



**HAL**  
open science

## Plateformes numériques et cerveau: entre puissance des plateformes et (im)puissance du droit

Walid Chaiehloudj

► **To cite this version:**

Walid Chaiehloudj. Plateformes numériques et cerveau: entre puissance des plateformes et (im)puissance du droit. in Cerveau(x) et droit (dir. J. Mestre et S. Lacroix-De Sousa), LGDJ,, pp. 353-377, 2022. hal-03652880

**HAL Id: hal-03652880**

**<https://hal.science/hal-03652880v1>**

Submitted on 13 Nov 2024

**HAL** is a multi-disciplinary open access archive for the deposit and dissemination of scientific research documents, whether they are published or not. The documents may come from teaching and research institutions in France or abroad, or from public or private research centers.

L'archive ouverte pluridisciplinaire **HAL**, est destinée au dépôt et à la diffusion de documents scientifiques de niveau recherche, publiés ou non, émanant des établissements d'enseignement et de recherche français ou étrangers, des laboratoires publics ou privés.

# Plateformes numériques et cerveau : entre puissance des plateformes et (im)puissance du droit

Walid CHAIEHLOUDJ

*Agrégé des facultés de droit,  
Professeur à l'université de Perpignan,  
Chercheur associé au Gredeg-Credec, Université Côte d'Azur*

**Le temps de cerveau disponible.** À en croire le sociologue Gérard Bronner, les plateformes numériques devraient être observées au XXI<sup>e</sup> siècle comme des créatures terrifiantes. Elles ne seraient rien de moins que des « *monstres attentionnels* »<sup>1</sup>. Ayant pour arme les écrans, qu'il s'agisse de l'écran des ordinateurs ou des téléphones portables, ces plateformes numériques dévoreraient « *notre temps de cerveau disponible* »<sup>2</sup>, et ce, à des fins économiques et commerciales. Précisons d'emblée que l'expression « temps de cerveau disponible » n'est guère nouvelle. Elle désigne et marque la libération du corps et de l'esprit de l'être humain qui pendant longtemps furent accaparés par des tâches fastidieuses qu'elles soient de nature domestique ou liées au travail. Aussi l'augmentation du temps de cerveau disponible devrait-elle être accueillie par des réactions très positives, voire par un magnifique engouement. En effet, l'accroissement de notre temps de cerveau disponible devrait permettre aux êtres humains de bénéficier d'une plus grande liberté d'action, d'un meilleur repos et, surtout, de sortir d'une lourde servitude. Ces dernières années, cette libération du cerveau a atteint un niveau phénoménal et jamais égalé dans l'histoire de l'humanité. Grâce aux nouvelles technologies du numérique notamment, l'être humain serait plus libre que par le passé. Il aurait plus de temps pour s'adonner à ses passions, se cultiver ou encore passer du temps en famille. À titre d'exemple en France, le temps de travail ne représenterait plus que 11 % du temps éveillé sur toute une vie alors qu'il équivalait à environ 48 % de ce temps au début du XIX<sup>e</sup> siècle<sup>3</sup> ! Est-ce à dire que nous vivons dans le meilleur des mondes ? Que ce temps de cerveau disponible est utilisé à bon escient ?

**Les dérives.** Malheureusement, l'avènement du capitalisme de surveillance<sup>4</sup>, que d'aucuns qualifient également de capitalisme numérique, n'a pas produit les effets escomptés. Qu'on se souvienne des

---

<sup>1</sup> G. BRONNER, *Apocalypse cognitive*, Paris, PUF, 2021, p. 79.

<sup>2</sup> *Ibid.*

<sup>3</sup> *Ibid.*, p. 31.

<sup>4</sup> Voy. not. S. SHOSHANA, *L'âge du capitalisme de surveillance*, Zulma, 2019, qui donne huit définitions de ce capitalisme de surveillance. Cette expression désigne entre autres « un nouvel ordre économique qui revendique l'expérience humaine comme matière première gratuite à des fins pratiques commerciales dissimulées d'extraction, de prédiction et de vente » ou encore « une logique économique parasite selon laquelle la production des biens et des services est subordonnée à une nouvelle architecture globale de modification des comportements ».

propos de l'écrivain Théophile Gautier qui prédisait en 1848 que « les machines feront désormais toutes les besognes pénibles, ennuyeuses et répugnantes. Le républicain, grâce à ses ilotes à vapeur, aura le temps de cultiver [...] son esprit »<sup>5</sup>. Cultiver son esprit ? Cet espoir apparaît pour l'heure déçu. Car les plateformes numériques ne sont pas animées par le même dessein. L'Homme *libéré* par le numérique n'est pas nécessairement un Homme plus cultivé... La réalité du moment est même effrayante. Selon certains spécialistes, *homo numericus* verrait non seulement son intelligence entravée, mais également sa santé menacée<sup>6</sup> par les nouveaux usages du numérique. Les premières victimes des plateformes numériques seraient selon les spécialistes tant les enfants et les adolescents que les jeunes adultes. Les *digital natives* constitueraient des « proies numériques »<sup>7</sup> au point que « le cerveau même des membres de cette génération postnumérique se serait modifié »<sup>8</sup>.

**Une nouvelle civilisation.** Cette société du numérique est appelée par certains « civilisation du poisson rouge ». Pourquoi avoir retenu une telle expression si péjorative ? Le poisson rouge n'est-il pas l'archétype de l'animal aux capacités cognitives limitées ? Pour la comprendre, il faut se tourner vers les États-Unis. Google, l'un des géants de l'internet détenant de nombreuses plateformes numériques notoires telles que Youtube ou Google Search, a annoncé avoir calculé le fameux *attention span*, à savoir l'attention du poisson rouge. Selon les calculs de l'entreprise américaine, un poisson rouge serait incapable de fixer son attention au-delà de 8 secondes. Le chiffre est dérisoire et montre combien le cerveau de ce petit poisson est insignifiant. Mais l'entreprise ne s'est pas arrêtée là ! Ses superordinateurs ont mesuré également le temps d'attention de la génération des Millenials<sup>9</sup>. Et le résultat obtenu donne le vertige. 9 secondes ! 9 petites secondes... soit 1 seconde de plus qu'un télescope<sup>10</sup>. Aussi l'attention maximale des enfants du numérique est-elle d'une infinie petitesse. C'est dire que les plateformes numériques ont profondément bouleversé notre cerveau. En effet, nos capacités cognitives se réduisent à la vitesse grand V. À mesure que l'usage de nos téléphones portables et ordinateurs augmente, notre intelligence diminue. Comment en est-on arrivé là ? Comment les

---

<sup>5</sup> T. GAUTIER, *Fusains et eaux fortes*, 1848.

<sup>6</sup> M. DESMURGET, *La fabrique du crétin digital*, Paris, Points, 2020, p. 197.

