreau* 2015, t. 74, pp. 249-305.

Girard Ch., « Le droit et la haine. Liberté d’expression et « discours de haine » en démocratie », *Raison publique, La Revue des Humanités Numériques*, 22 avr. 2014, accessible en ligne : <https://raison-publique.fr/735/>.

Godefroy L.,

- « La performativité de la justice « prédictive » : un pharmakon ? », *D.* 2018, p. 1979.
- « Pour un droit du traitement des données par les algorithmes prédictifs dans le commerce électronique », *D.* 2016, p. 438.

Goldhaber M. H., “The Attention Economy and the Net”, *First Monday*, 4 avr. 1997, vol. 2, n° 4.

Goodpaster C., “How Tiktok Hijacks Your Brain”, *Knowing Neurons*, 20 juin 2023, accessible en ligne : <https://knowingneurons.com/blog/2023/06/20/how-tiktok-hijacks-your-brain/>.

Gourdet D., « Droit de critique et consommation », *RTD com.* 1980, p. 26.

Graef I., Gellert R., Husovec M., “Towards a Holistic Regulatory Approach for the European Data Economy. Why the Illusive Notion of Non-Personal Data is Counterproductive”, *TILEC Discussion Paper n° 2018-029*, 2018.

Grandjean P., « L’information légale dans les affaires : quels enjeux ? Quelles évolutions ? », colloque du CREDA, *JCP E* 1994, I, 387.

Gras F.,

- « Publicité alcool : un jardin clos sans pouvoir d’évocation au nom de l’information objective », note sous CA Versailles, 1^{ère} ch., 1^{ère} sect., 15 juin 2021, n° 20/02757, *ANPAA c/ Sté Kronenbourg*, *Légipresse* 2021, p. 492.
- « La divulgation de ses sources par un journaliste », *Légipresse* 2010, p. 178.

Gray M. C., Kou Y., Battles B., Hoggatt J., Toombs A. L., "The Dark (Patterns) Side of UX Design", *Proceedings of the 2018 CHI Conference on Human Factors in Computing Systems*, Montréal, Paper 534, accessible en ligne : <https://dl.acm.org/doi/10.1145/3173574.3174108>.

Gregorczyk Ch., « Le concept de bien juridique », in *L'utile et le juste*, APD, t. 26, p. 267.

Grimmelmann J., "Speech Engines", *Minnesota Law Review* 2014, vol. 98, n° 3, pp. 868-895.

Grinberg N., Joseph K., Friedland L., Swire-Thompson B., Lazer D., "Fake news on Twitter during the 2016 U.S. presidential election", *Science* 2019, vol. 363, n° 6425, pp. 374-378.

Gross B. M., "Operation Basic : The Retrieval of Wasted Knowledge", *Journal of Communication*, vol. 12, n° 2, 1962, pp. 67-83.

Grossa J., « Les données non personnelles : un tech-checking », *Dalloz IP/IT* 2020, p. 213.

Grossetti Q., du Mouza C., Travers N., "Community-Based Recommendations on Twitter : Avoiding the Filter Bubble", *Web Information Systems Engineering*, WISE 2019, 20th International Conference, Hong-Kong, 2019, pp. 212-227.

Grynbaum L., « Google Adwords : l'hébergeur, un prestataire nécessairement passif », *RLDI* 2010/60, n° 1980, pp. 38-41.

Guinchard S., Bazin-Beust D., Noblot C., « Responsabilité des associations de consommateurs – Droit de critique – Boycott », *J.-Cl. Concurrence-Consommation*, fasc. 1215, 2022.

Gutmann D., « Du matériel à l'immatériel dans le droit des biens. Les ressources du langage juridique », in *Le droit et l'immatériel*, APD, t. 43, 1999, pp. 65-78.

Gutwirth S., Gonzalez Fuster G., « L'éternel retour de la propriété des données : de l'insistance d'un mot d'ordre », in *Law, norms and freedoms in cyberspace. Droit, normes et libertés dans le cybermonde*, *Liber amicorum Y. Pouillet*, dir. S. Dusollier, E. Degrave, C. de Terwangne et R. Queck, 2018, pp. 117-140.

Habert B., Salaün J.-M., Magué J.-Ph., « Architecte de l'information : un métier », *Documentaliste - Sciences de l'Information* 2012/1, vol. 49, pp. 4-9.

Hagel J., Rayport J. F., "The Coming Battle for Customer Information", *Harvard Business Review* 1997, vol. 75, n° 1, pp. 53-65.

Hagiu A.,

- "The Best Way for Netflix to Keep Growing", *Harvard Business Review*, 14 août 2018, accessible en ligne : <https://hbr.org/2018/08/the-best-way-for-netflix-to-keep-growing>.
- "Merchant or Two-Sided Platform ?", *Review of Network Economics* 2007, vol. 6, n° 2, pp. 115-133.

Hagiu A., Wright J.,

- "Multi-Sided Platforms", *Harvard Business School Working Paper* 2015, n° 15-037.

- “Marketplace or reseller ?”, *Harvard Business School Working Paper*, 2014, n° 13-092.
- Hance O.**, « La notion de l’information en droit. Cadre conceptuel et application au droit communautaire », *Informatica e diritto*, XXXVIII Annata 2012, vol. XXI, n° 1, pp. 7-78.
- Hansen P. G., Jespersen A. M.**, “Nudge and the Manipulation of Choice : A Framework for the Responsible Use of the Nudge Approach to Behaviour Change in Public Policy”, *European Journal of Risk Regulation* 2013, vol. 4, n° 1, pp. 3-28.
- Haquet Ch.**, « Publicité audiovisuelle », *J.-Cl. Communication*, fasc. 4130, 2021.
- Hardouin-Le Goff C.**, « Publicité pour l’alcool », *J.-Cl. Communication*, fasc. 184, 2025.
- Hatchuel A.**, « Les marchés à prescripteurs. Crises de l’échange et genèse sociale », in *L’inscription sociale du marché*, dir. A. Jacob et H. Vérin, L’Harmattan, 1995, pp. 205-225.
- Hennion S.**, « Le partage du secret professionnel à l’ère numérique », *RDSS* 2020, p. 129.
- Hern A., Pegg D.**, “Facebook fined for data breaches in Cambridge Analytica scandal”, *The Guardian*, 11 juill 2018, accessible en ligne : https://www.theguardian.com/technology/2018/jul/11/facebook-fined-for-data-breaches-in-cambridge-analytica-scandal?utm_source=esp&utm_medium=Email&utm_campaign=Morning+briefing&utm_term=280746&subid=24910534&CMP=ema-2793.
- Hesmondhalgh D.**, “Streaming’s Effects on Music Culture : Old Anxieties and New Simplifications”, *Cultural Sociology* 2021, vol. 16, n° 1, pp. 3-24.
- Hildebrandt M.**,
- “Law as Computation in the Era of Artificial Legal Intelligence. Speaking Law to the Power of Statistics”, *University of Toronto Law Journal* 2018, vol. 68, n° 1, pp. 12-35.
 - “Profiling and the rule of law”, *Identity in the Information Society* 2008, vol. 1, pp. 55-70.
- Honorat F.**, « Les influenceurs, nouveaux porte-paroles des marques : contrats, obligations et statut », *Légipresse* 2020, Hors-série n° 3, p. 131.
- Hourdeaux C.**, « Secret(s) et vie privée », in « La vie privée », *Revue Justice & Cassation* 2018, pp. 49-56.
- Houtcieff D.**, « Les plateformes au défi des qualifications », in *L’émergence d’un droit des plateformes*, dir. X. Delpéch, coll. Thèmes & commentaires, Dalloz, 2021, pp. 51-64.
- Hugues M.**, “How the Internet tricked you into thinking Trump wouldn’t win”, *The Next Web*, 9 nov. 2016, accessible en ligne : <https://thenextweb.com/news/internet-tricked-thinking-trump-wouldnt-win>.
- Huttner L.**, « Décisions automatisées : le réveil d’un géant endormi ? », note sous CJUE, 1^{ère} ch., 7 déc. 2023, aff. C-634/21, *Schufa*, CCE 2024, n° 2, étude 3.

Jaegy A., « Mort du président iranien : les origines du hashtag #Helikotlet, partagé par les opposants au régime », *Le Point*, 20 mai 2024, accessible en ligne : https://www.lepoint.fr/monde/mort-du-president-iranien-les-origines-du-hashtag-helikotlet-partage-par-les-opposants-au-regime-20-05-2024-2560721_24.php.

Jeanneret Y., Souchier E.,

- « L'énonciation éditoriale dans les écrits d'écran », *Communication & langages* 2005, vol. 145, pp. 3-15.
- « Pour une poétique de l'écrit d'écran », *Xoana* 1999, n° 6, pp. 97-107.

Jouve S., « Le Code de la propriété intellectuelle comme fondement de l'appropriation de l'information par l'entreprise de communication ? », *Legicom* 2013, p. 9.

Kaminski M. E., «The right to explanation, explained», *Berkeley Technology Law Journal* 2019, vol. 24, pp. 189-218.

Kantrowitz A., «Google Allowed Advertisers to Target People Searching Racist Phrases», *BuzzFeed News*, 15 sept. 2017, accessible en ligne : <https://www.buzzfeednews.com/article/alexkantrowitz/google-allowed-advertisers-to-target-jewish-parasite-black#.meXJ1b865d>.

Karpik L.,

- « Éléments de l'économie des singularités », in *Traité de sociologie économique*, dir. Ph. Steiner, PUF, coll. Quadrige, 2013, pp. 165-169.
- « Dispositifs de confiance et engagements crédibles », *Sociologie du travail* 1996, vol. 38, n° 4, pp. 527-550.
- « L'économie de la qualité », *Revue française de sociologie* 1989, vol. 30, n° 2, pp. 187-210.

Katz D., Stotland E., «A preliminary statement to a theory of attitude structure and change», in *Psychology : A study of a science*, vol. 3, *Formulations of the person and the social context*, S. Koch (Ed.), McGraw-Hill, 1959, pp. 423-475.

Kessous E., Mellet K., Zouinar M., « L'économie de l'attention : entre protection des ressources cognitives et extraction de la valeur », *Sociologie du travail* 2010, vol. 53, n° 3, pp. 359-373.

Kettani G., « Quand l'algorithme écrit le droit : les conséquences de la nouvelle normativité algorithmique », *Dalloz IP/IT* 2022, p. 552.

Klabunde A., « Begriffsbestimmungen », in *Datenschutz-Grundverordnung Bundesdatenschutzgesetz*, E. Ehmann and M. Selmayr (Eds), 2017, p. 7.

Konstan J. A., Riedl L., «Deconstructing Recommender Systems. How Amazon and Netflix predict your preferences and prod you to purchase», *IEEE Spectrum*, 24 sept. 2012, accessible en ligne : <https://spectrum.ieee.org/deconstructing-recommender-systems>.

La Porte (de) X., « Ce que « liker » veut dire », *InternetActu*, 23 sept. 2013, accessible en ligne : <https://www.internetactu.net/2013/09/23/ce-que-liker-veut-dire/>.

La Roche Saint-André (de) E., Rivet (de) S., Clair A., « "Astérix", "Vaincre ou mourir" : ces films ont-ils bénéficié de notes et commentaires truqués sur Allociné ? », *Libération*, 11 févr. 2023, accessible en ligne : https://www.liberation.fr/checknews/asterix-vaincre-ou-mourir-ces-films-ont-ils-beneficie-de-notes-et-commentaires-truques-sur-allocine-20230211_T2QUE5CVSVCHZGGOG35VTRW2WU/.

Lacroux A., Martin-Lacroux C., « L'Intelligence artificielle au service de la lutte contre les discriminations dans le recrutement : nouvelles promesses et nouveaux risques », *Management & Avenir* 2021, vol. 2, n° 122, pp. 121-142.

Lagrange C., « À Lyon, des messages pour motiver à l'effort », *Le Parisien*, 4 août 2019, accessible en ligne : <https://www.leparisien.fr/societe/sante/a-lyon-des-messages-pour-motiver-a-l-effort-04-08-2019-8128533.php>.

Lambrecht M., « L'économie des plateformes collaboratives », *Courrier hebdomadaire du CRISP* 2016/26, n° 2311-2312, pp. 5-80.

Lanotte H., Rossi D., « Information versus persuasion : la controverse autour de l'impact de la publicité sur les préférences des consommateurs », *L'Actualité économique* 2014, vol. 90, n° 1, pp. 47-75.

Larrieu J., « Les frontières de la propriété : les idées », in *Qu'en est-il de la propriété ? L'appropriation en débat*, dir. D. Tomasin, Presses de l'Université Toulouse 1 Capitole, LGDJ-Lextenso Éditions, 2006, pp. 129-145.

Lasbleiz N., « Le contentieux des décisions administratives automatisées », *RFDA* 2025, p. 211.

Latil A., « Droit de l'intelligence artificielle (droit international et européen) », *J.-Cl. Communication*, fasc. 988, 2024.

Laugier S., « Performativité, normativité et droit », *Archives de Philosophie* 2004/4, t. 67, pp. 607-627.

Le Deuff O., « Contrôle des métadonnées et contrôle de soi », *Études de communication* 2011, n° 36, pp. 23-38.

Le Roy M., « Le nouveau droit des plateformes de partage de vidéos », *Légipresse* 2021, p. 205.

Le Tourneau Ph., « Folles idées sur les idées », *CCE* 2001, chron. 4.

Leclercq P., « Essai sur le statut juridique des informations », in *Les flux transfrontaliers de données : vers une économie internationale de l'information*, dir. A. Madec, La Documentation Française, 1982, p. 122.

Legeais D., « Distribution – Principes gouvernant les contrats de distribution », *J.-Cl. Commercial*, fasc. 303, 2021.

Lemarchand S., Barbier M., « Le fournisseur d'hébergement au sens de l'article 14 de la directive 2000/31 et la (nouvelle ?) condition de neutralité », *RLDI* 2009/54, n° 1804, pp. 52-56.

Letrouit C., « Collections, offres de services : prescription ou réponse à la demande ? », in *Les métiers des bibliothèques*, dir. Nathalie Marcerou-Ramel, Éditions du Cercle de la Librairie, coll. Bibliothèques, 2017, pp. 43-51.

Loiseau G.,

- « Injonction de retrait d'un contenu en ligne : l'illicéité doit être certaine », comm. sous Cass. civ. 1^{ère}, 26 févr. 2025, n° 23-16.762, *CCE* 2025, comm. 31.
- « Airbnb n'est pas un service d'intermédiation indissociablement lié à un service de prestation d'hébergement », *CCE* 2020, comm. 12.
- « Plateforme de mise en relation en ligne. Le mystère contractuel des relations triangulaires impliquant une plateforme de mise en relation en ligne », *CCE* 2016, comm. 61.

Loiseau G., Bourgeois M., « Du robot en droit à un droit des robots », *JCP G* 2014, 1231.

Lollia F., « TikTok et la santé mentale des adolescents : les alertes de la recherche », *The Conversation*, 11 juin 2025, accessible en ligne ; <https://theconversation.com/tiktok-et-la-sante-mentale-des-adolescents-les-alertes-de-la-recherche-256833>.

Long X., Sun J., Dai H., Zhang D., Zhang J., Chen Y., Hu H., Zhao B., "Choice Overload Effect in Online Recommender Systems", *Manufacturing & Service Operations Management* 2024, vol. 27, n° 1, pp. 249-268.

Lucas de Leyssac C., « Introduction », *Rev. concurrence et consommation, Droits et marché*, 1999, n° 108, p. 6.

Lucas de Leyssac M.-P., « Une information seule est-elle susceptible de vol ou d'une autre atteinte aux biens ? », *D.* 1985, p. 4.

Lüders M., "Pushing music: People's continued will to archive versus Spotify's will to make them explore", *European Journal of Cultural Studies* 2019, vol. 24, n° 4, pp. 952-969.

Mackaay E., « La possession paisible des idées : toute information doit-elle faire l'objet d'un droit de propriété ? », *Rev. DIT* 1986/2, p. 75.

Maisnier-Boché L.,

- « Consécration de l'anonymisation relative », *CCE* 2025, comm. 97.
- « La CNIL maintient une interprétation rigoriste, malgré les incertitudes au niveau européen », comm. sous CNIL, délib. N° SAN-2024-013, 5 sept. 2024, *Cegedim Santé*, *CCE* 2024, comm. 101.

Maison Rouge (de) O., « Le secret des affaires : la reconnaissance juridique d'un droit de l'information protégée », *Dalloz IP/IT* 2018, p. 659.

Maisonneuve S., « L'économie de la découverte musicale à l'ère numérique. Une révolution des pratiques amateurs ? », *Réseaux* 2019/1, n° 213, pp. 49-81.

Malabat V., « Droit pénal et publicité en faveur des vins. Quelles contraintes et opportunités ? », in dossier « Droit pénal et droit du vin, quelles opportunités et contraintes pour la filière ? », *Dr. et patr.* 2020, n° 304, pp. 18-21.

Malais N., « Prescrire à Babel : prescription et numérisation du patrimoine », *Communication & langages* 2014/1, n° 179, pp. 91-104.

Malgieri G.,

- “Automated decision-making in the EU Member States. The right to explanation and other “suitable safeguards” in the national legislations”, *Computer Law & Security Review* 2019, vol. 35, n° 5, n° 105327.
- “Property and (Intellectual) Ownership of Consumer’s Information. A New Taxonomy for Personal Data”, *Privacy in Germany (PinG)* 2016, n° 4, pp. 133-150.

Mallet-Poujol N.,

- « Plateformes en ligne et modération des contenus : la liberté d’expression à l’épreuve du concept d’évidence », *Légipresse* 2024, p. 348.
- « Appropriation de l’information : l’éternelle chimère », *D.* 1997, p. 330.

Manara C., « Le droit d’auteur contre l’accès à l’information mondiale ? Le cas des moteurs de recherche », *RIDE* 2011/2, t. XXV, pp. 143-164.

Marino L., « Google au pays des publicités : du droit des marques au droit de la responsabilité », *JCP G* 2010, 642.

Marique E., Strowel A., « Gouverner par la loi ou les algorithmes : de la norme générale de comportement au guidage rapproché des conduites », *Dalloz IP/IT* 2017, p. 517.