<sup>7</sup> B. Patino, *La civilisation du poisson rouge – Petit traité sur le marché de l'attention*, Paris, Grasset, 2019, p. 27.

<sup>8</sup> M. DESMURGET, préc., p. 9.

<sup>9</sup> Il s'agit de « ceux qui sont nés avec la connexion permanente et ont grandi avec un écran tactile au bout des doigts. Ceux qui, comme nous, ne peuvent s'empêcher de sentir une vibration au fond de leur poche ; ceux qui dans les transports en commun, avancent l'œil rivé sur le smartphone, concentrés dans l'espace-temps de leur écran ». Voy. B. PATINO, préc., p. 14.

<sup>10</sup> Le télescope, ou le *carassius auratus auratus*, est une race de poisson rouge. On le nomme « Yeux de Dragon » en Chine et « Demekin » au Japon.

plateformes numériques réussissent-elles à nous garder des heures les yeux rivés sur notre ordinateur ou sur notre téléphone ?

**Une société d'exposition.** Pour le dire simplement, les plateformes numériques se jouent de nous et se servent des caractéristiques bien particulières du cerveau humain. Autrement dit, pour « saccager notre attention »<sup>11</sup>, elles tirent profit de nos faiblesses cognitives et de notre penchant naturel au bonheur immédiat et à la satisfaction instantanée. Car les plateformes numériques le savent très bien, « si les écrans nous attirent plus que d'autres sources de divertissement, c'est aussi parce que notre cerveau a été constitué pour traiter massivement des informations visuelles »<sup>12</sup>. Ainsi les neuroscientifiques ont-ils pu démontrer que la moitié du cortex cérébral serait consacrée à l'analyse du monde visuel<sup>13</sup>... Pour autant, rien ne nous oblige à nous aliéner aux plateformes, le cerveau humain étant également capable de résistance, voire de résilience<sup>14</sup>. Toujours est-il que la civilisation du poisson rouge semble à ce jour inapte au sursaut. Ce sursaut *pourrait-il* ou *devrait-il* être déclenché par une intervention du Droit ? La réponse n'est pas si évidente. Car avant d'agir, encore faut-il que les tendances contemporaines soient comprises par le législateur. Pour ce faire, le juriste ne peut marcher seul. Il doit s'allier à des sciences auxiliaires, telles que la sociologie. Que nous dit-elle ? Que l'émergence des plateformes numériques nous a plongés dans une nouvelle société. Nous ne vivrions plus dans une « société du spectacle »<sup>15</sup> magistralement décrite par Guy Debord ; ni exactement dans la « société punitive »<sup>16</sup> dépeinte par Michel Foucault. Peut-être nous rapprocherions-nous davantage de la « société de contrôle »<sup>17</sup> préfigurée par Gilles Deleuze. La plus récente recherche nous apprend toutefois tout autre chose.

---

<sup>11</sup> M. DESMURGET, préc., p. 316.

<sup>12</sup> G. BRONNER, *Apocalypse cognitive*, préc., p. 86.

<sup>13</sup> B. CONNORS, M. PARADISO, A. NIEOUILLO, *Neurosciences : à la découverte du cerveau*, Pradel, 2007, p. 279.

<sup>14</sup> Dans le langage courant, le mot résistance et souvent confondu avec le mot résilience. Or comme le relève un auteur, « le mot "résilience", qui vient du latin *re-salire* (ressaut, résilier), est régulièrement employé dans les sciences physiques où il désigne l'aptitude d'un matériau à résister aux chocs et à reprendre une forme convenable. Comme très souvent en psychologie et particulièrement chez Freud, ce phénomène physique a servi de métaphore pour illustrer l'idée qu'un être humain peut résister à un trauma, tenir le coup et redémarrer ». B. CYRULNIK, « Pourquoi la résilience ? » in *Résilience : Connaissances de base*, B. CYRULNIK, G. JORLAND (dir.), Odile Jacob, 2012, p. 8.

<sup>15</sup> G. DEBORD, *La société du spectacle*, Buchet-Chastel, 1967.

<sup>16</sup> M. FOUCAULT, *La société punitive. Cours au Collège de France (1972-1973)*, Paris, Gallimard/Seuil, 2013. Ce dernier rejetait la thèse de Debord et estimait que « notre société n'[était] pas celle du spectacle, mais [celle] de la surveillance ». voy. M. FOUCAULT, *Surveiller et punir : Naissance de la prison*, Paris, Gallimard, 1975, p. 252.

<sup>17</sup> G. DELEUZE, « Post-scriptum sur les sociétés de contrôle » in *Pourparlers 1972-1990*, éditions de Minuit, 1990, p. 241.

Aujourd'hui, ce serait surtout dans « *une société d'exhibition et d'affichage que nous vivons* »<sup>18</sup> : une société d'exposition. Cette thèse a récemment été défendue par Bernard Harcourt. Ce dernier soutient que dans cette société, « nous sommes devenus indifférents au risque de la transparence numérique, ou simplement dépassés par les plaisirs que nous procurent les bonbons rouges et la gélatine verte de Candy Crush, [...] les recommandations de livres, étonnamment parfaites que propose Amazon »<sup>19</sup>. C'est dire que notre cerveau est désormais conditionné à l'exposition, et ce, au détriment de la protection de notre vie privée ! Face à l'attraction des plateformes, nous acceptons peu ou prou consciemment, mais surtout volontairement, de nous exposer. Or cette exposition n'est pas sans risque tant pour notre cerveau que pour notre société. Le risque identifié apparaît double. D'une part, notre « moi numérique »<sup>20</sup> offre de précieuses données aux plateformes, données qui ne sont pas neutres puisqu'elles alimentent leur puissance. En effet, ce sont précisément ces données qui permettent aux plateformes de manipuler nos cerveaux et de provoquer par ricochet des troubles mentaux tels que l'addiction ou de nouvelles maladies directement engendrées par l'utilisation excessive des plateformes. D'autre part, la manipulation de nos cerveaux entraîne un péril démocratique. En effet, « le filtrage des informations, l'incitation permanente à l'engagement fondé sur nos émotions et nos opinions, le renforcement des croyances, les manipulations que [les plateformes] autorisent, constituent une menace palpable pour les démocraties »<sup>21</sup>. L'actualité fournit une illustration topique de cette menace. Ne sont-ce pas les réseaux sociaux qui ont provoqué l'assaut du Capitole à Washington par des milliers de manifestants en janvier 2021 ?<sup>22</sup> Quant à la prolifération de *fake news* et de *deep fakes*, ne conduit-elle pas à une manipulation ostensible de nos opinions politiques ?