Markus, J.-P., « Le nudge administratif », *RFDA* 2022, p. 85.

Marly P.-G., « De l’intermédiation à la distribution. Le nouveau livre V du Code des assurances », *JCP A* 2018, 1150.

Martial-Braz N.,

- « La construction prétorienne de la notion de donnée à caractère personnel : entre affirmation personnaliste et approche relative », *CCE* 2025, comm. 89.
- « Le profilage. Fiche pratique », *CCE* 2018, n° 4, p. 69.

Martin L., « La « mauvaise publicité. Sens et contresens d’une censure », *Le Temps des médias* 2004/1, n° 2, pp. 151-162.

Marty F.,

- « Plateformes numériques, algorithmes et discrimination », *Revue de l’OFCE* 2019/4, n° 164, pp. 47-86.
- « Algorithmes de prix, intelligence artificielle et équilibres collusifs », *RIDE* 2017/2, t. XXXI, pp. 83-116.

Mathey N., « L’ubérisation et le droit des contrats : l’immixtion des plateformes dans la relation contractuelle », in *Le droit civil à l’ère numérique, Actes du colloque du Master 2 Droit privé général et du Laboratoire de droit civil, Paris II, 21 avr. 2017*, pp. 9- 13.

Maunier C., « Les communications interpersonnelles, fondement des nouvelles techniques de communication en marketing ? », *La Revue des Sciences de Gestion* 2008/6, n° 234, pp. 85-95.

Maxwell W., Pénard Th., « Quelle régulation pour les plateformes numériques en Europe ? », *Annales des Mines – Réalités industrielles* 2016//3, pp. 42-46.

Mazeau L., « Intelligence artificielle et responsabilité civile : le cas des logiciels d'aide à la décision en matière médicale », *RPPI* 2018, n° 1, dossier 6.

McCarthy J., “What Is Artificial Intelligence”, *Formal Reasoning Group*, 2007, accessible en ligne <http://www-formal.stanford.edu/jmc/whatisai/node1.html>.

McCarthy J., Minsky M. L., Rochester N., Shannon C. E., “A proposal for the Dartmouth summer research project on artificial intelligence”, 31 août 1955.

Méadel C., Musiani F., Farchy J., « Les alchimistes de la parole en ligne : valorisation et ré-intermédiation de l'activité des internautes », *Communication* 2016, vol. 34/1, accessible en ligne : <http://journals.openedition.org/communication/6793>.

Maignan-Idrissi C., Oliviéro M., « Opposabilité d'une doctrine administrative en matière de CIR », comm. sous CAA Paris, 5^{ème} ch., 2 avr. 2024, *Droit fiscal* 2024, comm. 315.

Mekki M., « Les fonctions de la responsabilité civile à l'épreuve du numérique : l'exemple des logiciels prédictifs », *Dalloz IP/IT* 2020, p. 672.

Mellet K., « Aux sources du marketing viral », *Réseaux* 2009/5, n° 157-158, pp. 267-292.

Ménard M., « Systèmes de recommandation de biens culturels. Vers une production de conformité ? », *Les Cahiers du numérique* 2014/1, n° 10, pp. 69-94.

Mendoza I., Bygrave L. A., “The Right Not to be Subject to Automated Decision Based on Profiling”, in *EU Enforcement Law. Regulation and Enforcement*, T.-E. Synodinou et al. (Eds), Springer, 2017, p. 87.

Micheau B., Després-Lonnet M., Cotte D., « La recommandation musicale entre inscriptions documentaires, pratiques sociales, et dispositifs d'écoute », *Études de communication* 2017, vol. 49, pp. 33-56.

Minsky M., “Logical versus Analogical or Symbolic versus Connectionist or Neat versus Scruffy”, *AI Magazine* 1991, vol. 12, n° 2, pp. 34-51.

Mittelstadt B., “From Individual to Group Privacy in Big Data Analytics », *Philosophy & Technology* 2017, vol. 30, pp. 475-494.

Mœglin P., « Des modèles socio-économiques en mutation », in *Les industries de la culture et de la communication en mutation*, dir. Ph. Bouquillion et Y. Combès, L'Harmattan, coll. Questions contemporaines, 2007, pp. 151-162.

Molinier P., Laugier S., « Capitalismes émotionnels », *Multitudes* 2013/1, n° 52, pp. 159-162.

Montaner M., López B., “A Taxonomy of Recommender Agents on the Internet”, *Artificial Intelligence Review* 2003, vol. 19, pp. 285-330.

Montagnini M. L., Verstraete M., “What Makes Data Personal ?”, *UC Davis Law Review* 2023, vol. 56, pp. 1165-1232.

Mantelero A., “From Group Privacy to Collective Privacy. Towards a New Dimension of Privacy and Data Protection in the Big Data Era”, in *Group Privacy. New Challenges of Data Technologies*, L. Taylor et al. (Eds), Springer, Philosophical Studies Series, vol. 126, 2017, pp. 139-158.

Mourby M., Mackey E., Elliot M. J., Gowans H., Wallace S. E., Bell J., Smith H., Aidinlis S., Kaye J., “Are ‘pseudonymised’ data always personal data ? Implications of the GDPR for administrative data research in the UK”, *Computer Law & Security Review* 2018, vol. 34, n° 2, pp. 222-233.

Mouron Ph.,

- « "Consentir ou payer" : le CEPD encadre fermement les offres d'abonnement payant aux réseaux sociaux », *La Revue Européenne des Médias et du Numérique* 2024, n° 71, accessible en ligne : <https://la-rem.eu/2024/12/consentir-ou-payer-le-cepd-encadre-fermement-les-o%ef%ac%80res-dabonnement-payant-aux-reseaux-sociaux/>.
- « De la rumeur aux fausses informations. Remarques sur la proposition de loi relative à la lutte contre la manipulation de l'information », *Légicom* 2018, p. 53.

Mousseron J.-M., « Valeurs, biens, droit », in *Mélanges en hommage à André Breton et Fernand Derrida*, Dalloz, 1991, pp. 277-283.

Mousseron J.-M., Raynard J., Revet Th., « De la propriété comme modèle », in *Mélanges offerts à André Colomer*, Litec, 1993, pp. 281-305.

Munier M., Lalanne V., Ardoy P.-Y., Ricarde M., « Métadonnées & aspects juridiques. Vie privée vs sécurité de l'information », *9^{ème} Conférence sur la sécurité des architectures réseaux et des systèmes d'information (SARSSI'2014)*, Saint-Germain-au-Mont-d'Or, mai 2014.

Musiani F., « Neutralité de l'internet : dépasser les scandales », *Politique étrangère* 2014/4, pp. 57-68.

Musselin C., Paradeise C., « Le concept de qualité : où en sommes-nous ? », in dossier « La qualité », *Sociologie du travail*, juin 2002, vol. 44, n° 2, accessible en ligne : <https://journals.openedition.org/sdt/33108>.

Mutlu N. G. A., “The future of film-making : data-driven movie-making techniques”, *Global Journal of Arts Education* 2020, vol. 10, n° 2, pp. 167-174.

Mutz D. C., Young L., “Communication and Public Opinion : Plus Ça change ?”, *Public Opinion Quarterly* 2011, vol. 75, pp. 1018-1044.

Narayan A., Shmatikov V.,

- “Robust De-Anonymization of Large Sparse Datasets”, *Proceedings of the 2008 IEEE Symposium on Security and Privacy*, pp. 111-125.

- “How to Break the Anonymity of the Netflix Prize Dataset”, *ArVix*, 16 oct. 2006.

Naulin S., « La blogosphère culinaire. Cartographie d'un espace d'évaluation amateur », *Réseaux* 2014/1, n° 183, pp. 31-62.

Ndjock F. N., « La prise de décision dans les réseaux socionumériques. Nouveau champ de recherche en SIC ? », *Les Cahiers du Numérique* 2021/1, vol. 17, pp. 103-122.

Nègre E., « Systèmes de recommandation contextuels : vers une typologie de contexte », *Revue ouverte d'ingénierie des systèmes d'information* 2020, vol. 1, n° 4, accessible en ligne : <https://www.openscience.fr/Systemes-de-recommandation-contextuels-Vers-une-typologie-de-contexte>.

Netter É.,

- « "Payer ou consentir" n'est pas une alternative acceptable. Un clou de plus dans le cercueil de la publicité ciblée », *RTD com.* 2024, p. 337.
- « La publicité ciblée n'est pas "nécessaire" au contrat de réseau social. Le crépuscule d'un modèle d'affaires », *RTD com.* 2023, p. 359.

Nikolov D., Oliveira D. F., Flammini A., Menczer F., “Measuring Online Social Bubbles”, *PeerJ Computer Science* 2015, 1:e38, accessible en ligne : <https://peerj.com/articles/cs-38/>.

O'Reilly T., “What Is Web 2.0. Design Patterns and Business Models for the Next Generation of Software”, *oreilly.com*, 30 sept. 2005, accessible en ligne : <https://www.oreilly.com/pub/a/web2/archive/what-is-web-20.html>.

Ochi P., Rao S., Takayama L., Nass C., “Predictors of user perceptions of web recommender systems : How the basis for generating experience and search product recommendations affects user responses”, *International Journal of Human-Computer Studies* 2010, vol. 68, n° 8, pp. 472-482.

Ohm P., “Broken Promises of Privacy: Responding to the Surprising Failure of Anonymisation”, *UCLA Law Review* 2010, vol. 57, pp. 1701-1777.

Osman F., « Avis, directives, codes de bonne conduite, recommandations, déontologie, éthique, etc. : réflexion sur la dégradation des sources privées du droit », *RTD civ.* 1995, p. 509.

Oufaida H., Nouali O., « Le filtrage collaboratif et le web 2.0 », *Document numérique* 2008/1, vol. 11, pp. 13-35.

Pagano R., Cremonesi P., Larson M., Hidasi B., Tikk D., Karatzoglou A., Quadrana M., “The Contextual Turn : from Context-Aware to Context-Driven Recommender Systems”, in *RecSys'16 : Proceedings of the 10th ACM Conference on Recommender Systems*, ACM, 2016, pp. 249-252.

Paquienséguy F., « Le glissement de la prescription dans les plateformes de recommandation », *Études de communication* 2017, n° 49, pp. 13-32.

Parléani G., « Le « petit commerce » au début du XXI^{ème} siècle », in *Droit et actualité, Études offertes à Jean Béguin*, Litec, 2005, pp. 621-642.

Pasquier D., « Les jugements profanes en ligne sous le regard des sciences sociales », *Réseaux* 2014/1, n° 183, pp. 9-25.

Passa J., « La propriété de l'information : un malentendu ? », *Dr. et patr.* 2001, n° 91, pp. 64-72.

Petkov P., Köbler F., Foth M., Medland R., Krcmar H., “Engaging energy saving through motivation-specific social comparison”, in *Proceedings and Extended Abstracts for the 29th Annual CHI Conference on Human Factors in Computing Systems*, ACM, 2011, pp. 1945-1950.

Pezet J., « #JeanMichelTrogneux : quelle est l'origine de la fake news transphobe visant Brigitte Macron ? », *CheckNews (Libération)*, 15 déc. 2021, accessible en ligne : https://www.liberation.fr/checknews/jeanmicheltrogneux-quelle-est-lorigine-de-la-fake-news-transphobe-visant-brigitte-macron-20211215_VADA3N3GAZDBJESOF2MYYAVEII/.

Pharabod A.-S., Nikolski V., Granjon F., « La mise en chiffres de soi : une approche compréhensive des mesures personnelles », *Réseaux* 2013/1, n° 177, pp. 97-129.

Pontille D., Torny D., « La manufacture de l'évaluation scientifique. Algorithmes, jeux de données et outils bibliométriques », *Réseaux* 2013/1, n° 177, pp. 23-61.

Pucheral Ph., Ancieux N., Behar-Touchais M., Benabou V.-L., Brunaux G., Lefèvre A., Martial-Braz N., Rochfeld J., Sauphanor-Brouillaud N., Schulz B., Sénéchal J., Zolynski C., « Directive Contenu numérique », *CCC* 2017, dossier 3.

Purtova N., “The law of everything. Broad concept of personal data and future of EU data protection law”, *Law, Innovation and Technology* 2018, vol. 10, n° 1, pp. 40-81.

Py B., « Le secret professionnel est-il un droit du patient ? », *RDSS* 2022, p. 225.

Quoniam L., « Du web 2.0 au concept 2.0 », *Les Cahiers du Numérique* 2010/1, vol. 6, pp. 9-11.

Ranaivoson H., “The Internet platforms’ impact on the Diversity of Cultural Expressions : to the Long Tail, and beyond !”, in *Diversity of Cultural Expressions in the Digital Era*, L. Richieri Hanania and A.-T. Norodom (Eds), Teseo Press, 2016, pp. 237-263.

Read M., “Donald Trump Won Because of Facebook”, *New-York Magazine*, 9 nov. 2016, accessible en ligne : <https://nymag.com/intelligencer/2016/11/donald-trump-won-because-of-facebook.html>.

Rebillard F., Smyrniaios N.,

- « Quelle « plateforme » de l'information ? Collusion socioéconomique et dilution éditoriale entre les entreprises médiatiques et les infomédiaires de l'Internet », *Tic & société* 1^{er} semestre - 2^{ème} semestre 2019, vol. 13, n° 1-2, pp. 247-293.
- « Les infomédiaires, au cœur de la filière de l'information en ligne. Les cas de google, wikio et paperblog », *Réseaux* 2010/2, n° 160-161, pp. 163-194.

Reboul-Maupin N., « Le contrat de conseil : l'unité dans la diversité », *AJ Contrat* 2018, p. 56.

Resnick P., Varian H. R., "Recommender Systems", *Communications of the ACM* 1997, vol. 40, n° 3, pp. 56-58.

Ribac F. (dir.), dossier « La prescription culturelle en question », *Territoires contemporains*, juill. 2019, n° 11, accessible en ligne : <http://tristan.u-bourgogne.fr/CGC/publications/prescription-culturelle-question/Francois-Ribac.html>.

Ribac F., « Amateurs et professionnels, gratuité et profits aux premiers temps du Web 2.0 : l'exemple de la blogosphère musicale », *Transposition* 2018/7, accessible en ligne : <http://journals.openedition.org/transposition/2483>.

Rieusset-Lemarié I., « La médiation éditoriale sur internet », *Communication & langages* 2001, vol. 130, pp. 32-46.

Riley J., "Understanding Metadata. What is Metadata and What is it for ?", *NISO* 2017.

Robin A., « Places de marché en ligne – Responsabilité », *J.-Cl. Commercial*, fasc. 827, 2023.

Rochet J-Ch., Tirole J.,

- "Two-Sided Markets : A Progress Report", *The RAND Journal of Economics* 2006, vol. 37, n° 3, pp. 645-667.
- "Platform Competition in Two-Sided Markets", *Journal of the European Economic Association* 2003, vol. 1, n° 4, pp. 990-1029.

Rochfeld J., « L'encadrement des décisions prises par algorithme », *Dalloz IP/IT* 2018, p. 474.

Rochfeld J., Zolynski C., « La « loyauté » des « plateformes ». Quelles plateformes ? Quelle loyauté ? », *Dalloz IP/IT* 2016, p. 520.

Rosenberg M. J., Hovland C. I., "Cognitive, affective and behaviorial components of attitudes", in *Attitude Organization and Change*, M. J. Rosenberg et al. (eds.), Yale University Press, 1960, pp. 1-14.

Rougemont (de) D., « Information n'est pas savoir », *Diogène* 1981, n° 116.

Rouhette Th., Gateau Ch., « Le statut d'hébergeur en Europe, une insécurité juridique née de la difficile adaptation du droit à l'évolution technologique », *RLDI* 2011/72, n° 2399, pp. 59-62.

Rouvière F.,

- « Dix problèmes épistémologiques sur la justice prédictive », *D.* 2021, p. 587.
- « Le revers du principe « différence de nature (égale) différence de régime » », in *Le droit entre autonomie et ouverture, Mélanges en l'honneur de Jean-Louis Bergel*, Bruylant, 2013, pp. 415-448.

Rouvroy A., Berns Th., « Gouvernamentalité algorithmique et perspectives d'émancipation. Le disparate comme condition d'individuation par la relation ? », *Réseaux* 2013/1, n° 177, pp. 163-196.

Rubinstein I. S., Hartzog W., “Anonymization and Risk”, *Washington Law Review* 2016, vol. 91, n° 2, pp. 703-760.

Rysman M., “The Economics of Two-Sided Markets”, *Journal of Economic Perspectives* 2009, vol. 23, n° 3, pp. 125-143.

Sayag A., « L’information légale dans les affaires : quels enjeux ? Quelles évolutions ? », colloque du CREDA, *JCP E* 1994, I, 387.

Schwartz P. M., Solove D. J., “The PII Problem : Privacy and a New Concept of Personally Identifiable information”, *New-York University Law Review* 2011, vol. 86, pp. 1814-1894.

Selbst A. D., Powles J., “Meaningful information and the right to explanation”, *International Data Privacy Law* 2017, vol. 7, n° 4, pp. 233-242.

Sénéchal J.,

- « Vers la consécration d’un service de réseau social non contractuel, non payant et non assorti de publicité comportementale ? », *Dalloz act.* 21 mai 2024.
- « L’IA Act déjà obsolète face aux IA de nouvelle génération ? », *Dalloz act.* 1^{er} févr. 2023.
- « Protection des données : exclusion du contrat comme base licite aux fins de diffusion de publicités comportementales par les services numériques de réseaux sociaux », *Dalloz act.* 18 janv. 2023.
- « Le critère français de la subordination juridique confronté au « contrôle », à « l’influence déterminante » d’un opérateur de plateforme en ligne sur l’activité de ses usagers », *Dalloz IP/IT* 2019, p. 186.
- « Le « courrage » des opérateurs en ligne. Analyse sous le prisme de l’arrêt Uber Systems Spain SL de la Cour de Justice de l’Union européenne », *AJ Contrat* 2018, p. 8.
- « L’opérateur de plateforme en ligne, régulateur économique par fourniture de prestations de services interpersonnelles - Un phénomène complexe à saisir selon trois approches de droit économique transversales et complémentaires », in *Rôle et responsabilité des opérateurs de plateformes en ligne : approche(s) transversale(s) ou approches sectorielles ?*, dir. J. Sénéchal et S. Stalla-Bourdillon, IRJS Éd., coll. Bibliothèque de l’IRJS - André Tunc, t. 91, 2018, pp. 14.
- « La notion de fournisseur de contenu numérique : quel rôle pour les plateformes en ligne ? », *Dalloz IP/IT* 2017, p. 20.
- « La diversité des services fournis par les plates-formes en ligne et la spécificité de leur rémunération, un double défi pour le droit des contrats (1ère partie) », *AJ Contrats d’affaires – Concurrence – Distribution* 2016, p. 79.
- « Le contrat de fourniture de contenu numérique en droit européen et français : une notion unitaire ou duale ? », *Rev. UE* 2015 , p. 442.

Serres A., Ballarini-Santonocito I., « Entretien avec Bernard Stiegler », *Mediadoc* 2009, n° 2.

Sfez L., « Évaluer : de la théorie de la décision à la théorie de l’institution », *Cahiers internationaux de sociologie* 2010/1, n° 128-129, pp. 91-104.

Shannon C. E., “A Mathematical Theory of Communication”, *Bell System Technical Journal* 1948, vol. 27, n° 3, pp. 379-423.

Schoettl J.-É., « L'exploitation des gisements de données administratives », *Gaz. Pal.*, 12-13 janv. 1994, p. 8.

Simon H. A.,

- “Designing Organizations for an Information-Rich World”, in *Computers, Communications and the Public Interest*, M. Greenberger (Ed.), The John Hopkins Press, 1971.
- “A Behaviorial Model of Rational Choice”, *The Quarterly Journal of Economics* 1955, vol. 69, n° 1, pp. 99-118.

Singler É., « Nudge, neurotechnologies et neuromarketing : état de l’art, et retour d’expérience entre le potentiel affiché et leurs limites », *Annales des Mines - Réalités industrielles* 2021/3, pp. 35-38.

Smith M., “The Personal Setting of Public Opinions : A Study of Attitudes Toward Russia”, *Public Opinion Quarterly* 1947, vol. 11, n° 4, pp. 507-523.

Sire G., Rieder B., « Dans les ramifications de l’arbre hypertexte. Analyse des incitations générées par l’opacité du moteur Google », *French Journal for Media Research* 2015/3, accessible en ligne : <https://frenchjournalformediaresearch.com/lodel-1.0/main/index.php?id=468#bodyftn3>.

Solon O.,

- “Cambridge Analytica closing after Facebook data harvesting scandal”, *The Guardian*, 2 mai 2018, accessible en ligne : <https://www.theguardian.com/uk-news/2018/may/02/cambridge-analytica-closing-down-after-facebook-row-reports-say>.
- “Facebook says Cambridge Analytica may have gained 37m more users' data”, *The Guardian*, 5 avr. 2018, accessible en ligne : <https://www.theguardian.com/technology/2018/apr/04/facebook-cambridge-analytica-user-data-latest-more-than-thought>.

Souchier E., « L’image du texte pour une théorie de l’énonciation éditoriale », *Les Cahiers de Médiologie* 1998/2, n° 6, pp. 137-145.

Souchier E., Candel E., Gomez-Mejia G., Jeanne-Perrier V., « Le formatage, c’est du pouvoir », in *Le numérique comme écriture. Théories et méthodes d’analyse*, Armand Colin, 2019, pp. 159-191.

Spindler G., Schmechel Ph., “Personal Data and Encryption in the European General Data Protection Regulation”, *Journal of Intellectual Property, Information Technology and Electronic Commerce Law* 2016, vol. 7, n° 2, pp. 163-177.

Spulber D. F.,

- “The Economics of Markets and Platforms”, *Journal of Economics & Management Strategy* 2019, vol. 28, n° 1, pp. 159-172.
- “Market Microstructure and Intermediation”, *Journal of Economic Perspectives* 1996, vol. 10, n° 3, pp. 135-152.

Stalla-Bourdillon S., Knight A., “Anonymous Data v. Personal Data – A False Debate. An EU Perspective on Anonymization, Pseudonymization and Personal Data”, *Wisconsin International Law Journal* 2017, vol. 34, n° 2, pp. 284-322.

Steiner Ph., « Le marché selon la sociologie économique », *Revue Européenne des Sciences Sociales* 2005, n° 132, pp. 31-64.

Stenger Th.,

- « La prescription ordinaire : dynamique de l'action collective sur les réseaux socionumériques », *Hermès* 2011, n° 59, pp. 125-132.
- « Les processus de décision d'achat de vin par Internet : entre recherche d'information et prescription en ligne », *Décisions Marketing* 2008, n° 49, pp. 59-70.
- « Prescription et interactivité dans l'achat en ligne », *Revue Française de Gestion* 2007/4, n° 173, pp. 131-144.
- « La prescription dans le commerce en ligne : proposition d'un cadre conceptuel issu de la vente de vin par Internet », *Revue Française du Marketing* 2006, n° 209, pp. 71-85.

Stenger Th., Coutant A., « La prescription ordinaire sur les réseaux socionumériques. Un moteur pour l'activité en ligne », colloque Médias 09, Université Aix-Marseille, 13-14 déc. 2009.

Steppe R., « Tarification algorithmique et collusion tacite en vertu du droit de la concurrence », *RIDE* 2019/3, t. XXXIII, pp. 347-361.

Stigler G. J., “The Economics of Information”, *The Journal of Political Economy* 1961, vol. 69, n° 3, pp. 213-225.

Sweeney L.,

- “Discrimination in Online Ad Delivery”, *Communications of the ACM* 2013, vol. 56, n° 5, pp. 44-54.
- “Weaving Technology and Privacy Together to Maintain Confidentiality”, *Journal of Law, Medicine and Ethics* 1997, vol. 25, pp. 98-110.

Tardif N., Murguet E., « Classement, référencement et plateformes : les outils de prévention et de répression », *Dalloz IP/IT* 2023, p. 568.

Teller M., « Vers l'acceptabilité sociale des algorithmes ou comment passer de l'“algocratie” à la démocratie algorithmique », *RPPI* 2022, n° 1, dossier 6.

Terré F., « Être ou ne pas être... responsable : à propos des prestataires de services par internet », *JCP* 2011, I, 1175.

Thaler R. H., “Nudge, not sludge”, *Science* 2018, vol. 361, n° 6401, p. 431.

Thérenty M.-È., « La réclame de librairie dans le journal quotidien au XIX^{ème} siècle : autopsie d'un objet textuel non identifié », *Romantisme* 2012/1, n° 155, pp. 91-103.

Thibierge C., « Le droit souple. Réflexions sur les textures du droit », *RTD civ.* 2003, p. 599.

Thioye M., « Avant-propos », in *L'intermédiation professionnelle. De la découverte d'une myriade de droits spéciaux (patents) à la recherche d'un authentique droit commun (latent)*, dir. M. Thioye, Presses de l'Université de Toulouse Capitole, coll. Actes de colloques de l'IFR, 2019, pp. 5-6.

Treppoz E., « “La nouvelle Eve” au “Paradis” du droit d’auteur, suite et fin ! », *D.* 2009, p. 266.

Trudel P., « La neutralité d’Internet au Canada », *Repères*, août 2016, EYB2016REP2023.

Tual M., Signoret P., « Facebook : cinq moments forts de l’audition de Mark Zuckerberg devant le Sénat américain », *Le Monde*, 11 avr. 2018, accessible en ligne : https://www.lemonde.fr/pixels/article/2018/04/11/facebook-cinq-moments-forts-de-l-audition-de-mark-zuckerberg-devant-le-senat-americain_5283968_4408996.html.

Tufekci Z., “YouTube, The Great Radicalizer”, *The New-York Times*, 12 mars 2018, accessible en ligne : <https://www.nytimes.com/2018/03/10/opinion/sunday/youtube-politics-radical.html>.

Turcan M., « Google bombing : le mot « idiot » est associé aux photos de Donald Trump », *Numerama*, 20 juill. 2018, accessible en ligne : <https://www.numerama.com/politique/395963-google-bombing-le-mot-idiot-est-associe-aux-photos-de-donald-trump.html>.

Turing A., “Computing Machinery and Intelligence”, *Mind* 1950, vol. LIX, n° 236, pp. 433-460.

Tusseau G., « Critique d’une métanotion fonctionnelle. La notion (trop) fonctionnelle de “notion fonctionnelle” », *RFDA* 2009, p. 641.

Tversky A., Kahneman D., “The framing of decisions and the psychology of choice”, *Science* 1981, vol. 211, n° 4481, pp. 453-458.

Untermaier-Kerléo E., « Les nouveaux visages de la décision administrative : d’une administration assistée à une administration automatisée », *JCP G* 2018, 2239.

Urfalino Ph., « La décision fût-elle jamais un objet sociologique ? », document de travail, 2005, accessible en ligne : <http://deey.free.fr/documents/Documents%20Citoyennete,%20Espace%20et%20Politique%20publique/D%C3%A9cision%20objet%20sociologique.pdf>.

Valaskakis K., “Informediation” and the quality of life a conceptual framework for the assessment of the human implication of the information revolution”, *Projet Gamma*, 1982.

van Cleynenbreugel P., *Plateformes en ligne et droit de l’Union européenne. Un cadre juridique aux multiples visages*, Bruylant, coll. Manuels, 2021.

Vayre J.-S., « Une histoire de machines à recommander des biens de consommation : de l’Internet documentaire à l’Internet des données », *Études de communication* 2017, n° 49, pp. 89-106.

Vergara F., « Smith, la « main invisible » et le libre-échange », *L'Économie Politique* 2018/1, n° 77, pp. 101-112.

Vergnolle S., « Les plateformes en ligne – Le règlement sur les services numériques (DSA) », *J.-Cl. Europe Traité*, fasc. 1245, 2025.

Vernette É., « Le renouveau des leaders d'opinion en marketing », in *Le Management. Fondements et renouvellements*, dir. G. Schmidt, éd. Sciences Humaines, 2008, pp. 68-81.

Verny E., « La notion de secret professionnel », *RDSS* 2015, p. 395.

Vitali-Rosati M., « Pour une théorie de l'éditorialisation », *Humanités numériques* 2020/1, n° 51, accessible en ligne : <http://journals.openedition.org/revuehn/371>.

Vivant M.,

- « Responsabilité des intermédiaires techniques de l'Internet : l'obscur clarté d'un droit sans boussole apparente », in *Mélanges Y. Pouillet. Droit, normes et libertés dans le cybermonde*, Larcier, 2018, pp. 319-331.
- « La privatisation de l'information par la propriété intellectuelle », *RIDE* 2006/4, t. XX, 4 pp. 361-388.
- « Savoir et avoir », in *La mondialisation entre illusion et utopie*, *APD*, t. 47, 2003, pp. 333-353.
- « Recueils, bases, banques de données, compilations, collections... : l'introuvable notion ? », *D.* 1995, p. 197.

Wachter S., Mittelstadt B., “A Right to Reasonable Inferences : Re-Thinking Data Protection Law in the Age of Big Data and AI”, *Columbia Business Law Review* 2019, n° 2, pp. 494-620.

Walravens-Mardaescu N., « De l'art conceptuel comme création et sa protection par le droit d'auteur », *RIDA* 2009, n° 220, pp. 5-79.

Werk C., « La notion d'attitude », *Revue Française du Marketing* 1968, n° 26, pp. 31-44.

Wicker G., « De la survie des fonctions de la cause. Ébauche d'une théorie des motifs », *D.* 2020, p. 1906.

Wolton D., « Information et communication : urgence théorique », *Hermès* 2018/3, n° 82, pp. 10-18.

Wu T.,

- “Network Neutrality, Broadband Discrimination », *Journal of Telecommunications and High Technology Law* 2003, vol. 2, pp. 141-176.
- “Network Neutrality FAQ”, *timwu.org*, accessible en ligne : http://www.timwu.org/network_neutrality.html.

Yakowitz Y., “Tragedy of the Data Commons”, *Harvard Journal of Law & Technology* 2011, vol. 25, n° 1, pp. 1-67.

Yeung K., “Hypermudge : Big Data as a mode of regulation by design”, *Information, Communication & Society* 2017, vol. 20, n° 1, pp. 118-136.

Yu-Lin K., “Christopher Wylie: The whistleblower in the Cambridge Analytica scandal”, *The Straits Times*, 21 mars 2018, accessible en ligne : <https://www.straitstimes.com/world/united-states/christopher-wylie-the-whistleblower-in-the-cambridge-analytica-scandal>.

Zech H., “A legal framework for a data economy in the European Digital Single Market : rights to use data”, *Journal of Intellectual Property Law & Practice* 2016, vol. 11, n° 6, pp. 460-470.

Zenati F., « L’immatériel et les choses », in *Le droit et l’immatériel*, APD, t. 43, 1999, pp. 79-95.

Zinty S., « Droit des plateformes numériques. Le cadre de la relation entre la plateforme et les usagers », *J.-Cl. Commercial*, fasc. 871, 2019.

Zolynski C.,

- « La place du règlement (UE) 2018/1807 dans la construction du droit des données de l’Union européenne », *Dalloz IP/IT* 2020, p. 429.
- « La loyauté des plateformes, ou comment articuler réglementation, co-régulation et inter-régulation », in *Les conséquences juridiques de l’ubérisation de l’économie. Actes des journées du 12, 13 et 14 octobre 2016*, dir. M. Behar-Touchais, IRJS Éditions, coll. Bibli. Institut de Recherche Juridique de la Sorbonne – André Tunc, t. 89, 2017.

Zuiderveen Borgesius F., “Singling out people without knowing their names. Behavioural targeting, pseudonymous data, and the new Data Protection Regulation”, *Computer Law & Security Review* 2016, vol. 32, n° 2, pp. 256-271.

Zuiderveen Borgesius F., Trilling D., Möller J., Bodo B., de Vreese C., Helberger N., “Should we worry about filter bubbles ?”, *Internet Policy Review* 2016, vol. 5, n° 1, accessible en ligne : <https://policyreview.info/articles/analysis/should-we-worry-about-filter-bubbles>.

§4. Rapports, études et avis

ACLU of California, *Metadata. Piecing Together a Privacy Solution*, 2014.

ADLC, obs. relatives au projet de loi pour une République numérique, 10 nov. 2015.

Amnesty International, *Poussé(e)s vers les ténèbres. Comment le fil « pour toi » encourage l’automutilation et les idées suicidaires*, nov. 2023.

AN,

- rapp. n° 1770 de la commission d’enquête sur les effets psychologiques de TikTok sur les mineurs présidée par A. Delaporte, 4 sept. 2025.
- rapp. n° 1674 de P. Midy sur le projet de loi visant à sécuriser et réguler l’espace numérique, 21 sept. 2023.
- rapp. n° 3902, Sénat, rapp. n° 743, rapp. de L. Belot et de Ch.-A. Frassa sur les dispositions restant en discussion du projet de loi pour une République numérique, 29 juin 2016.
- rapp. n° 3399 de L. Belot sur le projet de loi pour une République numérique, 15 janv. 2016.

ARCEP,

- *Rapport au Parlement et au Gouvernement sur la neutralité de l'internet*, sept. 2012.
- *Neutralité de l'internet et des réseaux. Propositions et recommandations*, sept. 2010.

ARPP,

- Recommandation « Identification de la publicité des communications commerciales », 21 mai 2025 (mise à jour).
- Recommandation « Communication publicitaire numérique V5 », 1^{er} janv. 2022.

Benabou V.-L. (prés.), *Droit de la propriété littéraire et artistique, données et contenus numériques*, rapp. présenté au CSPLA, sept. 2018.

Benabou V.-L., Farchy J. (prés.), *Les dispositifs de recommandation des œuvres audiovisuelles et musicales sur les services en ligne*, rapp. de mission à l'attention du CSPLA, déc. 2021.

Benabou V.-L. Benabou, Farchy J., Méadel C. (prés.), *Le référencement des œuvres sur Internet*, rapp. du CSPLA, juill. 2013.

Bensamoun A., Farchy J. (prés.), *Intelligence artificielle et culture*, rapp. CSPLA, janv. 2020.

Berger G. (prés.), *La loi relative à la lutte contre le tabagisme et l'alcool*, rapp. d'évaluation, oct. 1999.

Cavoukian A., *A Primer on Metadata : Separating Fact from Fiction*, Information and Privacy Commissioner, Ontario, Canada, 2013.

Cavoukian A., El Emam K., "Dispelling the Myths Surrounding De-Identification. Anonymization Remains a Strong Tool for Protection Privacy", *Cyber Security Research Institute*, juin 2011, accessible en ligne : <https://www.csri.info/wp-content/uploads/2012/08/anonymization.pdf>.

Center for Countering Digital Hate, *Deadly by Design*, déc. 2022.

Centre européen des consommateurs, « Les avis sur Internet : comment leur faire confiance ? », 20 juin 2022, accessible en ligne : <https://www.europe-consommateurs.eu/achats-internet/les-avis-en-ligne.html>.

Centre National de la Musique, *Manipulation des écoutes en ligne*, Direction des études et de la prospective, 2021.

CEPD,

- *Avis 08/2024 sur la validité du consentement dans le cadre des modèles « consentir ou payer » mis en place par les grandes plateformes en ligne*, 17 avr. 2024.
- *Lignes directrices 02/2021 sur les assistants virtuels*, version 2.0, 2021.
- *Lignes directrices 5/2020 sur le consentement au sens du règlement (UE) 2016/679*, version 1.1, 4 mai 2020.
- *Observations sur une proposition de règlement du Parlement européen et du Conseil concernant un cadre applicable à la libre circulation des données à caractère non personnel dans l'Union européenne*, 8 juin 2018.

CNIL,

- *A votre écoute. Exploration des enjeux éthiques, techniques et juridiques des assistants vocaux*, Livre blanc, 2020.
- *Comment permettre à l'Homme de garder la main ? Les enjeux éthiques des algorithmes et de l'intelligence artificielle*, synthèse du débat public animé par la CNIL dans le cadre de la mission de réflexion éthique confiée par la loi pour une République numérique, 2017.
- *La publicité en ligne*, rapp. M. Peyrat, 5 févr. 2009.