**Plan.** En somme, le tableau, trop rapidement brossé, révèle que les plateformes numériques se livrent une « bataille pour notre cerveau »<sup>23</sup>. Mais celle-ci n'est pas accessible à toutes. Seul un petit orbe d'entreprises peut graviter autour de notre cortex et guerroyer pour capturer notre attention. Pour l'heure, elles se comptent sur les doigts d'une main... Il s'agit des *Big techs* que l'on désigne également par

---

<sup>18</sup> B. E. HARCOURT, *La société d'exposition*, Paris, Édition du Seuil, 2020, p. 27.

<sup>19</sup> *Ibid.* (nous soulignons).

<sup>20</sup> Ce moi numérique serait « une nouvelle identité virtuelle [...] aujourd'hui plus tangible, plus fiable, plus stable que notre moi analogique ». Voy. B. E. HARCOURT, préc., p. 8.

<sup>21</sup> F. LEVÊQUE, *Les entreprises hyperpuissantes : Géants et Titans, la fin du modèle global ?*, Odile Jacob, 2021, p. 9.

<sup>22</sup> Sur le sujet : voy. D. CHAVALARIS, *Toxic Data : Comment les réseaux manipulent nos opinions*, Paris, Flammarion, 2022, p. 7 et s.

<sup>23</sup> S. GALLOWAY, *The four, le règne des quatre : la face cachée d'Amazon, Apple, Facebook et Google*, Quanto, 2018, p. 231.

l'acronyme MAGMA<sup>24</sup>. Aussi, pour attirer notre attention et aspirer ce nouvel or noir qu'est notre temps de cerveau disponible, encore faut-il être un Géant ou un Titan, en d'autres termes « une entreprise hyperpuissante »<sup>25</sup>. C'est dire que le Droit ne peut rester silencieux. Si d'aucuns estiment qu'un droit des plateformes numériques émerge<sup>26</sup>, on peut grandement douter de son efficacité. Les réactions législatives, qui certes ont le mérite d'exister, demeurent insatisfaisantes et ne sont pas entièrement à la hauteur des enjeux contemporains. Autrement dit, à la puissance des plateformes (I) répond actuellement une (im)puissance du Droit (II).

## I – LA PUISSANCE DES PLATEFORMES NUMÉRIQUES

**Manifestation et incidence.** S'intéresser à la puissance des plateformes, c'est d'abord tenter de mettre en évidence ses manifestations (A). C'est ensuite s'arrêter sur ses incidences (B).

### A. Les manifestations de la puissance

**Économie et technologie.** Comme indiqué liminairement, seul un petit nombre de plateformes numériques semblent capables d'attirer l'attention humaine. Elles ont toutes un point commun. Non seulement, ce sont des géants économiques (1), mais également des géants technologiques (2).

#### 1. Les manifestations économiques

**L'économie de l'attention.** Avec les plateformes numériques, nous sommes entrés dans une ère économique nouvelle : celle du capitalisme cognitif<sup>27</sup>. Et ce capitalisme a sa propre économie. On la désigne sous l'expression d'« économie de l'attention ». Au cœur de celle-ci réside donc l'attention humaine, si bien que ce qui est convoité, c'est le temps des utilisateurs. En effet, cette économie a pour spécificité de se nourrir de notre temps de cerveau disponible, non pas à des fins philanthropiques, mais

---

<sup>24</sup> L'acronyme MAGMA désigne cinq entreprises : Microsoft, Apple, Google, Meta, Amazon.

<sup>25</sup> F. LEVÊQUE, *Les entreprises hyperpuissantes : Géants et Titans, la fin du modèle global ?*, préc.

<sup>26</sup> X. DELPECH (dir.), *L'émergence d'un droit des plateformes*, Dalloz, 2021.

<sup>27</sup> Y. MOULIER-BOUTANG, « Digital economy : our attention during free time has value for business », *Polytechnique insight -A review by Institut Polytechnique de Paris*, 8 juill. 2021, <https://www.polytechnique-insights.com/en/braincamps/digital/of-machines-and-men-new-challenges-of-digital-technology/digital-economy-our-attention-during-our-free-time-has-economical-value-to-businesses/>. Voy. ég. G. BRONNER, *La démocratie des crédules*, Paris, PUF, 2013, p. 23, qui parle de « marché cognitif ». Le sociologue estime que « le marché cognitif est une image qui permet de représenter l'espace fictif dans lequel se diffusent les produits qui informent notre vision du monde : hypothèses, croyances, informations, ect. ».

à des fins pécuniaires. C'est en quelque sorte l'art de capter de la valeur appartenant à autrui<sup>28</sup>. Concrètement, dans l'économie de l'attention, les entreprises ne cherchent plus à produire un bien physique et à en tirer un bénéfice par la vente. Elles s'attachent plutôt à monnayer l'attention qu'elles capturent<sup>29</sup>. Aussi, pour arriver à générer un maximum de profits, les plateformes numériques ont construit un modèle économique solide : le modèle biface d'intermédiation<sup>30</sup>. Il s'agit d'un modèle où la plateforme numérique met en relation les utilisateurs sur un versant du marché pour revendre sur un autre versant du marché les informations acquises grâce au temps passé par les utilisateurs sur sa plateforme<sup>31</sup>. Autrement dit, plus la plateforme arrive à maintenir l'attention des utilisateurs sur son fil d'actualité ou sur son moteur de recherche, plus elle emmagasinerà des informations sur eux, informations qu'elle pourra par la suite revendre au prix fort aux annonceurs. Car ces informations sont éminemment précieuses. Elles permettent aux annonceurs de faire de la publicité ciblée, voire personnalisée<sup>32</sup> et ainsi de multiplier leurs profits en sollicitant des ventes auprès des consommateurs les plus intéressés par leurs produits ou services. Ce n'est pas à dire que d'autres modèles n'existent pas. En réalité, ce modèle biface coexiste avec des modèles plus traditionnels. Certaines plateformes numériques se rémunèrent par exemple *via* des abonnements directement prélevés auprès des utilisateurs. C'est le modèle Netflix. Quoique ce modèle soit différent, il ne faut pas s'y méprendre. Il s'agit toujours d'économie de l'attention. Pour preuve, le patron de Netflix n'avait-il pas avoué que son plus grand concurrent était... le sommeil<sup>33</sup> ?

**Taille des entreprises.** Autre élément essentiel, dans l'économie de l'attention ; mieux vaut-il être une entreprise de grande taille. Plus l'entreprise sera importante, plus elle sera à même d'attirer l'attention des utilisateurs. Pour manipuler les cerveaux, soyez géants ! Il est vrai que tant par leur capitalisation que par leur nombre d'utilisateurs, les entreprises détenant les plateformes du numérique sont des mastodontes économiques. Ainsi, Meta qui détient les réseaux sociaux Instagram et Facebook,

---

<sup>28</sup> Voy. Y. EL YAHYAOUÏ, *Économie des plateformes numériques : Captation de la valeur, pouvoir de marché et communs collaboratifs*, préf. E. Mazuyer, L'Harmattan, 2021.