CNNum,

- *Ambition numérique. Pour une politique française et européenne de la transition numérique*, rapp. remis au Premier Ministre, juin 2015.
- *Neutralité des plateformes. Réunir les conditions d'un environnement numérique ouvert et soutenable*, mai 2014.

Commissariat à la protection de la vie privée du Canada, *Métadonnées et vie privée : un aperçu technique et juridique*, oct. 2014.

Commission de réflexion et de propositions sur le droit et les libertés à l'âge du numérique (prés. C. Féral-Schuhl et C. Paul), *Rapport d'information déposé par la commission de réflexion et de propositions sur le droit et les libertés à l'âge du numérique*, 2015.

Commission européenne,

- *Annexes to the Communication from the Commission to the European Parliament, the Council, the European Economic and Social, Commission Work Program 2025*, COM(2025) 45 final, 11 févr. 2025.
- *Behavioural study on unfair commercial practices in the digital environment : dark patterns and manipulative personalization : final report*, 2022.
- *Orientations concernant l'interprétation et l'application de la directive 2005/29/CE du PE et du Conseil relative aux pratiques commerciales déloyales des entreprises vis-à-vis des consommateurs dans le marché intérieur*, JOUE 2021/C 526/01, 29 déc. 2021.
- *Commission Staff Working Document, Impact Assessment accompanying the Proposal for a Regulation of the European Parliament and of the Council on a Single Market for Digital Services (Digital Services Act) and amending Directive 2000/31/CE*, SWD(2020) 348 final, 15 déc. 2020.
- *Lignes directrices relatives au règlement concernant un cadre applicable au libre flux des données à caractère non personnel dans l'Union européenne*, COM(2019) 250 final, 29 mai 2019.
- *Lignes directrices concernant la transparence en matière de classement conformément au règlement (UE) 2019/1150 du Parlement européen et du Conseil*, JOUE C 424/1, C/2020/8579, 8 déc. 2020.
- *White Paper on Artificial Intelligence. A European approach to excellence and trust*, COM(2020) 65 final, 19 févr. 2020.
- *Les plateformes en ligne et le marché unique numérique - Perspectives et défis pour l'Europe*, COM(2016) 288 final, 25 mai 2016.
- *Communication interprétative de la Commission relative à certains aspects des dispositions de la directive « Télévision sans frontières » concernant la publicité télévisée*, JOUE C 102/2, 28 avr. 2004.

Conseil d'État,

- *Intelligence artificielle et action publique : construire la confiance, servir la performance*, Étude à la demande du Premier ministre, 2022.
- *Étude annuelle 2022. Les réseaux sociaux : enjeux et opportunités pour la puissance publique*, La Documentation Française, 2022.
- *Étude annuelle 2017. Puissance publique et plateformes numériques : accompagner l'« ubérisation »*, La Documentation française, 2017.
- *Étude annuelle 2014. Le numérique et les droits fondamentaux*, La Documentation Française, 2014.

Conseil de l'Europe, *Algorithmes et droits humains. Étude sur les dimensions des droits humains dans les techniques de traitement automatisé des données et éventuelles implications réglementaires*, Comité d'experts sur les intermédiaires d'internet (MSI-NET), DGI (2017)12, 2018.

CSA,

- Recommandation n° 2019-03 du 15 mai 2019 aux opérateurs de plateforme en ligne dans le cadre du devoir de coopération en matière de lutte contre la diffusion de fausses informations.
- « Observations relatives à la promotion croisée entre médias audiovisuels », 12 déc. 2018, accessible en ligne : <https://www.csa.fr/Reguler/Espace-juridique/Les-textes-adoptes-par-l-Arcom/Les-decisions-du-CSA/Observations-relatives-a-la-promotion-croisee-entre-medias-audiovisuels>.
- « Consultation publique sur la promotion croisée entre médias », 11 oct. 2017, accessible en ligne : <https://www.csa.fr/Reguler/Espace-juridique/Les-textes-adoptes-par-l-Arcom/Les-decisions-du-CSA/Consultation-publique-sur-la-promotion-croisee-entre-medias>.
- *Plateformes et accès aux contenus audiovisuels. Quels enjeux concurrentiels et de régulation*, sept. 2016.

EDPB,

- *Guidelines 3/2025 on the interplay between the DSA and the GDPR*, version 1.1, 11 sept. 2025.
- *Guidelines 1/2024 on processing of personal data based on Article 6 (1) (f) GDPR*, version 1.0, 8 oct. 2024.
- *Guidelines 03/2022 on deceptive design patterns in social media platform interfaces : how to recognize and avoid them*, 2023.
- *Lignes directrices 8/2020 sur le ciblage des utilisateurs de médias sociaux*, version 2.0, 13 avr. 2021.
- *Lignes directrices 4/2020 relatives à l'utilisation de données de localisation et d'outils de recherche de contacts dans le cadre de la pandémie de COVID-19*, 21 avr. 2020.
- *Endorsment 1/2018*, 25 mai 2018.

EDPB et CEPD, *Avis conjoint 05/2021 sur la proposition de règlement du Parlement européen et du Conseil établissant des règles harmonisées concernant l'intelligence artificielle (législation sur l'intelligence artificielle)*, 2021.

EDPB et EDPS, *Joint Opinion 03/2021 on the Proposal for a regulation of the European Parliament and of the Council on European data governance (Data Governance Act)*, 9 juin 2021.

EDPS, *Avis 10/2017 sur les garanties et dérogations prévues à l'article 89 du RGPD dans le cadre d'une proposition de règlement concernant les statistiques intégrées sur les exploitations agricoles*, 20 nov. 2017.

Filistrucchi L., Gerardin D., van Damme E. E. C., Keunen S., Klein T. J., Michielsen T. O., Wileur J., *Mergers in Two-Sided Markets. Report to the NMa*, 2010.

G29,

- *Guidelines 2/2023 on Technical Scope of Art. 5(3) of ePrivacy Directive*, version 2.0, 7 oct. 2024.
- *Lignes directrices relatives à la prise de décision individuelle automatisée et au profilage aux fins du règlement (UE) 2016/679*, WP 251 rev. 01, 17/FR, 6 févr. 2018.
- *Guidelines on the right to portability*, WP 242 rev. 01, 16/EN, 5 avr. 2017.
- *Avis 05/2014 sur les techniques d'anonymisation*, 0829/14/FR, WP 216, 10 avr. 2014.
- *Avis 06/2014 sur la notion d'intérêt légitime poursuivi par le responsable du traitement des données au sens de l'article 7 de la directive 95/46/CE*, WP 217, 844/14/FR, 9 avr. 2014.
- *Advice Paper on Special Categories of Data ("sensitive data")*, 4 avr. 2011.
- *Avis 2/2010 sur la publicité comportementale en ligne*, 00909/10/FR WP 171, 22 juin 2010.
- *Avis 4/2007 sur le concept de données à caractère personnel*, 01248/07/FR, WP 136, 20 juin 2007.

Groupe d'experts de haut niveau sur l'intelligence artificielle, *Lignes directrices en matière d'éthique pour une IA digne de confiance*, 2019.

JDP,

- avis du 4 juin 2025, n° 1059/25, *Anyone-Genantsmère*, accessible en ligne : <https://www.jdp-pub.org/avis/anyone-genantsamere-internet/>.
- avis du 5 janv. 2022, n° 788/21, *Arry Boujenah/Maeva Ghennam*, accessible en ligne : <https://www.jdp-pub.org/avis/arry-boujenah-maeva-ghennam-internet-plainte-fondee/>.

LINC, *La forme des choix. Données personnelles, design et frictions désirables*, Cahier IP n° 6, 2019.

Ministère de la Culture et des Communications du Québec, Ministère de la Culture de France, *Rapport de la mission franco-québécoise sur la découvrabilité en ligne des contenus culturels francophones*, 2020.

Mission de régulation des réseaux sociaux, *Créer un cadre français de responsabilisation des réseaux sociaux : agir en France avec une ambition européenne*, rapport remis au Secrétaire d'Etat en charge du numérique, mai 2019.

Moeller J., Helberger N., *Beyond the filter bubble. Concepts, myths, evidence and issues for debate*, Université d'Amsterdam, 2018.

Observatoire de la Culture et des Communications du Québec, *État des lieux sur les métadonnées relatives aux contenus culturels*, Institut de la statistique du Québec, Gouvernement du Québec, oct. 2017.

OCDE,

- *Dark commercial patterns*, n° 336, oct. 2022.
- *L'intelligence artificielle dans la société*, 2019.

Rapp. d'information de D. Fasquelle et V. Faure-Muntian déposé en application de l'article 145 du règlement par la commission des affaires économiques de l'AN, en conclusion des travaux d'une mission d'information sur les plateformes numériques, n° 3127, 24 juin 2020.

Rapp. d'information de C. Morin-Desailly, *L'Union européenne, colonie du monde numérique ?*, rapp. fait au nom de la commission des affaires européennes, n° 443 (2012-2013), 20 mars 2013.

Tchéhouali D., Plamondon J., *Données d'usage et usage des données à l'ère des plateformes. De la nécessité d'un encadrement réglementaire pour une meilleure affirmation de notre souveraineté numérique*, ISOC Québec, Coalition pour la Culture et les Médias (CCM), 2019.

Villani C., *Donner un sens à l'intelligence artificielle. Pour une stratégie nationale et européenne*, rapp. remis au Premier ministre, 2018.

Zolynski C. (prés.), *Les assistants vocaux et les autres agents conversationnels*, rapp. du CSPLA, déc. 2022.

Zuiderveen Borgesius F. J., *Discrimination, Artificial Intelligence, and Algorithmic Decision-Making*, étude pour le Conseil de l'Europe, 2018.

§5. Table des décisions, arrêts, jugements avec notes

A. Juridictions françaises

1. Juridictions de l'ordre judiciaire

T. civ. Marseille, 11 avr. 1957 : *D.* 1957, p. 36.

T. com. Paris, 13 mai 2005, *UFC Que choisir c/ Sté Casino* : *Gaz. Pal.* 2005, 2, somm., p. 3538.

TJ Paris, 24 nov. 2020, *Association CLCV c/ Be Labo* : CCE 2021, étude 13, comm. Ch. Gateau et P. Faron.

TGI Paris, 3^{ème} ch., 3^{ème} sect., 10 janv. 2020, *Lafuma Mobilier c/ Alibaba et autres* : Dalloz IP/IT 2020, p. 388, obs. E. Derieux.

TGI Paris, 17^{ème} ch., 25 sept. 2019, n° 18/00402 : CCE 2019, comm. 70, obs A. Lepage.

TGI Paris, 3^{ème} ch., 2^{ème} sect., 28 juin 2019, *Jansport Appareil c/ Cdiscount*.

TGI Paris, 3^{ème} ch., 1^{ère} sect., 12 janv. 2017, *Vitra Patente AG c/ La Redoute*.

TGI Paris, réf., 24 janv. 2013, n° 13/50262, n° 13/50276, *UEJF et a. c/ Twitter Inc. et Sté Twitter France* : RLDI 2013, n° 90, obs. E. Derieux ; D. 2013, p. 300, obs. C. Manara ; CCE 2013, comm. 58, obs. A. Lepage ; *Légipresse* 2013, p. 235, note N. Mallet-Poujol.

TGI Paris, 4^{ème} sect., 13 sept. 2012, n° 09/19255, *TF1 et a. c/ Dailymotion* : CCE 2012, comm. 122, note A. Debet ; RLDI 2012/88, n° 2948, note B. Vandeveld.

TGI Paris, 17^{ème} ch., 25 janv. 2002 : *Légipresse* 2002, n° 191, I, p. 35.

TGI Paris, 10^{ème} ch. corr., 26 mai 1987 : D. 1988, somm. p. 201, obs. C. Colombet.

CA Aix-en-Provence, 21 sept. 2023, ch. 1-7, n° 21/14093.

CA Paris, 3 janv. 2023, n° 20/08067, *Sté Airbnb Ireland Unlimited Company c/ M. B. et U. P.* : CCE 2023, comm. 23, obs. G. Loiseau.

CA Paris, pôle 2, ch. 7, 31 mars 2021, n° 19/19081 : D. 2022, p. 872, obs. C. Le Magueresse ; *Légipresse* 2022, p. 253, obs. N. Mallet-Poujol ; JCP G 2021, p. 517, note E. Derieux ; CCE 2021, comm. 45, obs. A. Lepage.

CA Paris, pôle 2, ch. 2, 13 déc. 2018, n° 17/03352 : *Légipresse* 2020, p. 42, note E. Andrieu.

CA Paris, pôle 5, 1^{ère} ch., 2 déc. 2014, n° 13/08052 , *TF1 et a. c/ Dailymotion et a.* : *Gaz. Pal.* 5 mars 2015, n° 64, p. 20, note L. Marino.

CA Paris, 12 juin 2013, n° 13/06106, *UEJF c/ Twitter* : D. 2013, p. 1614, obs. C. Manara ; *ibid.*, 2013, p. 2487, obs. J. Larrieu, C. Le Stanc et P. Tréfigny.

CA Paris, pôle 5, 1^{ère} ch., 26 janv. 2011, n° 08/13423, *SAIF c/ Google* : *Propri. Intell.* 2011, p. 201, obs. A. Lucas.

CA Paris, pôle 5, ch. 2, 3 sept. 2010, n° 08/12821, *eBay Inc, eBay International c/ Christian Dior Couture*.

CA Reims, ch. civ., 1^{ère} sect., 20 juill. 2010, n° 08/01519, *eBay France et International c/ Hermès International et a.*

CA Paris, ch. 5, sect. B, 19 mars 2009.

CA Colmar, 7 mai 2008, n° 08/02047 : *JCP E* 2008, 2499, note L. Arcelin ; *D.* 2008, p. 1401, note C. Rondey et p. 1964, note G. Rousset ; *CCC* 2008, comm. 188, obs. M. Malaurie-Vignal ; *Propri. industr.* 2008, comm. 72, note J. Schmidt-Szalewski.

CA Aix-en-Provence, 1^{ère} ch. B, 11 oct. 2007, *UFC Que choisir Quimper c/ Sté Promondo* : *CCC* 2008, comm. 52, note G. Raymond.

CA Paris, 4^{ème} ch., 28 juin 2006 : *CCE* 2006, comm. 120, note Ch. Caron ; *D.* 2006, p. 2610, note B. Edelman ; *RLDI* 2006/19, n° 558, comm. N. Walravens.

CA Paris, 25 avr. 2003.

CA Paris, 14^{ème} ch. B, 13 mars 1986, *Syigma c/ Christo* : *D.* 1987, somm. p. 150, obs. C. Colombet ; *Gaz. Pal.* 1986, 1, doct. 277, note Ph. Bertin.

CA Aix-en-Provence, 13 févr. 1980 : *D.* 1980, p. 618, note G. Endréo.

CA Paris, 4^{ème} ch., 20 déc. 1974, *Sté Éditions du Seuil et Docteur Pradal c/ Sté Laboratoires Delalande* : *D.* 1975, jurispr. p. 312, concl. P. Franck et note R. Lindon ; *JCP G* 1975, II, 18056, note D. Nguyen Thanh-Bourgeois ; *RDSS* 1975, p. 187, obs. J.-M. Auby ; *Gaz. Pal.* 1975, 1, doct. p. 107, note J.-C. Fourgoux.

Cass. com., 1^{er} juin 2022, n° 20-21.744 : *Légipresse* 2023, p. 241, étude N. Mallet-Poujol ; *CCE* 2022, comm. 58, obs. G. Loiseau.

Cass. civ. 1^{ère}, 11 mai 2022, n° 21-16.497 : *D.* 2022, p. 1071, note Ch. Bigot ; *D.* 2023, p. 137, obs. E. Dreyer ; *Gaz. Pal.* 6 sept. 2022, p. 65, étude S. Lavric.

Cass. soc., 25 nov. 2020, n° 17-19.523 : *RLDI* 2020/176, n° 5985, obs. L. Costes ; *CCE* 2021, comm. 7, note A. Debet ; *JCP G* 2021, n° 159, note B. Bossu.

Cass. civ. 1^{ère}, 20 mai 2020, n° 19-12.278 : *Dr. pén.* 2020, comm. 158, note J.-H. Robert.

Cass. soc. 4 mars 2020, n° 19-13.316, *Uber France* : *AJ Contrat* 2020, p. 227, obs. Th. Pasquier ; *Dr. soc.* 2020, p. 374, obs. P.-H. Antonmattei ; *RDT* 2020, p. 328, obs. L. Willocx.

Cass. com., 7 mai 2019, n° 17-19.968.

Cass. soc. 28 nov. 2018, n° 17-20.079, *Take Eat Easy* : *AJ Contrat* 2019, p. 46, obs. L. Gamet ; *Dr. soc.* 2019, p. 185, obs. C. Radé ; *RDT* 2019, p. 36, obs. M. Peyronnet ; *Dalloz IP/IT* 2019, p. 186, obs. J. Sénéchal ; *RDSS* 2019, p. 170, obs. M. Badel ; *RDC* 2019/3, p. 40, obs. J. Huet .
Cass. crim., 21 févr. 2017, n° 15-87.688 : *Légipresse* 2017, p. 147, note E. Andrieu ; *Dr. pén.* 2017 , comm. 58, note J.-H. Robert.

Cass. civ. 3^{ème}, 19 janv. 2017, n° 15-25.283 : *RDI* 2017, p. 151, obs. Ph. Malinvaud.

Cass. civ. 1^{ère}, 3 nov. 2016, n° 15-22.595 : *JCP G* 2016, 1310, note R. Perray.

Cass. crim., 25 oct. 2016, n° 15-84.730.

Cass. civ. 1^{ère}, 28 sept. 2016, n° 15-17.033 : *JT* 2016, n° 191, p. 10, note X. Delpech ; *D.* 2017, p. 341, obs. Ch. Lachière ; *ibid.*, p. 24, obs. Ph. Brun.

Cass. com., 21 juin 2016, n° 14-22.710 : *Propr. industr.* 2016, comm. 64, note J. Larrieu.

Cass. com., 21 juin 2016, n° 14-22.709 : *CCC* 2016, comm. 225, obs. S. Bernheim-Desvaux ; *D.* 2016, pan. 2484, obs. Y. Serra.

Cass. com., 14 juin 2016, n° 14-16.769 : *RTD com.* 2016, p. 533, note B. Bouloc.