<sup>29</sup> G. FRANCK, « Économie de l'attention » in *L'économie de l'attention : Nouvel horizon du capitalisme ?*, La découverte, 2014, p. 55

<sup>30</sup> J.-C. ROCHET, J. TIROLE, « Platform Competition in Two-Sided Markets », 1 *Journal of European Economic Association* 990 (2003).

<sup>31</sup> La doctrine américaine nomme ces plateformes d' « attention brokers »<sup>31</sup>. Elle les considère comme des revendeurs d'attention humaine. Elle explique que la plateforme attire l'attention de ses utilisateurs en leur fournissant une prestation, qu'il s'agisse de divertissement, d'informations ou de services gratuits, puis revend cette attention en contrepartie d'argent. Voy. T. WU, « Blind Spot: The Attention Economy and the Law 82 » *Antitrust L. J.* 3 (2019).

<sup>32</sup> E. COMBE, *Vers des prix personnalisés à l'heure du numérique ?*, Fondapol, 2019, p. 24 et s.

<sup>33</sup> A. HERN, « Netflix's biggest competitor? Sleep », *The Guardian*, 18 avr. 2017, <https://www.theguardian.com/technology/2017/apr/18/netflix-competitor-sleep-uber-facebook>

a une capitalisation boursière d'environ 1 000 milliards de dollars et peut se targuer d'avoir environ 3 milliards d'utilisateurs à travers le monde ! De son côté, Alphabet, anciennement nommé Google, a une capitalisation boursière de plus de 2 000 milliards de dollars et sa plateforme Youtube réunit plus de 2 milliards d'utilisateurs à travers le monde. C'est dire que cette économie de l'attention a construit un nouvel « ordre économique »<sup>34</sup> : l'ordre des *winner*... Comme le soulignent les auteurs d'une note remarquée, « dans de nombreux cas, le marché est dominé par l'entreprise qui a su amorcer avant les autres une croissance exponentielle, entraînée par un effet "boule de neige". La victoire ne va pas nécessairement à la première entrée sur le marché, mais plutôt à celle dont la croissance est plus précoce et plus soutenue que celle de ses concurrents »<sup>35</sup>. Ce qui est décrit ici, c'est le fameux principe « winner takes all » !

## ***2. Les manifestations technologiques***

**Entre données et algorithmes.** Pour manipuler nos cerveaux, les plateformes numériques utilisent des outils désormais connus. Elles recourent tant aux algorithmes qu'à nos données. À vrai dire, les uns ne vont pas sans les autres puisque ce sont nos données qui permettent aux algorithmes de fonctionner. Ce sont à proprement parler leur carburant. Mais qu'est-ce donc qu'un algorithme ? Comme l'explique un auteur, « un algorithme est une série d'instructions permettant d'obtenir un résultat. À très grande vitesse, il opère un ensemble de calculs à partir de gigantesques masses de données (les *big data*). Il hiérarchise l'information, devine ce qui nous intéresse, sélectionne les biens que nous préférons et s'efforce de nous suppléer dans de nombreuses tâches. Nous fabriquons ces calculateurs, mais en retour ils nous construisent », si bien qu'« il n'est plus beaucoup de gestes quotidiens, d'achats, de déplacements, de décisions personnelles ou professionnelles qui ne soient orientés par une infrastructure de calculs »<sup>36</sup>. En d'autres mots, les algorithmes ne sont pas neutres à l'égard de notre cerveau. Un algorithme de classement par exemple pourra fortement influencer notre prise de décision qu'il s'agisse d'un achat, d'une rencontre amoureuse ou encore d'offres d'emploi.

**Contagion algorithmique.** L'un des phénomènes les plus délétères pour notre cerveau provient de ce que l'on nomme la « contagion algorithmique ». Cette expression désigne des recommandations algorithmiques faites entre deux comptes et s'appuyant sur des engagements de contenus. Cette technique peut conduire un utilisateur à voir des contenus de personnes avec lesquelles il est connecté alors même que ces personnes n'avaient pas l'intention de les partager avec lui. Aussi, « si un compte surréagit à un certain type de contenu, alors son environnement social y sera exposé à outrance et aura

---

<sup>34</sup> B. PATINO, préc., p. 17.

<sup>35</sup> N. COLLIN *et alii*, « Économie numérique », *Notes du Conseil d'analyse économique*, n° 26, oct. 2015.

<sup>36</sup> D. CARDON, *À quoi rêvent les algorithmes : Nos vies à l'heure des big data*, Paris, Édition du Seuil, 2015, p. 7 (nous soulignons).



plus de chance d'être influencé par ce type de contenu, sans que personne n'ait nécessairement souhaité cette surexposition »<sup>37</sup>. Songeons à l'hypothèse où un ami sur Facebook partage à l'excès des articles contre le nucléaire. Cette agitation épidermique aura pour effet de noyer notre fil d'actualité d'articles, souvent au titre choc, dénonçant les méfaits du nucléaire sur l'environnement. Pis encore, les technologies algorithmiques peuvent provoquer une auto-contamination ! C'est dire que sur les réseaux sociaux, il ne faut pas s'intéresser trop longtemps à un sujet. Car les algorithmes de recommandation sont des machines à réduire notre espace informationnel. En fonction des préférences qu'ils nous prêtent, les algorithmes nous enferment dans un bocal d'informations, dans une « bulle de filtre »<sup>38</sup> tant et si bien que notre exploration du monde s'engagera dans un sens unique. Ainsi le monde de la complexité s'effacera-t-il pour laisser place à un monde beaucoup plus simpliste où notre croyance reçoit l'onction d'une myriade d'articles plus ou moins fiables... On parle en psychologie d'« effet de répétition » : plus nous rencontrons les mêmes posts, les mêmes articles, les mêmes tweets et, en définitive, les mêmes arguments, et plus nous avons le sentiment qu'ils sont vrais<sup>39</sup>. Autre problème, les algorithmes peuvent nous emprisonner dans un univers de médiocrité et condamner le cerveau à une stimulation de faible intensité. En effet, un algorithme peut amplifier la médiocrité de nos choix. Malheur à celui qui aura laissé des traces d'intérêt d'une grande pauvreté intellectuelle ! En ce cas, l'algorithme ne l'aidera ni à s'émanciper de ses mauvais choix ni à édifier son esprit<sup>40</sup>.

**Système de récompense.** La puissance des algorithmes se déploie également par le système de récompense aléatoire qu'ils intègrent parfois. Ici, les plateformes ont simplement repris à leur compte les résultats des recherches menées par le professeur Skinner. Ce dernier avait mis en lumière le biais comportemental que produisent les systèmes de récompense aléatoire. Ces systèmes, au lieu de décourager les personnes, entraînent une compulsion qui se transforme en addiction. Aussi, au lieu de démotiver les personnes, la récompense irrégulière provoque une impossibilité d'éloignement... Certaines plateformes, comme Tinder, utilisent des mécanismes similaires. L'intelligence artificielle de la célèbre plateforme de rencontre entretient une alternance volontaire entre profils proches des choix passés et potentiellement susceptibles de plaire et profils plus éloignés ne remplissant pas les critères établis par les utilisateurs. Cette sérendipité produite par l'algorithme a un effet redoutable : « elle

---

<sup>37</sup> D. CHAVALARIAS, préc., p. 75.

<sup>38</sup> E. PRISER, *The Filter Bubble: What The Internet Is Hiding From You*, Penguin, 2012.

<sup>39</sup> G. PENNYCOOK et alii, « Prior Exposure Increases Perceive Accuracy of Fake News » *Journal of Experimental Psychology*, 2018, p. 147.

<sup>40</sup> G. BRONNER, *Apocalypse cognitive*, préc., p. 294.

*permet de lier le résultat à une part d'incertitude, et de créer, pour l'utilisateur, la possibilité addictive d'être tantôt déçu, tantôt émerveillé* »<sup>41</sup>.

## **B. Les incidences de la puissance**

**Du psychologique au démocratique.** La puissance des plateformes pose d'inquiétants problèmes tant pour l'Homme que pour le citoyen. Aujourd'hui, on peut assurément affirmer que l'usage abusif du numérique produit des effets pernicioeux au moins à deux égards. D'abord, les manipulations cognitives affectent notre santé mentale. Aussi l'ère des plateformes, c'est également l'ère des maladies nouvelles du cerveau et l'hypertrophie de maladies anciennes. Ensuite, l'exposition excessive aux écrans entraîne de lourdes conséquences sur nos sociétés démocratiques. Car nos choix politiques ne sont plus arbitrés en toute autonomie<sup>42</sup>... Les réseaux sociaux nous influencent. En d'autres mots, la puissance des plateformes a une double incidence. Non seulement, elle a une incidence sur notre santé mentale (1), mais également une incidence sur le jeu démocratique (2).

### ***1. Les incidences psychologiques***

**La naissance du crétin digital.** L'excès de plateforme nuit-il à la santé ? La neuroscience répond par l'affirmative. Un spécialiste réputé a récemment tiré la sonnette d'alarme à cet égard. Son ouvrage est une philippique contre les écrans et les plateformes. Ces dernières sont accusées d'affaiblir les capacités cognitives des enfants et des adolescents et d'avoir fabriqué des crétins digitaux<sup>43</sup>. L'une des causes de cette fabrication serait le manque de sommeil. Les plateformes ont par exemple donné naissance à une nouvelle pathologie : le syndrome du « dormeur sentinelle ». Cette maladie frappe les personnes qui ne peuvent s'empêcher dans la soirée de prendre leur téléphone tantôt pour regarder un mail tantôt pour voir si le dernier *post* publié sur les réseaux sociaux a obtenu le nombre de *likes* ou de *retweets* espérés. Or le sommeil joue un rôle fondamental pour notre cerveau. En effet, « lorsque le cerveau ne dort pas assez ou pas assez bien, il ne peut se concentrer efficacement sur des tâches quotidiennes »<sup>44</sup>. Et c'est notamment pour les enfants que le manque de sommeil a des effets très graves. Car ce temps de sommeil est un temps de repos nécessaire pour la construction de leur cerveau. À ce titre, une vaste étude

---

<sup>41</sup> B. PATINO, préc., p. 35.

<sup>42</sup> Cette idée a déjà été exprimée par une doctrine parfaitement autorisée : « L'économie de l'attention numérique peut encore avoir des conséquences sur la démocratie puisque ce sont en grande partie des acteurs privés qui conçoivent des interfaces et les modalités de diffusion de contenus, alors même qu'ils sont devenus des espaces essentiels au débat démocratique ». Voy. C. ZOLYNSKI *et alii*, « L'économie de l'attention saisie par le droit », *Dalloz IP/IT* 2019, p. 614.

<sup>43</sup> M. DESMURGET, préc., p. 332.

<sup>44</sup> *Ibid.*, p. 336.

américaine devrait nous inquiéter. Elle a révélé que les adolescents dorment un peu plus de six heures par nuit au lieu des neuf heures recommandées, soit quasiment deux heures de moins... Cette extension de l'insomnie serait due aux écrans qui tiennent de plus en plus les adolescents déraisonnablement éveillés. Un grand nombre d'entre eux auraient désormais du mal « à résister à l'appel d'une notification ou à la vérification qu'il ne s'est rien passé pendant qu'imprudemment ils s'étaient endormis »<sup>45</sup>. Physiologiquement, cela se traduit par la sécrétion de mélatonine – que l'on nomme communément l'« hormone du sommeil » – laquelle dépend des caractéristiques de luminosité. Ainsi la lumière dégagée par nos écrans trompe-t-elle notre cerveau ; elle lui fait croire qu'il fait encore jour alors même que la nuit est d'ores et déjà tombée.

**Des fragilités mentales.** Outre le trouble du sommeil, les plateformes ont déclenché d'autres pathologies répertoriées par le Near Future Laboratory. Selon ce laboratoire de recherche privée, les plateformes ont engendré des phénomènes de compulsion qui s'expriment par l'impossibilité pour une personne de résister à son envie d'aller naviguer sur sa plateforme préférée. Quatre fragilités mentales ont à ce jour été répertoriées : (i) le syndrome de l'anxiété, (ii) la schizophrénie de profil ; (iii) l'athazagoraphobie et (iv) l'assombrissement. Le syndrome de l'anxiété est la maladie la plus commune. Elle se manifeste par le besoin permanent d'étaler les différents moments de sa vie sur les réseaux sociaux. Elle se traduit par la peur de ne pas poster une photo, un *tweet* ou une *story* sur Instagram au bon moment, la crainte étant que la publication ne suscite pas assez d'approbation. La schizophrénie de profil concerne les personnes ayant plusieurs identités différentes sur les plateformes. L'attitude consistant à jongler entre divers profils va avoir des effets dévastateurs dans le réel, les personnes ne sachant plus quelle identité privilégier dans la vraie vie. L'athazagoraphobie est une pathologie toute aussi lourde. Il s'agit de la peur d'être oublié. L'athazagoraphobe consulte en permanence son téléphone dans l'espoir d'un *like*, d'un partage ou d'une mention qui démentira « la certitude d'être un individu de seconde catégorie méritant l'oubli dans lequel son groupe l'a plongé »<sup>46</sup>. Enfin, l'assombrissement est une pathologie mentale qui est diagnostiquée lorsqu'une personne suit une autre personne sur les réseaux sociaux jusqu'à s'en rendre malade. Cette quête d'un autre numérique plonge la personne dans un état dépressif à mesure qu'elle s'aperçoit que l'être poursuivi s'éloigne.