Cass. crim., 18 mai 2016, n° 15-80.922, Bull. crim. n° 151 : *JCP G* 2016, 714, note J.-M. Brigant ; *Dr. pén.* 2016, comm. 113, obs. J.-H. Robert ; *Légipresse* 2016, p. 549, note L. François.

Cass. crim., 13 janv. 2016, n° 14-84.072 : *Dr. pén.* 2016, comm. 48, obs. J.-H. Robert.

Cass. civ. 1^{ère}, 1er juill. 2015, n° 14-17.368, Bull. civ. I n° 166 : *Légipresse* 2015, p. 495, note E. Andrieu ; *CCC* 2015, comm. 246, note G. Raymond.

Cass. crim. 20 mai 2015, n° 14-81.336 : *D.* 2015, p. 1466, note L. Saenko ; *Gaz. Pal.* 2015, n° 169, p. 8, note S. Detraz ; *JCP G* 2015, 887, note G. Beaussonie ; *CCE* 2015, comm. 74, obs. A. Caprioli ; *Dr. pénal* 2015, comm. 123, obs. Ph. Conte ; *AJ Pénal* 2015, p. 413, obs. E. Dreyer ; *Propr. intell.* 2016, n° 58, p. 97, obs. M. Vivant.

Cass. civ. 1^{ère}, 29 oct. 2014, n° 13-19.729 : *D.* 2015, p. 242, note A.-S. Epstein ; *ibid.*, p. 246, note D. Mainguy ; *ibid.*, p. 529, obs. S. Amrani-Mekki et M. Mekki ; *RTD civ.* 2015, p. 102, obs. J. Hauser ; *ibid.*, p. 121, obs. H. Barbier.

Cass. com., 23 sept. 2014, n° 13-22.763 : *RTD civ.* 2015, p. 121, obs. H. Barbier ; *RTD com.* 2015, p. 571, obs. D. Legeais.

Cass. civ. 1^{ère}, 29 nov. 2013, n° 12-20.687 : *D.* 2014, p. 2317, obs. J. Larrieu ; *ibid.* p. 2078, obs. P. Sirinelli ; *RTD com.* 2013, p. 708, note F. Pollaud-Dulian.

Cass. civ. 1^{ère}, 11 sept. 2013, n° 12-15.897 : *RTD com.* 2014, p. 169, obs. D. Legeais ; *Gaz. Pal.* 2013, p. 10, note J. Lasserre Capdeville.

Cass. civ. 1^{ère}, 3 juill. 2013, n° 12-22.633 : *Légipresse* 2013, p. 463, note F. Gras.

Cass. com., 4 déc. 2012, n° 11-27.729, *Le Guide*, Bull. civ. IV n° 221 : CCC 2013, comm. 68, obs. G. Raymond ; *ibid.*, comm. 14, obs. G. Loiseau.

Cass. crim., 20 nov. 2012, n° 11-89.090 : *Gaz. Pal.* 2013, p. 461, obs. E. Dreyer.

Cass. com., 25 sept. 2012, n° 11-21.266 : *D.* 2014., pan. 333, obs. N. Martial-Braz ; CCC 2012, n° 290, obs. G. Raymond.

Cass. crim., 15 mai 2012, n° 11-83.686 : *Dr. pén.* 2012, comm. 103, note J.-H. Robert.

Cass. crim., 15 mai 2012, n° 11-83.301 : CCE 2012, comm. 247, obs. G. Raymond ; *JCP E* 2012, 1697, note J.-H. Robert ; *RDC* 2013, p. 209, obs. R. Ollard.

Cass. com. 3 mai 2012, n° 11-10.508 : *D.* 2012, p. 1261, obs. C. Manara ; *ibid.*, p. 2331, obs. L. d'Avout et S. Bollée ; *ibid.* p. 2343, obs. J. Larrieu, Ch. Le Stanc et P. Tréfigny ; CCE 2012, comm. 74, obs. Ch. Caron.

Cass. com. 3 mai 2012, n° 11-10.505 : *D.* 2012, p. 2331, obs. L. d'Avout et S. Bollée ; *ibid.*, p. 2343, obs. J. Larrieu, Ch. Le Stanc et P. Tréfigny ; *ibid.*, p. 2836, obs. P. Sirinelli.

Cass. com., 29 nov. 2011, n° 10-27.402, *Kelkoo* : CCC 2012, comm. 56, obs. G. Raymond ; *Propr. industr.* 2012, comm. 28, note J. Larrieu.

Cass. civ. 1^{ère}, 20 oct. 2011, n° 10-23.509.

Cass. com., 27 avr. 2011, n° 10-15.648 : CCC 2011, comm. 178, obs. G. Raymond ; *RDSS* 2011, p. 919, note V. Siranyan.

Cass. civ. 1^{ère}, 17 févr. 2011, n° 09-67.896, *Nord-Ouest production et a. c/ Dailymotion* : CCE 2011, comm. 32, note Ch. Caron ; *JCP G* 2011, 520, note A. Debet ; *Gaz. Pal.* 23 juin. 2011, p. 20, note L. Marino ; *Propr. intell.* 2011, n° 39, p. 197, note A. Lucas ; *D.* 2011, p. 1113, note L. Grynbaum ; *RLDI* 2011/69, n° 2258, note C. Castets-Renard ; *Légipresse* 2011, n° 283, p. 297, note V. Varet.

Cass. com., 13 juill. 2010, n° 08-13.944, 06-15.136, 06-20.230 et 05-14.331 : CCE 2010, comm. 93, note Ch. Caron ; *Gaz. Pal.* 28 oct. 2010, n° 301, p. 21, note L. Marino ; *RLDI* 2010/63, n° 2063, note C. Castets-Renard.

Cass. crim., 26 janv. 2010, n° 08-88.134 : *Dr. pén.* 2010, comm. 49, note J.-H. Robert ; *Légipresse* 2010, p. 33, note F. Gras.

Cass. com., 13 oct. 2009, n° 08-16.972 : CCC 2010, comm. 21, obs. M. Malaurie-Vignal.

Cass. crim, 24 févr. 2009, n° 08-85.924.

Cass. civ. 1^{ère}, 13 nov. 2008, n° 06-19.021, Bull. civ. I n° 258 : *GAPI*, comm. 4, obs. M. Clément-Fontaine ; *JCP* 2008, II, 10204, note G. Loiseau ; *D.* 2009, p. 263, note B. Edelman ; *ibid.* p. 266 note E. Treppoz ; *Propr. intell.* 2009, n° 31, p. 157, obs. J.-M. Bruguière ; CCE 2009, comm. 1, note Ch. Caron ; *RTD com.* 2009, p. 121, obs. F. Pollaud-Dulian ; *RIDA* 2009, n° 220, p. 5, note N. Walravens-Mardarescu ; *ibid.* p. 80, note Ph. Gaudrat.

Cass. com., 6 mai 2008, n° 04-19.713.

Cass. crim., 19 févr. 2008, n° 07-83.858.

Cass. crim., 11 déc. 2007, n° 07-82.903 : *CCC* 2008, comm. 120, note G. Raymond.

Cass. crim., 20 mars 2007, n° 05-85.253, Bull. crim. 2007 n° 86 : *Dr. pén.* 2007, comm. 86, obs. J.-H. Robert.

Cass. crim., 19 déc. 2006, n° 05-87.268 : *Dr. pén.* 2007, comm. 40, note J.-H. Robert.

Cass. crim., 3 mai 2006, n° 05-85.051.

Cass. civ. 1^{ère}, 13 déc. 2005, n° 03-21.154 : *JCP* 2006, 103, obs. C. Caron ; *JCP E* 2006, 1895, obs. M. Vivant, N. Mallet-Poujol et J.-M. Bruguière.

Cass. ass. plén., 8 juill. 2005, n° 97-83.023, Bull. crim. 2005 n° 2 : *D.* 2005, p. 1997, obs. E. Chevrier ; *AJPénal* 2005, p. 374, obs. C. Girault ; *RSC* 2006, p. 86, obs. C. Ambroise-Castérot ; *RTD com.* 2006, p. 497, obs. B. Bouloc.

Cass. crim., 11 janv. 2005, n° 04-80.907, Bull. crim. 2005 n° 13 : *CCE* 2005, comm. 122, obs. A. Lepage ; *Dr. pén.* 2005, comm. 47, note J.-H. Robert ; *RTD com.* 2005, p. 622, note B. Bouloc.

Cass. crim., 19 oct. 2004, n° 04-82.642.

Cass. crim., 18 mars 2003, n° 02-83.740, Bull. crim. 2003 n° 72 : *Dr. pén.* 2003, n° 78, obs. J.-H. Robert.

Cass. crim., 18 mars 2003, n° 02-83.015, Bull. crim. 2003, n° 69 : *Dr. pén.* 2003, comm. 78, obs. J.-H. Robert.

Cass. com., 22 oct. 2002, n° 00-18.048 : *CCC* 2003, comm. 25, note M. Malaurie-Vignal ; *RTD com.*, p. 72, note E. Claudel.

Cass. crim., 3 sept. 2002, n° 01-86.760 : *CCC* 2003, comm. 50, obs. G. Raymond.

Cass. crim., 29 juin 1999, n° 98-83.106, Bull. crim. 1999 n° 165 : *RTD com.* 2000, p. 203, obs. B. Bouloc.

Cass. crim., 6 mai 1998, n° 97-83.023 : *RSC* 1999, p. 115, obs. A. Giudicelli.

Cass. crim., 19 nov. 1997, n° 96-82625, Bull. crim. 1997 n° 393 : *D.* 1998, jurispr. p. 613, note J.-Ch. Galloux.

Cass. crim., 23 avr. 1997, n° 96-81.498, Bull. crim. 1997 n° 143 : *Dr. pén.* 1997, comm. 114, obs. J.-H. Robert ; *RSC* 1998, p. 95, obs. B. Bouloc.

Cass. crim., 14 oct. 1998, n° 98-80.527, Bull. crim. 1998 n° 262 : *JCP G* 1999, II, 10066, note Ph. Conte ; *CCC* 1999, comm. 32, note G. Raymond.

Cass. crim., 3 avr. 1996, n° 95-81.893 : *Dr. pén.* 1996, comm. 225, obs. J.-H. Robert.

Cass. crim., 27 mars 1996, n° 94-86.039, Bull. crim. 1996 n° 139 : *RSC* 1997, p. 122, obs. A. Giudicelli.

Cass. crim., 21 févr. 1996, n° 95-81.605, Bull. crim. 1996 n° 86 : *LPA* 1997, n° 59, p. 20, note F. Gras.

Cass. civ. 1^{ère}, 20 juin 1995, n° 93-15.801 : *D.* 1996, p. 12, obs. G. Paisant ; *RTD civ.* 1996, p. 177, obs. P. Jourdain.

Cass. crim., 23 mars 1994, n° 92-86.351, Bull. crim. 1994 n° 114 : *RTD com.* 1994, p. 589, obs. P. Bouzat.

Cass. crim., 13 juin 1991, Bull. crim. 1991 n° 256 : *Dr. pén.* 1991, comm. 263, obs. J.-H. Robert ; *RSC* 1992, p. 98, obs. J. Pradel.

Cass. crim., 15 mars 1990, n° 88-87.096, Bull. Crim. 1990 n° 119 : *D.* 1994, somm. p. 160, obs. G. Roujou de Boubée.

Cass. crim., 8 mars 1990, n° 87-81.049, Bull. crim. 1990, n° 111 : *JCP G* 1990, II, 21542, note J.-H. Robert.

Cass. crim., 1^{er} mars 1989, n° 88-82.815, *Antonielli*, Bull. crim. n° 100 : *D.* 1990, p. 330, obs. J. Huet ; *JCP E* 1990, II, 15761, obs. A. Lucas et M. Vivant.

Cass. crim. 23 févr. 1989, n° 88-82.291, Bull. crim. 1989 n° 91 : *D.* 1990, somm. p. 359, obs. G. Roujou de Boubée.

Cass. crim., 31 janv. 1989, n° 88-83-384, Bull. crim. 1989 n° 40 : *D.* 1990, p. 359, note G. Roujou de Boubée ; *RTD com.* 1990, p. 154, note P. Bouzat.

Cass. crim., 12 janv. 1989, n° 87-82.265, *Bourquin*, Bull. crim. n° 14 : *RSC* 1990, p. 347, obs. P. Bouzat ; *ibid.*, p. 507 note M.-P. Lucas de Leyssac ; *Rev. DIT* 1989/3, p. 34, note J. Devèze ; *JCP E* 1990, II, 15761, obs. A. Lucas et M. Vivant.

Cass. crim., 8 déc. 1987, n° 85-92.404, Bull. crim. 1987 n° 451 : *RSC* 1988, p. 808, obs. J.-L. Fourgoux.

Cass. crim., 24 mars 1987, n° 85-94.694, Bull. crim. 1987 n° 139 : *JCP G* 1988, II, 21017, note G. Heidsieck.

Cass. crim., 25 févr. 1987.

Cass. crim., 12 nov. 1986, n° 85-95.538, Bull. crim. 1986 n° 335.

Cass. civ. 1^{ère}, 13 mai 1986, n° 84-14.026.

Cass. crim., 2 oct. 1985, n° 82-92.125, Bull. crim. 1985 n° 290 : *RSC* 1986, p. 631, obs. J. Pradel ; *RTD com.* 1986, p. 541, obs. J. Hémard et B. Bouloc.

Cass. crim., 7 mai 1985, n° 84-92.138, Bull. crim. 1985 n° 175.

Cass. crim., 25 juin 1984, n° 83-92.808, Bull. crim. 1984 n° 241: *D.* 1985, p. 80, note J.-C. Fourgoux.

Cass. crim., 21 mai 1984, n° 83-92.985, Bull. crim. 1984 n° 184.

Cass. crim., 7 févr. 1984, n° 82-90.338, Bull. crim. 1984, n° 41.

Cass. crim. 13 déc. 1982, n° 81-94.953, Bull. crim. 1982 n° 285.

Cass. civ. 1^{ère}, 2 juin 1982, n° 81-13.718.

Cass. crim., 13 nov. 1980, n° 80-91.793, Bull. crim. 1980 n° 300.

Cass. crim., 8 janv. 1979, n° 77-93.038, *Logabax* : *D.* 1979, p. 509, note P. Corlay ; *ibid.*, p. 182, obs. G. Roujou de Boubée.

2. Juridictions de l'ordre administratif

TA Montpellier, 6 avr. 2012, n° 1002975 : *Légipresse* 2012, p. 501, note J.-M. Bruguière ; *AJDA* 2012, p. 1841, note C. Lantero.

CE, 8 févr. 2017, 9^{ème} et 10^{ème} ch. réunies, n° 393714, *Société JC Decaux* : *CCE* 2017, comm. 37, obs. N. Metallinos ; *JCP A* 2017, act. 125, note C. Fridrich.

CE, 3^{ème} et 8^{ème} ss-sect. réunies, 13 févr. 2009, n° 317637, *Élect. mun. de Fuveau* : Lebon T., p. 766 ; *AJDA* 2009, p. 287, note C. Biget ; *ibid.*, p. 835, note B. Delzangles ; *ibid.*, p. 1305, chron. S.-J. Liéber et D. Botteghi ; *LPA* 17 sept. 2009, p. 11, note J.-P. Camby.

CE, 28 juill. 1993, n° 138903, *Élect. cant. Castelsarrasin* : Lebon, p. 786.

CE, 7 mai 1993, n° 135815, 135926, 135927, 135928, 135951 et 140178, *Élect. rég. La Réunion* : Lebon, p. 146 ; *AJDA* 1994, p. 195, chron. C. Maugüe et L. Touvet ; *D.* 1994, jurispr. p. 111, note X. Philippe et P. Crégut.

CE, 1^{ère} et 4^{ème} ss-sect. réunies, 28 déc. 1992, n° 135973, *Perna* : Lebon T., p. 995.

B. Juridictions européennes

Trib. UE, 19 nov. 2025, aff. T-367/23, *Amazon EU SARL c/ Commission*.

Trib. UE, 3 sept. 2025, aff. T-348/23, *Zalando c/ Commission*.

Trib. UE ord., 12 juill. 2024, aff. T-139/24 R, *WebGroup Czech Republic c/ Commission*.

Trib. UE ord., 2 juill 2024, aff. T-138/24 R, *Aylo Freesites c/ Commission*.

Trib. UE ord., 27 sept. 2023, aff. T-367/23 R, *Amazon Services Europe c/ Commission* : *Légipresse* 2024, p. 257, obs. N. Mallet-Poujol.

Trib. UE ord., 5 juill. 2023, aff. T-367/23 R, *Amazon Services Europe c/ Commission*.

Trib. UE, 10 nov. 2021, aff. T-612/17, *Google Shopping : RTD eur.* 2022, p. 766, obs. L. Idot.

CJUE, 2 déc. 2025, aff. C-492/23, *Russmedia*.

CJUE, 4 sept. 2025, aff. C-413/23 P, *CEDP c/ CRU : Europe* 2025, comm. 357, D. Simon ; *CCE* 2025, comm. 97, L. Maisnier-Boché ; *ibid.*, comm. 89, N. Martial-Braz.

CJUE 27 févr. 2025, aff. C-203/22, *Dun & Bradstreet Austria : Dalloz act.*, 13 mars 2025, obs. C. Chrichton ; *Dalloz IP/IT* 2025, p. 384, obs. Th. Douville ; *ibid.*, p. 187, obs. S. Kessaci ; *RTD com.* 2025, p. 408, note E. Netter ; *Europe* 2025, comm. 122, note C. Grudler.

CJUE, 27 févr. 2025, aff. C-517/23, *Apothekerkammer Nordrhein : Europe* 2024, comm. 115, A. Rigaux.

CJUE ord., 25 févr. 2025, aff. C-620/24 P (R), *WebGroup Czech Republic c/ Commission*.

CJUE, 10 sept. 2024, aff. C-48/22 P, *Google Shopping : CCE* 2024, étude 17, M. Behar-Touchais ; *Europe* 2024, comm. 406, L. Idot ; *CCC* 2024, comm. 164, D. Bosco.

CJUE ord., 6 sept. 2024, aff. C-511/24 P (R), *Aylo Freesites c/ Commission*.

CJUE ord., 27 mars 2024, aff. C-639/23 P (R), *Commission c/ Amazon Services*.