## ***2. Les incidences démocratiques***

**Les *fake news*.** Les plateformes posent également des problèmes démocratiques. Songeons notamment aux *fake news*, présentes en masse sur les réseaux sociaux. Celles-ci sont de plus en plus virales et conduisent à des situations de fortes nuisances démocratiques à tel point qu'une récente revue

---

<sup>45</sup> G. BRONNER, *Apocalypse cognitive*, préc. p. 74.

<sup>46</sup> B. PATINO, préc., p. 26.

n'a pas hésité à affirmer que les *fake news* constituent rien de moins qu'« une attaque à la démocratie »<sup>47</sup>. L'affaire du Capitole à Washington, pour n'en citer qu'une, révèle les dangers des fausses informations. Dans cette affaire, les *fake news* avaient entraîné la contestation des élections présidentielles américaines et provoqué des violences extrêmes dans le monde physique<sup>48</sup>. Aussi la profusion de *fake news* doit-elle être prise très au sérieux, si bien que l'argument de la liberté d'expression doit parfois être relativisé, voire écarté ; une liberté d'expression absolue sur les réseaux sociaux ne pouvant engendrer que des dérives incontrôlables. En effet, depuis longtemps nous savons que l'identité de l'être humain est façonnée par son interaction avec les autres. Nous savons également que le partage ou le *like* de *fake news* participe de cette interaction avec autrui. Ainsi n'est-il pas surprenant d'observer que le numérique a commencé à reconfigurer notre subjectivité<sup>49</sup>, parfois pour le pire ! Des études sérieuses montrent par exemple que les réseaux sociaux ont amplifié le phénomène d'homophilie. Cette notion, quoique peu mobilisée dans les sciences juridiques, est bien connue des sociologues<sup>50</sup>. Il s'agit du phénomène de sélection des amis *via* des caractéristiques similaires. À l'origine, cette sélection était la conséquence de points communs identifiés dans le monde réel. On devenait amis parce que l'on partageait des mêmes goûts musicaux, que l'on habitait au même endroit ou parce que l'on avait le même statut social. Ce type d'homophilie, qualifié d'« homophilie de statut », était la norme de référence. Cette dernière est aujourd'hui en baisse de régime. Avec le numérique, les réseaux sociaux ont exacerbé un nouveau genre d'homophilie : l'« homophilie de valeurs ». Cette dernière « repose sur les valeurs, les attitudes et les croyances, c'est-à-dire la diversité d'états internes qui façonnent nos futurs comportements »<sup>51</sup>. C'est dire que sur les réseaux sociaux on peut aisément être trompé ! En suivant une personne sur twitter parce que l'on partage en apparence un certain nombre de valeurs avec elle, on pourra être enclin à relayer des fausses informations de nature politique, pensant que notre ami virtuel dit vrai. D'ailleurs pourquoi se tromperait-il ? Ne partage-t-il pas les mêmes valeurs que les miennes ?

**Les nudges.** Si les utilisateurs des réseaux sociaux peuvent manipuler notre cerveau avec les *fakes news*, ils peuvent également obtenir un résultat similaire en utilisant une méthode beaucoup plus lénitive et bien plus silencieuse : les *nudges*. Cette expression anglaise se traduit littéralement en français

---

<sup>47</sup> On retrouve ce dossier spécial dans le numéro 5 du magazine *Say* de l'année 2021.

<sup>48</sup> L'assaut du capital par des manifestants pro-Trump a entraîné la mort de cinq personnes : quatre émeutiers et un policier.

<sup>49</sup> B. HARCOURT, préc., p. 185.

<sup>50</sup> On doit cette notion à deux sociologues : voy. R. K. MERTON, P. F. LAZARFELD, « Friendship as a social process » in *Freedom and control in modern society*, W. E. MOORE, T. ABEL, C. H. PAGE (éd.), D. Van Nostrand, 1954.

<sup>51</sup> D. CHAVALARIAS, préc., pp. 46-47.

par les termes « *coup de pouce* ». On doit l'émergence de cette expression aux sciences comportementales<sup>52</sup>. Concrètement, il s'agit d'inciter les personnes à adopter un comportement sans les contraindre. Dit autrement, les *nudges* conduisent à modifier nos biais cognitifs ou biais humains. C'est dire qu'une telle technique tirée du marketing peut produire des effets très contestables lorsqu'elle est utilisée à des fins politiques. Elle peut notamment influencer le vote d'une personne ou aider les pouvoirs publics à convaincre les citoyens du bien-fondé d'une loi qui sans *ce coup de pouce* aurait potentiellement générée un rejet du corps social. Pour autant, tous les *nudges* ne sont pas condamnables en soi. Car au pays merveilleux des *nudges*, on retrouve une dichotomie assez classique entre *bad nudges* et *good nudges*. Ces derniers produisent incontestablement des effets vertueux. Ils participent à la promotion du bien-être général à peu de frais. On peut citer l'exemple le plus connu : celui de l'aéroport d'Amsterdam. En l'espèce, un dessin de mouche avait été entreposé au fond des urinoirs des toilettes publiques pour signaler l'endroit à viser. Grâce à ce menu subterfuge, le résultat fut tout à fait probant. Ce *nudging* a permis une réduction des frais de nettoyage sans coût significatif supplémentaire et, surtout, sans contrainte. Les *bad nudges* sont beaucoup plus contestables, *a fortiori* lorsqu'ils sont utilisés par le Gouvernement. La crise du Covid-19 a révélé l'usage du *nudging* pendant la crise sanitaire par nos gouvernants. Une auteure rapporte que l'Élysée a en pleine crise créé un *Nudge Unit*<sup>53</sup>. Grâce à l'usage de tous les médias, dont les plateformes numériques, le pouvoir exécutif a hissé le *nudging* en nouvelle technique de gouvernement ! Concrètement, « au lieu de recueillir la volonté générale des citoyens en intensifiant le débat public, le pouvoir s'appliqua, avec l'aide de l'industrie médiatique, à construire une vaste "manufacture du consentement"<sup>54</sup>. Dès le mois de mars, on assista ainsi à la fabrication industrielle d'un nouveau lexique. Reprenant la technique des *nudges*, celle d'une modification des comportements par la modulation des environnements, cette nouvelle langue était chargée de conditionner intimement nos façons de penser, en dessinant à l'avance nos "architectures de choix" »<sup>55</sup>. L'usage des *nudges* tant dans les médias traditionnels que sur les plateformes numériques, telles que LinkedIn, Facebook ou encore Instagram, a permis insidieusement au Gouvernement d'imposer « une adhésion immédiate des consignes [en] désactivant tout examen critique, public et privé, par les consciences »<sup>56</sup>. Quoiqu'il s'agisse d'une manipulation cognitive douce, la démocratie

---

<sup>52</sup> Le terme *nudge* a connu une grande diffusion depuis l'ouvrage à succès de C. SUNSTEIN et R. THALER, *Nudge : Improving Decisions about Health, Wealth, and Happiness*, Yale University Press, 2008.

<sup>53</sup> B. STIEGLER, *De la démocratie en pandémie : santé, recherche, éducation*, Tracts (n° 23), Paris, Gallimard, 2021, p. 24.

<sup>54</sup> *Ibid.*, p. 27. L'auteur reprend l'expression « manufacture du consentement » de Walter Lipmann : voy. W. LIPPMANN, *Public opinion* (1922), New York, Classic Books America, 2009.

<sup>55</sup> *Ibid.*, p. 28.

<sup>56</sup> *Ibid.* Adde A. Supiot, *Justice au travail*, Seuil, 2022, pp. 29-30 qui juge que les *nudges* relèvent non pas d'une technique d'apprentissage, mais de *dressage*, « c'est-à-dire d'une forme dégradée d'éducation ».

n'est-elle pas atteinte lorsqu'un Gouvernement utilise des plateformes pour contrôler nos biais comportementaux<sup>57</sup> ? Ne doit-on pas être alarmé alors même que la partition du *nudging* se joue « hors de tout cadre réglementaire existant »<sup>58</sup> ?

**Le droit entre en scène.** En somme, les plateformes numériques affectent notre cerveau et s'amuse de nos biais cognitifs ; elles les transmutent pour atteindre des objectifs égoïstes qu'ils soient économiques, voire politiques. Dans le même ordre d'idées, on se souvient que dans un célèbre article sur la « psychologie juridique » le doyen Carbonnier avait consigné une pensée remarquable : « le droit modèle l'homme », écrivait-il, « il le déforme, à l'occasion. Ainsi, se crée un homme juridique, bien différent de l'homme naturel »<sup>59</sup>. En empruntant sa plume et en la paraphrasant, on pourrait à quelques mots près reprendre sa fulgurante pensée : les plateformes numériques modèlent l'homme ; elles le déforment, à l'occasion. Ainsi, se crée un homme numérique, bien différent de l'homme naturel... L'homme serait donc dénaturé par les plateformes. Face à ce phénomène, le droit a-t-il réagi ? Si tel est le cas, sa réaction a-t-elle été satisfaisante ou faut-il urgemment aller plus loin ? C'est à ces questions qu'il s'agira désormais de répondre.

## II – L'(IM)PUISSANCE DU DROIT

**Le droit d'aujourd'hui et de demain.** La puissance des plateformes et ces incidences sur notre cerveau exigent une réaction du Droit. Mais celle-ci existe-t-elle ? Une thèse récente relève que le Droit se préoccupe de plus en plus du cerveau et qu'il y aurait même un « neurodroit » émergent<sup>60</sup>. Ce neurodroit désignerait un champ de recherche qui s'intéresserait tant « *aux applications juridiques des neurosciences* » qu'à « *ses origines, ses enjeux et ses perspectives* »<sup>61</sup>. Quoiqu'intéressant, ce neurodroit

---

<sup>57</sup> Ce qui est certain, c'est que les *nudges* affectent nos libertés. Un auteur souligne que le *nudge* est défendu de manière trompeuse par le courant libertaire. En effet, « en réalité, [la théorie libertaire] préserve uniquement une illusion de liberté subjective, tout en incitant à un comportement prédéterminé. La contrainte est peut-être plus forte, et le *nudge* n'est pas si « libertaire » qu'il n'en a l'air. Si les individus restent libre de décider de ce qu'ils veulent, le *nudge* ne préserve pas pour autant la liberté. Très souvent, une décision est suggérée, le choix est souvent limité entre l'adopter ou ne pas l'adopter. Or, il existe la plupart du temps d'autres voies – non transparentes car non évoquées par les auteurs du *nudge* – adoptables, même si ce ne sont pas celles souhaitées par les auteurs du *nudge* ». Voy. A. SEE, « Le droit administratif à l'épreuve des *nudges* » in *Néolibéralisme et américanisation du droit*, F. BOTTINI (dir.), Mare et Martin, 2019, p. 165.

<sup>58</sup> H. BERGERON *et alii*, *Covid- 19 : une crise organisationnelle*, Presses de Sciences-Po, 2020, p. 64.

<sup>59</sup> J. CARBONNIER, « Études de psychologie juridique », *Annales de l'Université de Poitiers*, t. II, 1949, p. 1.

<sup>60</sup> L. PIGNATEL, *L'émergence d'un neurodroit : Contribution à l'étude de la relation entre les neurosciences et le droit*, préf. S. Cimamonti et O. Oullier, Dalloz, 2021. Voy. ég. pour une thèse encore plus spécialisée : M. PENAVAYRE, *Enjeux épistémologiques de l'usage judiciaire des neurosciences : une analyse du pouvoir explicatif de la neurocriminologie*, P. DURIS, Th. BORAUD (dir.), th. dact., Université de Bordeaux, 2020.

<sup>61</sup> L. PIGNATEL, *préc.*, p. 28.

affleure comme une fausse piste pour notre démonstration ; il n'a à ce jour qu'une consistance doctrinale et l'opportunité de sa consécration est encore débattue. Aussi préférons-nous resserrer notre propos autour du droit s'appliquant aux plateformes en le mettant en lien avec notre objet d'étude qu'est le cerveau. Qu'observe-t-on à cet égard ? Que le législateur a réagi et n'est pas resté inerte face aux activités menées par les plateformes. Il a tenté de réguler. Régulation maladroite malheureusement tant la législation est profuse et éclatée ; sans rigueur et peu intelligible. C'est dire qu'un droit des plateformes numériques n'existe guère... Les textes sont adoptés à la hâte et sont de courte vue. Ils ne font que répondre à une demande du corps social. Le législateur a cherché à apaiser une ire collective et latente contre les plateformes. Aussi a-t-il une nouvelle fois pêché en faisant fi des paroles de Portalis. L'avertissement était pourtant d'une pure clarté : « il ne faut point de lois inutiles ; elles affaibliraient les lois nécessaires ; elles compromettraient la certitude et la majesté de la législation »<sup>62</sup>. Trop tard ! Point de certitude, point de majesté... Partant, le droit appliqué aux plateformes doit d'ores et déjà être repensé. Et il faudra derechef en passer par la loi (et par les juges). Car « les lois sont nécessaires à la société [...] la condition humaine [étant] essentiellement pécheresse »<sup>63</sup>. En somme, notre cerveau ne bénéficie pas d'une ferme protection législative vis-à-vis des plateformes. Le droit positif montre pour l'heure une impuissance palpable (A). C'est donc vers le droit de demain qu'il convient de se tourner en formulant le vœu qu'il retrouvera une puissance aussi bien redoutable que redoutée (B).