CJUE, 7 mars 2024, aff. C-604/22, *IAB Europe c/ Gegevensbeschermingsautoriteit* : *Dalloz IP/IT* 2024, p. 246, obs. E. Rançon ; *RTD com.* 2024, p. 667, note Th. Douville.

CJUE, 7 déc. 2023, aff. C-634/21, *Schufa : Dalloz act.*, 12 déc. 2023 , obs. L. Pailler ; *RLDI* 2024/210, n° 4843, obs. L. Costes ; *CCE* 2024, étude 3, note L. Huttner ; *Europe* 2024, comm. 79, note J. Tribout ; *RD bancaire et fin.* 2024, comm. 46, obs. M. Gillouard ; *D.* 2024, p. 1000, note Th. Douville ; *RTD com.* 2024, p. 342, note E. Netter ; *Dalloz IP/IT* 2024, p. 362, obs. C. Galichet.

CJUE, 4 juill. 2023, aff. C-252/21, *Meta Platforms : JCP G* 2023, act. 878, obs. D. Berlin ; *RLDI* 2023/205, n° 4748, obs. L. Costes ; *Dalloz act.* 14 sept. 2023, obs. V. Giovannini ; *Dalloz*

IP/IT 2024, p. 45, obs. A. Lecourt ; *RTD eur.* 2023. 754, obs. L. Idot ; *CCE* 2023, comm. 94, comm. N. Martial-Braz.

CJUE, 4 mai 2023, aff. C-487/21, *F. F. c/ Österreichische Datenschutzbehörde* : *JCP* 2023, 914, doct. G. Loiseau.

CJUE, 22 déc. 2022, aff. jtes C-148/21 et C-184/21, *Louboutin c/Amazon* : *CCE* 2023, comm. 8, note P. Kamina ; *Europe* 2023, comm. 73, note P. Bruyas ; *Propr. industr.* 2023, comm. 8, note A. Folliard-Monguiral.

CJUE, 29 sept. 2022, aff. C-633/20, *TC Medical Air Ambulance Agency* : *RCA* 2022, comm. 288, obs. L. Bloch ; *JCP E*, 1042, comm. P. Pailler ; *Europe* 2022, comm. 377, P. Bruyas.

CJUE, 2 sept. 2021, aff. C-371/20, *Peek & Cloppenburg* : *Europe* 2021, comm. 405, note V. Bissani-Winckler.

CJUE, 22 juin 2021, aff. jtes C-682/18 et C-683/18, *YouTube et Cyando* : *CCE* 2021, comm. 62, note G. Loiseau et comm. 61, note P. Kamina ; *Dalloz IP/IT* 2022, p. 448, obs. P. Sirinelli ; *RTD eur.* 2021, p. 991, obs. E. Treppoz.

CJUE, 19 déc. 2019, aff. C-390/18, *Airbnb* : *Europe* 2020, comm. 55, obs. M. Abenhaim ; *CCE* 2020, comm. 12, obs. G. Loiseau ; *Dalloz IP/IT* 2020, p. 265, obs. A. Lecourt ; *AJ Contrat* 2020, p. 99, obs. D. Richard.

CJUE, 3 oct. 2019, aff. C-18/18, *Glawischnig-Piesczek* : *Légipresse* 2020, p. 29, étude V. Varet ; *Dalloz IP/IT* 2020, p. 198, obs. O. de Maison Rouge ; *RTD eur.* 2020, p. 322, obs. F. Benoît-Rohmer ; *CCE* 2019, comm. 67, obs. G. Loiseau ; *RLDI* 2020/167, n° 5650, note E. Derieux.

CJUE, 1^{er} oct. 2019, aff. C-673/17, *Planet 49* : *RLDI* 2019 /163, n° 5581, L. Costes ; *Europe* 2019, comm. 492, F. Péraldi-Leneuf ; *CCE* 2020, étude 2, H. Adda et R. Perray.

CJUE, 14 févr. 2019, aff. C-345/17, *Buivids* : *Europe* 2019, comm. 141, obs. F. Gazin ; *RLDI* 2019/157, n° 5361, obs. L. Costes ; *CCE* 2019, comm. 27, obs. A. Debet.

CJUE, 10 avr. 2018, aff. C-320/16, *Uber France SAS* : *D.* 2018, p. 934, note N. Balat ; *Europe* 2018, comm. 226, note D. Simon ; *RDC* 2019, p. 43, obs. J. Huet ; *RTD eur.* 2019, p. 153, obs. L. Grard.

CJUE, 20 déc. 2017, aff. C-434/16, *Nowak* : *Europe* 2018, comm. 42, note A. Rigaux ; *RLDI* 2018/145, n° 5165, obs. L. Costes ; *CCE* 2018, comm. 23, note N. Metallinos.

CJUE, 20 déc. 2017, aff. C-434/15, *Uber Systems Spain SL* : *CCE* 2018, comm. 11, note G. Loiseau ; *RDC* 2018, p. 210, note J. Huet ; *JCP E* 2018, 1111, note Th. Douville ; *D.* 2018, p. 934, note N. Balat.

CJUE, 9 nov. 2016, aff. C-149/15, *Wathelet* : *RTD civ.* 2017, p. 171, note P.-Y. Gautier ; *Europe* 2017, comm. 30, note S. Cazet ; *JCP G* 2017, act. 123, obs. G. Paisant.

CJUE, 19 oct. 2016, aff. C-582/14, *Breyer* : *Europe* 2016, comm. 444, obs. F. Gazin ; *CCE* 2016, comm. 104, obs. N. Metallinos ; *RLDI* 2016/134, n° 4944, note B. Pautrot ; *RLDI* 2016/132, n° 4411, note B. Spitz ; *RLDI* 2016/131, n° 4087, obs. L. Costes ; *Dalloz IP/IT* 2017, p. 120, obs. G. Péronne et E. Daoud.

CJUE, 16 avr. 2015, aff. C-388/13, *Nemzeti Fogyasztóvédelmi Hatóság c/ UPC Magyarország Kft.* : *D.* 2016, p. 617, obs. H. Aubry, E. Poillot et N. Sauphanor-Brouillaud.

CJUE, 11 sept. 2014, aff. C-291/13, *Sotiris P. c/ O Fileleftheros Dimosia Etaireia Ltd et a.* : *CCE* 2014, comm. 95, note G. Loiseau ; *Europe* 2014, comm. 482, note D. Simon ; *RTD eur.* 2015, p. 355, obs. L. Coutron.

CJUE, 17 juill. 2014, aff. jtes C-141/12 et C-372/12, *YS* : *Europe* 2014, comm. 368, J. Dupont-Lassalle ; *Dr. adm.* 2014, chron. 5, S. Platon ; *AJDA* 2014, n° 40, E. Broussy, H. Cassagnabère et C. Gänser.

CJUE, 13 mai 2014, aff. C-131/12, *Google Spain* : *D.* 2014, p. 1476, note V.-L. Benabou et J. Rochfeld ; *ibid.*, p. 1481, note N. Martial-Braz et J. Rochfeld ; *RTD eur.* 2014, p. 879, étude B. Hardy ; *JCP E* 2014, 1326, note M. Griguer ; *ibid.*, 1327, note G. Busseuil ; *CCE* 2014, étude 13, note A. Debet ; *RLDI* 2014/106, n° 3535 note C. Castets-Renard ; *ibid.*, n° 3536, note D. Forest ; *ibid.*, n° 3537, note A. Casanova ; *RLDI* 2014/107, n° 3550, note O. Pignatari ; *ibid.*, n° 3569, note J. Le Clainche ; *RLDI* 2014/109, n° 3609, note R. Perray et P. Salen ; *Gaz. Pal.* 19 juin 2014, n° 170, p. 3, obs. C. Kleitz ; *ibid.*, n° 183, note G. de Malafosse ; *Légipresse* 2014, p. 319, chron. N. Mallet-Poujol ; *Expertises* 2015, p. 255, note G. Desgens-Pasanau.

CJUE, 8 avr. 2014, aff. jtes C-293-12 et C-594/12, *Digital Rights Ireland Ltd* : *RLDI* 2014/104, n° 3426, note E. Derieux ; *ibid.*, n° 3464, obs. L. Costes ; *AJDA* 2014, p. 1147, note M. Aubert, E. Broussy et H. Cassagnabère ; *D.* 2014, p. 1355, note C. Castets-Renard ; *LPA* 2 oct. 2014, n° 197, p. 16, obs. J.-B. Duclercq.

CJUE, 17 oct. 2013, aff. C-391/12, *RLvS* : *Europe* 2013, comm. 539, note M. Meister ; *RTD eur.* 2014, p. 730, obs. C. Aubert de Vincelles.

CJUE, 2 mai 2012, aff. C-406/10, *SAS Institute Inc.* : *RLDI* 2012, n° 78, p. 21, note M. Trézéguet ; *ibid.*, n° 83, p. 6, note C. Castets-Renard ; *Europe* 2012, p. 284, note L. Idot ; *D.* 2012, p. 2324, obs. C. Le Stanc ; *Gaz. Pal.* 2012, n° 214, p. 13, obs. L. Marino.

CJUE, 24 nov. 2011, aff. C-70/10, *Scarlet Extended* : *CCE* 2012, comm. 63, note A. Debet ; *ibid.*, étude 3, note A. Neri ; *Gaz. Pal.* 2012, n° 46, p. 20, obs. L. Marino ; *RLDI* 2012/79, n° 2622, comm. C. Castets-Renard ; *Prop. intell.* 2012, n° 42, p. 47, obs. V.-L. Benabou ; *D.* 2012, p. 2347, obs. P. Tréfigny ; *ibid.*, p. 2851, obs. P. Sirinelli.

CJUE, 12 juill. 2011, aff. C-324/09, *L'Oréal et a. c/ eBay International et a.* : *CCE* 2011, comm. 99, note Ch. Caron ; *Prop. industr.* 2011, comm. 71, note A. Folliard-Monguiral ; *Gaz. Pal.* 26 oct. 2011, n° 299, p. 19, note L. Marino ; *D.* 2011, p. 1965, obs. C. Manara ; *RLDI* 2011/74, n° 67, note C. Castets-Renard ; *ibid.*, n° 2459, p. 61, note L. Grynbaum.

CJUE, 9 juin 2011, aff. C-52/10, *Alter Channel* : *Europe* 2011, comm. 304, note V. Michel.

CJUE, 5 mai 2011, aff. C-316/09, *MSD Sharp* : *RDSS* 2011, p. 960, note J. Peigné ; *Gaz. Pal.* 5 nov. 2011, p. 40, note E. Héral ; *Europe* 2011, comm. 244, note M. Meister.

CJUE, 23 mars 2010, aff. C-236/08 à C-238/08, *S^{te} Google c/ S^{te} Louis Vuitton Malletier* : *JCP G* 2010, note 642, L. Marino ; *JCP G* 2011, 1175, doct. F. Terré ; *CCE* 2010, comm. 88, note Ph. Stoffel-Munck ; *ibid.*, comm. 70, note Ch. Caron ; *ibid.*, étude 12, G. Bonet ; *D.* 2010, p. 885, obs. C. Manara ; *RTD eur.* 2010, p. 939, obs. E. Treppoz ; *CCC* 2010, comm. 132, note M. Malaurie-Vignal ; *RLDI* 2010/60, n° 1980, note L. Grynbaum ; *RLDI* 2010/61, n° 1999, note C. Castets-Renard ; *Légipresse* 2010, p. 158, note C. Maréchal ; *Propr. industr.* 2010, comm. 31, note P. Tréfigny-Goy.

CJUE, 2 avr. 2009, aff. C-421/07, *Damgaard* : *RDSS* 2009, p. 759, note C. Mascret ; *Europe* 2009, comm. 270, note D. Simon.

CJUE, 6 nov. 2003, aff. C-101/01, *Lindqvist* : *Europe* 2004, comm. 18, note F. Mariatte ; *CCE* 2004, comm. 46, note R. Munoz ; *D.* 2004, p. 1062, note L. Burgogue-Larsen ; *RSC* 2004, p. 712, obs. L. Idot.

CEDH, 5 mars 2009, n° 26935/05, *S^{te} de conception de presse et d'édition et Ponson c/ France* : *RLDI* 2009, n° 48, p. 32, note E. Derieux ; *Dr. pén.* 2009, comm. 80, obs. J.-H. Robert ; *RSC* 2009, p. 668, obs. D. Roets ; *Légipresse* 2009, p. 127, note F. Gras ; *RJES* 2009, p. 83, note L. François.

CEDH, 5 mars 2009, n° 13353/05, *Hachette Filipacchi Presse automobile et Dupuy c/ France* : *RLDI* 2009, n° 48, p. 32, note E. Derieux ; *Dr. pén.* 2009, comm. 80, obs. J.-H. Robert ; *RSC* 2009, p. 668, obs. D. Roets ; *Légipresse* 2009, p. 127, note F. Gras ; *RJES* 2009, p. 83, note L. François.

CEDH, 24 févr. 1994, n° 15450/89, *Casado Coca c/ Espagne* : *AJDA* 1994, p. 511, chron. J.-F. Flauss ; *RTDH* 1995, p. 69, note M. Halpérin.

CEDH, 20 nov. 1989, n° 10572/83, *Markt Intern Verlag GmbH et Klaus Beermann c/ Allemagne* : *RFDA* 1991, p. 101, chron. V. Berger, H. Labayle et F. Sudre.

CEDH, 16 févr. 2000, n° 27798/95, *Amann c/ Suisse*.

Com. EDH, 5 mai 1979, n° 7805/77, *Église de Scientologie c/ Suède*.

C. Décisions du Conseil constitutionnel

Cons. const., déc. n° 2020-801 du 18 juin 2020, loi visant à lutter contre les contenus haineux.

Cons. const., déc. n° 2024-496 du 10 juin 2024, loi pour la confiance dans l'économie numérique.

D. Décisions d'autorités administratives indépendantes et d'autorités publiques indépendantes

ADLC, 7 juin 2021, déc. n° 21-D-11 relative à des pratiques mises en œuvre dans le secteur de la publicité sur Internet : CCC 2021, comm. 140, obs. D. Bosco.

ARCOM, déc. n° 2022-57 du 16 févr. 2022 mettant en demeure la société C8.

CADA, avis n° 20170175, 23 mars 2017, *École Nationale Supérieure d'Arts et Métiers (Arts et Métiers Paris Tech) - Campus de Metz*.

CNIL, délib. n° 2020-091 du 17 septembre 2020 portant adoption de lignes directrices relatives à l'application de l'article 82 de la loi du 6 janvier 1978 modifiée aux opérations de lecture et écriture dans le terminal d'un utilisateur (notamment aux « cookies et autres traceurs ») et abrogeant la délibération n° 2019-093 du 4 juillet 2019, *JORF* n° 0240, 2 oct. 2020.

CNIL, délib. n° 2018-119 du 22 mars 2018 portant avis sur un projet d'arrêté autorisant la mise en œuvre d'un traitement de données à caractère personnel dénommé Parcoursup, *JORF* n° 0074, 29 mars 2018.

CSA, déc. du 5 juin 2019 (pratiques de promotion croisée en faveur de Fun Radio et RTL) accessible en ligne : <https://www.csa.fr/Reguler/Espace-juridique/Les-textes-adoptes-par-l-Arcom/Les-decisions-du-CSA/Pratiques-de-promotion-croisee-en-faveur-de-Fun-Radio-et-RTL-a-l-antenne-des-chaines-du-groupe-M6>.

CSA, déc. du 4 nov. 2015 (message publicitaire en faveur de la vente de médicaments de Leclerc), accessible en ligne : <https://www.csa.fr/Reguler/Espace-juridique/Les-textes-adoptes-par-l-Arcom/Les-decisions-du-CSA/Rediffusion-d-un-message-publicitaire-d-E.-Leclerc-concernant-la-vente-des-medicaments-plusieurs-chaines-mises-en-garde>.

CSA, déc. du 4 avr. 2008 (message publicitaire en faveur de la vente de médicaments de Leclerc), accessible en ligne : <https://www.csa.fr/Reguler/Espace-juridique/Les-textes-adoptes-par-l-Arcom/Les-decisions-du-CSA/Publicite-le-Conseil-ne-s-oppose-pas-a-la-campagne-sur-la-vente-de-medicaments-dans-les-centres-E.-Leclerc>.

§6. Communiqués de presse

BVP, communiqué de presse du 4 avr. 2008 (position du BVP sur le spot de Leclerc en faveur de la distribution de médicaments) : <https://www.arpp.org/actualite/spot-leclerc-le-bvp-precise-sa/>.

Commission européenne, communiqué de presse IP/25/2940, 5 déc. 2025 (acceptation des engagements de TikTok relatifs à la transparence de la publicité), accessible en ligne : https://ec.europa.eu/commission/presscorner/api/files/document/print/en/ip_25_2940/IP_25_2940_EN.pdf.

Commission européenne, communiqué de presse IP/25/2935, 5 déc. 2025 (sanction de X à hauteur de 120 millions d'euros), accessible en ligne : https://ec.europa.eu/commission/presscorner/api/files/document/print/en/ip_25_2934/IP_25_2934_EN.pdf.

Commission européenne, communiqué de presse IP/25/1992, 5 sept. 2025 (sanction de Google pour son service de publicité), accessible en ligne : https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/ip_25_1992.

Commission européenne, communiqué de presse IP/24/5622, 31 oct. 2024 (ouverture d'une procédure formelle à l'encontre de Temu au titre du règlement DSA), accessible en ligne : https://ec.europa.eu/commission/presscorner/api/files/document/print/fr/ip_24_5622/IP_24_5622_DA.pdf.

Commission européenne, communiqué de presse IP/24/3761, 12 juill. 2024 (constatations préliminaires adressées à X pour violation du règlement DSA), accessible en ligne : https://ec.europa.eu/commission/presscorner/api/files/document/print/fr/ip_24_3761/IP_24_3761_EN.pdf.

Commission européenne, communiqué de presse IP/24/2664, 16 mai 2024 (ouverture d'une procédure formelle à l'encontre de Meta au titre du règlement DSA), accessible en ligne : https://ec.europa.eu/commission/presscorner/api/files/document/print/fr/ip_24_2664/IP_24_2664_EN.pdf.

Commission européenne, communiqué de presse IP/24/1485, 14 mars 2024 (ouverture d'une procédure formelle à l'encontre de AliExpress au titre du règlement DSA), accessible en ligne : https://europa.eu/newsroom/ecpc-failover/pdf/ip-24-1485_fr.pdf.

Commission européenne, communiqué de presse IP/24/926, 19 févr. 2024 (ouverture d'une procédure formelle à l'encontre de TikTok au titre du règlement DSA), accessible en ligne : https://ec.europa.eu/commission/presscorner/api/files/document/print/fr/ip_24_926/IP_24_926_FR.pdf.

Commission européenne, communiqué IP/23/2413, 25 avr. 2023 (désignation d'une première série de très grandes plateformes en ligne et de très grands moteurs de recherche en ligne), accessible en ligne : https://ec.europa.eu/commission/presscorner/api/files/document/print/fr/ip_23_2413/IP_23_2413_FR.pdf.

DGCCRF, communiqué de presse du 28 juill. 2021, accessible en ligne : https://www.economie.gouv.fr/files/files/directions_services/dgccrf/presse/communiquer/2021/cp-nabilla-benattia-vergara.pdf?v=1627466371.

Index

Les numéros renvoient aux numéros de paragraphe

- A -

Algorithmes :

- classifications : 466 et s.
- définition : 458
- et Intelligence Artificielle : 464 et s.
- et traitement de données : 474 et s.
- étymologie : 458
- fonctions : 459
- moyen de la recommandation numérique : 440 et s.
- normativité : 470 et s.
- origine : 458

V. Méthodes algorithmiques

V. Recommandations numériques

V. Traitement de données non personnelles

V. Traitement de données personnelles

Anonymisation :

- désidentification : 511
- distinction avec la pseudonymisation : 486
- notion : 485
- réidentification : 512 et s.

Architecture :

- caractère formel : 13 et s., 66, 307, 315
- distinction avec la recommandation numérique : 315 et s.
- et *design* : 8, 14, 156, 315
- et éditorialisation : 14
- et *nudge* : 8, 14, 315

Assistants personnels :

- notion : 411
- contenu unique : 412

Asymétrie :

- informationnelle : 30, 54, 61, 67, 358
- statutaire : 30, 61, 403

Attention :

- définitions : 423

- économie de l'– : 423
- rareté de l'– : 421, 424

Attitude :

- définition : 152 et s.
- distinction avec le comportement : 153 et s.

Autopréférence : 27, 332 et s., 419, 430

Avis en ligne :

- cadrage : 72, 341
- caractère substantiel : 343
- définition : 171, 208, 337
- distinction avec la recommandation numérique : 337 et s., 342 et s.
- faux – : 241
- fonction : 427
- intérêt de l'émetteur : 241 et s.

- B -

Biais : 8, 24 et s., 156, 409, 413, 424, 470

Bouche-à-oreille : 7, 45, 47, 70, 208

Bulles de filtre : 1, 25 et s.

- C -

Choix :

- circonscription du – : 42, 55, 315
- et décision : 404 et s.
- orientation du – : 3 et s.
- paradoxe du – : 20, 24, 156, 407
- suppression du – : 313, 412

Classement :

- caractère économique : 304
- distinction avec le référencement : 290 et s.
- hiérarchisation : 9, 19, 45, 306
- impact cognitif : 312, 409 et s.

- inclusion dans la recommandation numérique : 285 et s.
- notion : 288 et s.

Communicabilité :

- définition : 119
- – de la forme : 120 et s.
- – de la substance : 122 et s.
- – de l'information : 119 et s.
- – de la recommandation : 119 et s.

Communication :

- définition : 124
- et information : 127 et s.
- et recommandation : 124 et s.
- – commerciale : 175 et s., 200

Comparateurs de prix :

- caractère consumériste : 288, 296
- et autopréférence : 332
- et contrepartie : 185 et s.
- et référencement : 185 et s., 296

Comportement :

- distinction avec l'attitude : 153 et s.
- et *nudge* : 14, 155 et s.

Connaissance :

- et donnée : 447
- et idée : 120
- et information : 97, 103, 104, 120, 163, 447

Conseil :

- notion : 5
- obligation de – : 116 et s.

Contenus :

- assimilation à l'information : 277 et s.
- – éditoriaux, commerciaux et publicitaires : 193 et s.
- – uniques : 412, 415
- dialectique contenus/contenants : 101, 273, 278
- diversité objective : 325 et s.
- diversité subjective : 327 et s.
- et données : 280
- et rémunération : 18, 188, 329 et s.
- étymologie : 273
- forme : 276 et s.

- notion extra-juridique : 256 et s.
- substance : 273 et s.

Contenus illicites :

- contenus haineux : 269 et s.
- gradation : 270
- notion : 262, 268, 277, 326

V. Responsabilité des hébergeurs

Contenus incitatifs :

- exclusion de la recommandation numérique : 344, 349, 350

Contenus numériques :

- et données : 266, 448, 450
- et œuvres de l'esprit : 267, 276, 450

Contrepartie :

- critère de qualification de la publicité : 174 et s.
- difficultés de preuve : 238 et s.
- et message d'intérêt général : 190 et s.
- et publiportage : 145, 182 et s.
- et référencement payant : 184 et s., 291
- limites du critère de qualification de la publicité : 230 et s.
- notion : 199

Cookies :

- définition : 491
- exemption de consentement : 493 et s.
- et traitement de données non personnelles : 491 et s.
- et traitement de données personnelles : 529 et s.
- typologie : 492

Courtage :

- caractère contractuel : 385
- et infomédiation : 386
- exclusion de la recommandation numérique : 385

- D -

Dark patterns : 157

Décision :

- complexité : 43, 408
- et aide à la – : 409 et s., 470 et s.
- et jugement : 57 et s.
- et prise de décision exclusivement automatisée : 542 et s.
- et publicité ciblée : 549 et s.
- notion de – : 404 et s., 541 et s.

Design :

- architecture : 8, 14, 156, 315
- caractère formel : 8, 14, 18
- *dark patterns* : 315
- éditorialisation : 14
- *gamification* : 72
- *nudge* : 8, 14, 156 et s., 315

Destinataire :

- – de la recommandation numérique : 400 et s.
- – du service : 400
- et récepteur : 126

V. Utilisateur

Distribution :

- caractère linéaire : 359, 366, 370
- et référencement : 294
- intermédiation économique : 360 et s.
- intermédiation juridique : 359, 361
- plateformes de – : 87 et s., 243 et s., 388, 419

Données :

- base de – : 273, 278
- catégorisations : 449 et s.
- définitions : 446 et s.
- – brutes : 450
- – inférées : 535, 537 et s.
- – sensibles : 518, 546
- ensemble de – mixtes : 527 et s., 539
- et connaissance : 447
- et contenu : 266, 280
- et contenu numérique : 101, 266, 448
- et idée : 104
- et information : 97, 104, 280, 446, 447
- et œuvres de l'esprit : 450
- partage de – : 495 et s.
- portabilité des – : 528, 538

V. Données non personnelles

V. Données personnelles

V. Métadonnées

V. Traitement de données non personnelles

V. Traitement de données personnelles

Données non personnelles :

- approche négative : 455, 484
- distinction avec les données personnelles : 455
- limites de la distinction avec les données personnelles : 517, 519, 524
- et données anonymisées : 485

V. Traitement de données non personnelles

Données personnelles :

- caractère collectif des – : 559
- distinction avec les données non personnelles : 455
- limites de la distinction avec les données non personnelles : 517, 519, 524
- et informations nominatives : 454
- qualification de – : 454, 455, 500 et s., 516 et s., 522

V. Traitement de données personnelles

- E -

Edge Rank : 311, 467

Éditorialisation :

- et architecture : 14
- et *design* : 14
- méta- : 386

Émetteur :

- effacement de l'– : 85
- indépendance de l'– : 205 et s.
- intérêt de l'– : 241 et s.
- position vis-à-vis de l'offre : 63 et s.

- F -

Fonctions de la recommandation numérique :

- exclusion de la fonction de gouvernance : 427
- exclusion de la fonction de sanction : 425, 426

- fonction d'aide à la décision : 385, 406 et s.
- fonction relative de confiance : 427
- fonction de contrôle : 420, 427
- fonction de visibilité : 432

Fournisseur de contenus :

- et créateur de contenus : 431
- et fournisseur de la recommandation numérique : 430
- fournisseur involontaire de contenus : 429
- fournisseur volontaire de contenus : 428
- notion : 428 et s.

Fournisseur de la recommandation numérique :

- et fournisseur de contenus : 428 et s.
- et fournisseur de service : 418, 419

- I -

Idée :

- absence de protection des – : 107 et s.
- et données : 104
- et information : 95, 104, 112, 120
- et œuvre de l'esprit : 107 et s.

Influenceurs :

- et *leaders* d'opinion : 69
- qualification des contenus provenant des – : 193, 194, 202, 236, 237, 239, 330

Infomédiation :

- et courtage : 386
- notion : 386 et s., 392
- position du tiers : 388

Information :

- accès à l'– : 115
- appropriation de l'– : 96
- caractère générique : 95, 113 et s., 160, 170, 278, 448
- communicabilité de l'– : 120 et s.
- communication de l'– : 127 et s.
- conception bicéphale : 128, 132, 133
- conception monocéphale : 132, 133
- définitions : 95, 97, 104, 112, 122, 161, 446 et s.

- et connaissance : 97, 103, 104, 120, 163, 447
- et contenus : 277 et s.
- et donnée : 97, 104, 280, 446, 447
- et idée : 95, 104, 112, 120
- et œuvre de l'esprit : 450
- et publicité légale : 130, 165
- et secret : 131 et s.
- étymologie : 98
- fonction de réduction de l'incertitude : 95, 161, 163
- valeur de l'– : 95, 96, 103, 104, 122, 133

V. Obligation d'information

Intermédiation :

- caractère hybride : 362, 366, 371 et s., 377, 388, 392
- caractère linéaire : 358 et s., 363, 366, 370, 385, 392
- caractère triangulaire : 357 et s., 361 et s., 366 et s., 369, 376 et s., 385, 392
- étymologie : 357
- et distribution : 359 et s., 366, 370, 391
- et plateformes : 364 et s.
- – économique : 358, 360 et s.
- – encadrée : 389 et s.
- – juridique : 359 et s.
- – *per se* : 380 et s.
- notion : 356 et s.

V. Infomédiation

V. Plateformes

- L -

Loyauté :

- – des plateformes : 287, 288, 294, 346, 403, 419

V. Transparence

- M -

Marché :

- équipements de – : 55
- mythe du marché parfait : 54, 55, 161
- rencontre de l'offre et de la demande : 53

Métadonnées :

- définition : 74, 451
- distinction avec les données : 451
- limite de la distinction avec les données : 453, 521, 522
- classifications : 452

Méthodes algorithmiques :

- *context-to-context* : 77
- hybridation : 78, 463
- *item-to-item* : 74, 460, 479 et s.
- *user-to-item* : 75, 461, 479 et s.
- *user-to-user* : 76, 462, 479 et s.

V. Algorithmes

Modération :

- distinction avec la recommandation numérique : 426
- fonction de sanction : 425 et s.
- notion : 425

- N -

Neutralité :

- – des réseaux : 258, 260 et s., 264

V. Responsabilité des hébergeurs

Nudge :

- définition : 8, 14, 155
- effet : 156, 157
- et architecture : 8, 14, 315
- et *design* : 8, 14, 156 et s., 315
- *sludge* : 57, 315

V. Architecture

V. Dark patterns

V. Design

- O -

Obligation d'information :

- et obligation de renseignement, de conseil, de mise en garde : 116, 117

V. Loyauté

V. Transparence

Œuvres de l'esprit :

- absence de protection des idées : 107 et s.
- bases de données : 273, 278
- et contenus numériques : 267, 276, 450

- et données : 450
- et information : 450

- P -

Page Rank : 78, 292, 463, 467, 482

Performativité : 312

Plateformes :

- caractère multiface : 87, 365, 368
- et absence d'intermédiation : 372
- et intermédiation linéaire : 370
- et intermédiation triangulaire : 369
- hybridation : 366, 371
- – attentionnelles, de distribution et transactionnelles : 87, 88, 243

Profilage :

- définition : 533
- étapes : 534 et s.
- et décision : 541 et s.
- et prise de décision automatisée : 543, 546
- et publicité ciblée : 548 et s.
- et recommandation numérique : 556 et s.
- et *scoring* : 547
- typologie : 543

Promotion :

- autopromotion : 232, 233, 332, 430
- exclusion de la recommandation numérique : 322
- notion : 148, 175, 321, 322

Publicité :

- appréhension en marketing : 175 et s.
- caractère commercial : 223 et s.
- caractère incitatif : 142 et s.
- caractère non commercial : 201, 223
- caractère partial : 222
- caractère positif : 222
- caractère public : 221
- contre-publicité : 206
- – en faveur de l'alcool : 168, Erreur : source de la référence non trouvée et s.
- – en faveur des médicaments : 160, 219, 222, 226, 228

- – en faveur du tabac : 219, 220, 222, 223, 227
- critère de la contrepartie : 174 et s.
- et classement : 322, 329
- et communication commerciale : 175 et s., 200
- et influenceurs : 193, 194, 202, 236, 237, 239, 330
- et messages d'intérêt général : 189 et s., 225, 226
- et profilage : 548 et s.
- et référencement : 184 et s.
- limites du critère de la contrepartie : 230 et s.
- polysémie : 136
- procédé de – en ligne : 179
- propagande : 138, Erreur : source de la référence non trouvée, 219, 224, 226
- – audiovisuelle : 160, 189 et s., 224 et s., 232 et s.
- – ciblée : 548 et s.
- – clandestine : 146, 234, 235, 310
- – informative versus – persuasive : 167
- – légale : 130, 165, 223
- publiereportages : 145, 182, 183
- supports de – : 219, 220

- R -

Rationalité limitée : 156, 161, 422

V. Attention

Récepteur :

- et destinataire : 126, 399
- et destinataire de la recommandation numérique : 400, 401

Recommandation :

- assimilation à l'information : 114 et s.
- mode d'ajustement de l'offre et de la demande : 52 et s.
- caractère facultatif : 147
- classifications : 39 et s., 50 et s.
- définitions : 59, 114, 125
- et communication : 124 et s.
- et communicabilité : 119 et s., 123
- et droit souple : 31
- étymologie : 114

Recommandation numérique :

- caractère encastré : 389 et s.
- caractère formel : 283 et s., 306, 307, 346
- caractère incitatif : 140 et s.
- caractère systémique : 436 et s.
- dissociation des contenus : 341 et s.
- distinction de l'architecture : 315 et s.
- distinction de la promotion : 321, 322
- exclusion de la fonction de gouvernance : 427
- exclusion de la fonction de sanction : 426
- fonctions : 408, 409 et s., 420 et s., 432, 433
- inclusion du classement dans la – : 298 et s.
- infomédiation : 386 et s.
- performativité de la – : 312
- régime juridique de la – : 33, 34, 346, 352, 569

Recommandations non personnalisées

- notion de personnalisation : 479 et s., 531

V. Cookies

V. Traitement de données non personnelles

Recommandations personnalisées

- et prise de décision exclusivement automatisée : 540 et s.
- et recommandations individualisées : 559
- inadaptation de l'article 22 du RGPD : 540 et s.
- notion de personnalisation : 479 et s., 531

V. Profilage

V. Traitement de données personnelles

Référencement :

- caractère sectoriel : 296
- déréférencement : 293
- et comparateurs de prix : 185 et s., 296
- et distribution : 294
- distinction avec le classement : 290 et s.
- référencement naturel : 291, 292, 295, 329, 429, 433

- référencement payant : 291, 295
- référencement publicitaire : 184 et s.

Régime juridique de la recommandation numérique : 33, 34, 346, 352, 569

V. Responsabilité de hébergeurs

V. Transparence

Responsabilité des hébergeurs :

- faits générateurs : 34, 347
- neutralité : 287, 291, 394, 395
- troisième voie : 287, 291, 396

- T -

Traitement de données non personnelles :

- application du RGPD au – : 525 et s.
- *cookies* : 493, 494

- et recommandation non personnalisée : 484 et s.
- partage des données : 495 et s.

Traitement de données personnelles :

- application du RGPD : 531 et s.
- et recommandations non personnalisées : 499 et s.
- et recommandations personnalisées : 531 et s.

Transparence : 29 et s., 198, 238, 239, 296, 299, 318, 328, 332, 334, 346, 352, 496, 569.

- U -

Utilisateur :

- intégration du destinataire du service : 403
- notion : 402

Table des matières

Principales abréviations.....	iii
Sommaire.....	viii
Introduction.....	1
§1. Les manifestations de la recommandation.....	3
A. Les manifestations de la recommandation dans l'univers physique.....	3
1. Les recommandations de nature substantielle.....	3
2. Les recommandations de nature formelle.....	5
B. Les manifestations de la recommandation dans l'univers numérique.....	8
1. La prédominance de la mise en forme dans l'univers numérique.....	8
2. L'impact de la forme sur les recommandations numériques.....	10
a. Des recommandations substantielles de plus en plus formelles.....	10
b. Des recommandations formelles davantage tacites.....	12
§2. La focalisation sur les effets des recommandations numériques.....	13
A. La focalisation de la recherche sur les effets négatifs des recommandations numériques.....	14
B. La focalisation du législateur sur les remèdes aux risques engendrés des recommandations numériques.....	19
§3. L'exploration de la notion de recommandation numérique.....	22
Partie 1. L'identification de la recommandation numérique.....	28
Titre 1. L'appréhension extra-juridique de la recommandation numérique.....	29
Chapitre 1. Les classifications originelles de la recommandation.....	32
Section 1. Les classifications décisionnelles de la recommandation.....	32
Section 2. Les classifications relationnelles de la recommandation.....	35
§1. La prise en compte du caractère personnel ou non personnel de la relation entre la source de la recommandation et son destinataire.....	35
§2. La prise en compte du caractère commercial ou non commercial de la relation entre la source de la recommandation et son destinataire.....	37
Chapitre 2. La classification contemporaine de la recommandation.....	40
Section 1. Les recommandations classiques, renouvelées par le numérique.....	40
§1. Les fondements paradigmatiques des recommandations classiques.....	40
A. Le paradigme spatial : la recommandation comme mode d'ajustement de l'offre et de la demande.....	41

B. Le paradigme matériel : l'identification de la recommandation comme réceptacle d'un jugement	44
§2. La distinction organique des recommandations classiques	46
A. Les recommandations de nature verticale : les recommandations éditoriales	46
B. Les recommandations de nature horizontale : les recommandations sociales	50
Section 2. Les recommandations algorithmiques, propres au numérique	55
§1. La distinction systémique des recommandations algorithmiques	55
§2. La dilution des paradigmes classiques au sein des recommandations algorithmiques	59
A. L'érosion du paradigme matériel : la recommandation algorithmique, entre jugement et comportement	60
B. L'érosion du paradigme spatial : la nature transversale de la recommandation algorithmique	63
Conclusion du titre 1	68
Titre 2. Les notions juridiques parentes de la recommandation	70
Chapitre 1. La parenté entre l'information et la recommandation	71
Section 1. L'approche statique : l'information et la recommandation comme objets	74
§1. L'information, objet composite	74
A. La dualité apparente de l'information	75
B. L'unicité patente de l'information	78
§2. La recommandation, objet informationnel	83
A. L'assimilation structurelle de la recommandation à l'information	83
B. L'assimilation terminologique de la recommandation à l'information	84
Section 2. L'approche dynamique : l'information et la recommandation comme processus	86
§1. L'information et la recommandation comme processus de communicabilité	87
A. La communicabilité de la forme, condition commune à l'information et la recommandation	87
B. La communicabilité de la substance, condition distinctive de l'information et de la recommandation	88
§2. L'information et la recommandation comme processus de communication	91
A. La communication, condition nécessaire à la recommandation	91
B. La communication, condition contingente de l'information	93
1. La publicité, illustration d'une communication nécessaire à l'existence de l'information	93
2. Le secret, illustration d'une communication non nécessaire à l'existence de l'information	96
Chapitre 2. La parenté entre la publicité et la recommandation	101
Section 1. L'approche finaliste : la publicité et la recommandation comme mécanismes incitatifs	103
§1. L'incitation, finalité de la publicité et de la recommandation	104
A. L'incitation, cause de la publicité et de la recommandation	104
1. Le caractère explicite ou implicite de la publicité et de la recommandation	104
2. La volonté de mise en avant par l'émetteur de la publicité et de la recommandation	108

B. L'affectation du comportement d'autrui, conséquence recherchée de l'incitation.....	109
1. De l'attitude au comportement d'autrui.....	110
2. De la décision à la manipulation d'autrui.....	113
§2. L'information, moyen de la publicité et de la recommandation.....	115
A. Le caractère informationnel limité de la publicité et de la recommandation.....	115
1. L'affirmation du caractère informationnel de la publicité et de la recommandation.....	116
2. Les limites tenant à la fonction informationnelle de la publicité et de la recommandation.....	118
B. L'absence de caractère purement informatif de la publicité et de la recommandation.....	120
1. La distinction entre la matérialisation et la finalité de la publicité.....	121
2. La distinction entre la matérialisation et la finalité de la recommandation.....	124
Section 2. L'approche fonctionnaliste : l'existence d'une contrepartie comme ligne de partage imparfaite entre la publicité et la recommandation.....	125
§1. La contrepartie à la communication de l'incitation, critère de distinction pertinent entre la publicité et la recommandation.....	126
A. L'existence d'une contrepartie à la communication de l'incitation, critère de qualification de la publicité.....	126
1. L'existence d'une contrepartie, critère de qualification de la publicité en <i>marketing</i>	126
2. L'existence d'une contrepartie, critère de qualification de la publicité en droit.....	130
a. L'existence d'une contrepartie, critère instable de qualification de la publicité en droit....	131
i. La contrepartie, critère certain pour qualifier la publicité en matière de publireportages.....	131
ii. La contrepartie, critère variable de la publicité en matière de référencement.....	132
iii. La contrepartie, critère ambigu pour qualifier la publicité en matière audiovisuelle....	135
iv. La contrepartie, critère flou pour qualifier la publicité en matière de marketing d'influence.....	138
b. L'existence d'une contrepartie, critère opportun pour qualifier la publicité en matière numérique.....	141
i. L'existence d'une contrepartie, critère consacré pour qualifier la publicité en droit du numérique.....	141
ii. L'existence d'une contrepartie, critère approprié pour qualifier la publicité dans l'univers numérique.....	143
B. L'absence de contrepartie à la communication de l'incitation, critère de qualification de la recommandation.....	146
1. Le fondement de l'absence du critère de la contrepartie : l'indépendance de l'émetteur de la recommandation vis-à-vis de son objet.....	146
a. L'indépendance de l'émetteur de la recommandation substantielle vis-à-vis de son objet.	147
b. L'indépendance de l'émetteur de la recommandation formelle vis-à-vis de son objet.....	149
2. La conséquence : la valeur du message communiqué.....	152
§2. La contrepartie à la communication de l'incitation, critère de distinction imparfait entre la publicité et la recommandation.....	152

A. Les limites de l'existence d'une contrepartie comme condition de qualification de la publicité	153
1. Une conception extensive de la publicité	153
a. Le déficit conceptuel relatif à la publicité	153
i. Les insuffisances tenant à la définition de la publicité	153
ii. L'imprécision de certains critères d'identification de la publicité	157
b. Les illustrations sectorielles du caractère extensif de la publicité	164
2. La mise à l'écart opportuniste de la contrepartie pour qualifier la publicité	168
a. Les illustrations de la mise à l'écart de la contrepartie pour qualifier la publicité	168
i. La mise à l'écart de la contrepartie pour qualifier la publicité audiovisuelle	168
ii. La mise à l'écart de la contrepartie pour qualifier la publicité de la part des influenceurs	173
b. La justification de la mise à l'écart de la contrepartie pour qualifier la publicité	174
B. Les limites de l'absence de contrepartie comme condition de qualification de la recommandation	176
1. L'absence d'altruisme de la part de l'émetteur de la recommandation	176
2. Le mélange des genres publicités et recommandations	179
Conclusion du titre 2	183
Conclusion de la partie 1	185
Partie 2. La qualification de la recommandation numérique	187
Titre 1. Les critères matériels de la recommandation numérique	188
Chapitre 1. L'analyse de la notion de contenu, préalable à l'appréhension matérielle de la recommandation numérique	189
Section 1. Le contenu, mal aimé du droit du numérique	189
§1. Le contenu, une notion fonctionnelle pluridisciplinaire	189
A. Une notion extra-juridique	190
1. La nature technique du contenu	190
2. Les implications économiques et politiques du contenu	192
B. Une notion reçue en droit	194
§2. Un objet juridique saisi par approximation	195
A. Un objet confus	196
B. Un objet péjoratif	198
Section 2. Le contenu, mal nommé du numérique	201
§1. Le contenu, alternativement substance et forme	202
A. Le contenu, une substance	202
B. Le contenu, une forme	204

§2. Le contenu, objet informationnel total dans l'univers numérique.....	205
Chapitre 2. La dissociation du contenu et de la recommandation numérique.....	210
Section 1. La matérialisation de la recommandation numérique : un ordonnancement suggestif de contenus.....	210
§1. La forme de la recommandation numérique : un ordonnancement de contenus.....	210
A. Le classement de contenus, forme spécifique de la recommandation numérique.....	211
1. L'irruption du classement de contenus en droit positif.....	211
a. L'inscription textuelle du classement de contenus.....	211
b. La délicate distinction entre le classement et le référencement.....	215
i. Une distinction de nature technique en droit européen.....	216
ii. Une distinction de nature sectorielle en droit français.....	219
2. L'intégration du classement à la recommandation numérique.....	222
i. Des relations ténues entre classement et recommandation numérique.....	222
ii. La distinction du classement et de la recommandation.....	224
B. L'ordonnancement de contenus, forme générique de la recommandation numérique.....	226
§2. L'effet de la recommandation numérique : une suggestion de contenus.....	230
A. La prédominance de l'effet suggestif de la recommandation numérique.....	230
B. L'insuffisance de l'effet suggestif de la recommandation numérique.....	234
1. La distinction de la recommandation numérique et de l'architecture des espaces numériques.....	235
2. La distinction de la recommandation numérique et de la promotion de contenus.....	240
Section 2. La matière première de la recommandation numérique : les contenus.....	241
§1. La diversité des contenus, objets de la recommandation numérique.....	242
A. La diversité objective des contenus, objets de la recommandation numérique.....	242
B. La diversité subjective des contenus, objets de la recommandation numérique.....	244
1. Les contenus provenant de tiers.....	245
2. Les contenus provenant en tout ou partie du fournisseur de la recommandation numérique.....	249
§2. L'irréductibilité du contenu à une recommandation numérique.....	252
A. L'ambiguïté entretenue par le législateur.....	253
B. Une irréductibilité de nature entre recommandation et contenus.....	256
Conclusion du titre 1.....	267
Titre 2. Les critères fonctionnels de la recommandation numérique.....	269
Chapitre 1. La fonction de la recommandation numérique.....	270
Section 1. La configuration de la recommandation numérique : une intermédiation.....	270
§1. La dispersion de la notion d'intermédiation.....	270
A. La modularité de l'intermédiation classique.....	270
B. La confusion de l'intermédiation opérée par le numérique.....	276

1. La confusion des notions d'intermédiation et de plateforme numérique en économie.....	276
2. La confusion des notions d'intermédiation et de plateforme numérique en droit.....	280
§2. Le recentrage de la notion d'intermédiation dans l'appréhension de la recommandation numérique.....	290
A. La recommandation numérique, une intermédiation <i>per se</i>	290
1. La contradiction apparente de la recommandation numérique.....	291
2. Les qualifications critiquables de la doctrine.....	293
a. Le rejet du courtage informationnel.....	293
b. La nuance apportée à l'infomédiation.....	295
B. La recommandation numérique, une intermédiation encadrée.....	299
1. Un encastrement personnel.....	299
2. Un encastrement sectoriel.....	300
3. Un encastrement matériel.....	301
Section 2. Les rationalités de la recommandation numérique.....	307
§1. La rationalité de la recommandation numérique pour son destinataire.....	307
A. L'aide à la décision du destinataire permise par la recommandation numérique.....	308
B. Le glissement de l'aide à la décision du destinataire à la prise de décision par le fournisseur du de la recommandation numérique.....	316
§2. La rationalité de la recommandation numérique pour les autres acteurs.....	326
A. La rationalité de la recommandation numérique pour son fournisseur.....	326
1. D'une fonction d'aide à une fonction de contrôle de la mobilité du destinataire.....	326
2. L'exclusion d'une fonction de sanction et de gouvernance pour le fournisseur de la recommandation numérique.....	333
B. La rationalité poursuivie par le fournisseur du contenu, objet de la recommandation numérique : entre visibilité et ressource économique.....	336
Chapitre 2. Le fonctionnement de la recommandation numérique.....	346
Section 1. L'appréhension systémique de la recommandation numérique.....	346
§1. La compréhension du caractère systémique de la recommandation numérique.....	346
A. La signification du caractère systémique de la recommandation numérique.....	347
B. Les implications du caractère systémique de la recommandation numérique.....	348
§2. Les composantes systémiques de la recommandation numérique.....	353
A. Les données, carburant du système de recommandation numérique.....	353
1. L'ambiguïté de la notion de donnée.....	353
2. Les catégorisations existantes des données.....	356
a. La distinction entre données brutes et données travaillées.....	356
b. La distinction entre données et métadonnées.....	357
c. La distinction entre données personnelles et données non personnelles.....	361
B. Les algorithmes, actants du système de recommandation numérique.....	363
1. La caractérisation des algorithmes.....	363

a. Les fonctions de l'algorithme.....	363
b. Les méthodes algorithmiques.....	366
2. Les classifications des algorithmes.....	370
a. Les classifications extra-juridiques des algorithmes de recommandation.....	370
b. Les classifications juridiques des algorithmes.....	371
Section 2. La qualification du système de recommandation numérique.....	378
§1. Un traitement de données <i>a minima</i>	378
A. Un traitement en dehors du champ du droit des données à caractère personnel.....	379
1. Les errements relatifs à la « <i>personnalisation</i> » des algorithmes de recommandation.....	379
2. Le périmètre des recommandations algorithmiques non personnalisées.....	384
B. Un traitement de données néanmoins encadré par le droit.....	390
1. L'encadrement en amont des traitements de données à caractère non personnel : l'exemple des <i>cookies</i>	390
2. L'encadrement en aval des traitements de données à caractère non personnel : l'exemple du partage des données entre fournisseurs.....	393
§2. Un traitement de données personnelles <i>a maxima</i>	395
A. L'application de la qualification de traitement à caractère personnel aux recommandations non personnalisées.....	395
1. Une qualification extensive de la donnée à caractère personnel.....	396
a. Une appréhension large des conditions de qualifications de la donnée à caractère personnel.....	397
i. Une information.....	397
ii. La personne physique, bénéficiaire de la protection.....	399
iii. Une information « <i>relative à</i> » une personne physique.....	399
iv. L'identification ou l'identifiabilité de la personne physique.....	401
b. Des données à caractère non personnel potentiellement qualifiées de données à caractère personnel.....	410
i. Le caractère relatif de la distinction entre données à caractère non personnel et données à caractère personnel.....	410
ii. La réduction drastique du périmètre des données à caractère non personnel : l'exemple des métadonnées.....	412
2. L'application du RGPD aux recommandations non personnalisées.....	415
a. L'application du RGPD aux recommandations non personnalisées en cas d'ensembles de données mixtes.....	416
b. L'application du RGPD aux recommandations non personnalisées avant l'anonymisation des données à caractère non personnel.....	417
B. L'application de la qualification de traitement de données personnelles aux recommandations personnalisées.....	419
1. Le profilage, technique au cœur des recommandations personnalisées.....	419

2. L'incertitude quant à la qualification de prise de décision automatisée sur la base d'un profilage aux recommandations personnalisées.....	424
a. Des liens extrêmement ténus entre profilage et décision.....	424
b. Les doutes quant à l'application de l'article 22 du RGPD aux recommandations personnalisées.....	428
i. Les difficultés d'application des critères de l'article 22 du RGPD à l'égard du <i>scoring</i> bancaire et de la publicité ciblée.....	428
ii. Les difficultés d'application des critères de l'article 22 du RGPD aux recommandations personnalisées.....	439
Conclusion du titre 2.....	446
Conclusion de la partie 2.....	447
Conclusion générale.....	448
Bibliographie.....	454
§1. Ouvrages généraux, traités, manuels et dictionnaires.....	454
§2. Ouvrages spéciaux, thèses, essais et monographies.....	456
§3. Articles, contributions et fascicules.....	462
§4. Rapports, études et avis.....	494
§5. Table des décisions, arrêts, jugements avec notes.....	499
A. Juridictions françaises.....	499
1. Juridictions de l'ordre judiciaire.....	499
2. Juridictions de l'ordre administratif.....	506
B. Juridictions européennes.....	506
C. Décisions du Conseil constitutionnel.....	510
D. Décisions d'autorités administratives indépendantes et d'autorités publiques indépendantes....	511
§6. Communiqués de presse.....	511
Index.....	513
Table des matières.....	520

La notion de recommandation numérique. Essai de conceptualisation.

Résultats de recherche, fils d'actualités, avis en ligne, communications d'influenceurs, publicités en ligne ... Tout autant de pratiques incitatives permettant à l'internaute de se repérer au sein d'une offre pléthorique de contenus en ligne et pouvant *a priori* correspondre à l'expression de « recommandation numérique ». La notion de recommandation numérique n'a pourtant fait l'objet d'aucune conceptualisation alors même qu'il existe des règles de droit qui lui sont applicables. Dès lors, la mise au jour de cette notion apparaît nécessaire afin d'identifier puis de qualifier ce qui déclenchera l'application de règles particulières.

L'identification de la notion de recommandation numérique permet d'abord de la situer aux côtés de deux notions avec lesquelles elle entretient des liens de parenté parfois contradictoires : l'information et la publicité.

L'étude propose dès lors deux séries de critères de qualification aptes à saisir la notion de recommandation numérique qui en affecte le périmètre. D'un point de vue matériel, la recommandation numérique possède une nature formelle : il s'agit d'un ordonnancement suggestif de contenus et non d'un contenu incitatif. Cette nature est corroborée par l'existence d'un régime juridique lui aussi formel car fondé sur la transparence, tandis que les contenus incitatifs sont soumis à des règles de fond. D'un point de vue fonctionnel, il s'agit d'une intermédiation informationnelle plus large qu'imaginée dans la mesure où elle peut être de nature personnalisée ou non. Elle demeure néanmoins fondée sur un traitement algorithmique de données à caractère personnel ou non personnel et, par conséquent, soumise au droit des données.

Mots-clés en français : recommandation, information, publicité, avis en ligne, influenceurs, intermédiation, plateformes, algorithmes, données

The Notion of Digital Recommendation. Towards a Conceptual Framework.

Search results, news feeds, online reviews, influencer communications, online advertising ... These are all incentive practices that enable internet users to find their way through a plethora of online content and could, in principle, be described as "digital recommendations". However, the notion of digital recommendation has not been conceptualized, even though there is a legal framework governing it. It is therefore necessary to clarify this concept in order to identify and define what will trigger the application of specific rules.

Identifying the notion of digital recommendation allows us to situate it alongside two concepts with which it has sometimes contradictory links: information and advertising.

The study therefore proposes two sets of qualification criteria that capture the concept of digital recommendation and its scope. From a material point of view, digital recommendation is formal in nature: it is a suggestive ordering of content rather than incentive-based content. This nature is corroborated by the existence of a legal regime that is also formal, as it is based on transparency, whereas incentive-based content is subject to substantive rules. From a functional point of view, it is a broader form of information intermediation than imagined, particularly because it can be personalized or not. Nevertheless, it remains based on the algorithmic processing of personal or non-personal data and is therefore subject to data law.

Mots-clés en anglais : recommendation, information, advertising, online reviews, influencers, intermediation, platforms, algorithms, data

Discipline : SCIENCES JURIDIQUES

Spécialité : Droit privé

Université de Reims Champagne-Ardenne

CEJESCO - EA 4693

57 rue Pierre Taittinger - 51100 REIMS