## A. L'impuissance du Droit d'aujourd'hui

**Des lois symboliques ?** Pour répondre notamment aux manipulations cognitives des plateformes, les lois adoptées par le législateur ces dernières années apparaissent d'une faiblesse abyssale. Avec sévérité ou provocation, on pourrait aller jusqu'à les qualifier de « symboliques ». Aussi ces lois ne seraient que de simples objets de communication... Le législateur se serait servi du pouvoir évocateur de la loi sur les consciences « pour s'assurer l'adhésion de son électorat [et] plus largement de la société »<sup>64</sup>. Qui plus est, les lois promulguées l'ont souvent été à des fins médiatiques, le législateur cherchant avant toute chose à témoigner de son écoute et de sa vigilance à l'égard de la société<sup>65</sup>. Il serait toutefois

---

<sup>62</sup> J.-E. PORTALIS, *Discours préliminaire du premier projet de Code civil*, Discours prononcé le 21 janv. 1801.

<sup>63</sup> J. CARBONNIER, « Toute loi en soi est un mal » in *Essais sur les lois*, Répertoire du notariat Defrénois, 2<sup>e</sup> éd., 1995, p. 317.

<sup>64</sup> O. LAROQUE, *Les lois symboliques : Une étude à partir du droit de la propriété littéraire et artistique*, préf. P.-Y. Gauthier, éditions Panthéon-Assas, 2021, p. 99. Le législateur n'est pas aussi innocent qu'on pourrait spontanément le penser. Lui aussi cherche à capter l'attention des citoyens et à déclencher la sécrétion de dopamine !

<sup>65</sup> *Ibid.*, p. 105. Comme le relève l'auteur, le doyen Carbonnier avait apporté de précieuses réflexions sur l'usage médiatique des lois. Ce dernier parlait d'effet *Assiduis* pour définir « le phénomène par lequel le législateur est

excessif de réduire toutes les lois à un exercice communicationnel. Certaines lois tant anciennes que contemporaines ont ouvert des voies de droit aux personnes (1). D'autres ont imposé des obligations aux plateformes (2).

### ***1. De quelques voies de droit ouvertes aux personnes***

**Le référé *fake news*.** Quelle solution apportée à la viralité des *fake news* et à la manipulation sur les réseaux sociaux du « cerveau politique » des citoyens ? « Un nouveau référé » a répliqué le législateur ! La loi du 22 décembre 2018 relative à la lutte contre la manipulation de l'information a inséré dans le Code électoral un nouvel article L. 163-2 aux termes duquel le juge des référés peut faire cesser une diffusion « d'allégations ou imputations inexactes ou trompeuses d'un fait de nature à altérer la sincérité du scrutin à venir ». Il s'agit d'un référé « spécial »<sup>66</sup> que d'aucuns auraient préféré voir nommé « référé-vérité »<sup>67</sup> ou « référé-cessation »<sup>68</sup> tant ce référé *fake news* se rapproche du référé sauvegarde prévu par l'article 835 alinéa 1 du Code de procédure civile. Ce référé est-il suffisant pour protéger notre cortex politique ? On peut en douter. D'abord, le champ d'application du texte est trop étroit. Le texte ne trouve d'utilité qu'en période de campagne électorale<sup>69</sup>. En dehors de celle-ci, il devient inapplicable... Aussi le législateur ne s'est-il pas montré sensible aux problèmes posés par les *fake news* de façon générale. En s'attaquant à une *partie* du problème, il ne traite guère le *tout*. On en arrive à une situation fort ubuesque : une *fake news* de nature politique pourrait être très rapidement neutralisée en période électorale, mais s'épanouir aisément dans un contexte de quotidienneté. Or le texte peut paraître de prime abord tout à fait puissant. Car le juge des référés, une fois saisi, a 48 heures pour rendre une ordonnance de cessation dans l'hypothèse où la demande est accueillie. Et si un appel est interjeté, la cour d'appel de Paris ne bénéficie guère d'un temps plus long pour se prononcer. Elle aussi devra statuer dans les 48 heures. Pourquoi alors ne pas avoir étendu ce texte à toutes les situations ? Ne constitue-t-il pas une arme de protection massive pour notre cerveau et notre démocratie ? La réponse paraît à vrai dire évidente. Le Code de procédure civile prévoit d'ores et déjà un certain nombre de procédures de

---

porté à légiférer sous l'aiguillon des réclamations dont les catégories intéressées l'assailent ». Voy. CARBONNIER, *Flexible droit : pour une sociologie du droit sans rigueur*, 10<sup>e</sup> éd., LGDJ, p. 275.

<sup>66</sup> S. PIERRE-MAURICE, « Le référé *fake news*, un référé spécial » in *Le référé fake news, nécessité ou gadget ?*, S. PIERRE-MAURICE (dir.), Presses universitaires de Nancy – Éditions Universitaires de Lorraine, 2021, p. 7.

<sup>67</sup> Y. STRICKLER, « Préface » in *Le référé fake news, nécessité ou gadget ?*, S. PIERRE-MAURICE (dir.), Presses universitaires de Nancy – Éditions Universitaires de Lorraine, 2021, p. 7.

<sup>68</sup> *Ibid.*

<sup>69</sup> Il ne s'agit d'ailleurs pas de toutes les campagnes électorales. Le texte est inséré dans un titre II intitulé « dispositions spéciales à l'élection des députés ». Cela signifie que le dispositif peut être mis en œuvre assurément pour les élections législatives, mais pas pour les élections locales... Quant aux élections présidentielles, c'est la loi organique n° 2018-1201 qui a permis au référé *fake news* de s'appliquer pendant cette campagne électorale.



référé<sup>70</sup>. Ajouter un « référé *fake news* de droit commun » aurait certainement conduit à la fois à créer un doublon inutile et à multiplier des procédures de référé sans cohérence d'ensemble. Ensuite, le législateur a prévu la compétence exclusive des juridictions parisiennes tant en premier qu'en second degré. Le décret du 30 janvier 2019 a désigné le tribunal judiciaire de Paris et la cour d'appel de Paris pour connaître des actions fondées sur l'article L. 163-2 du Code électoral. Partant, le citoyen de province ne peut saisir le juge de son ressort en référé *fake news*... Si l'on comprend l'intérêt de centraliser un tel contentieux, on peut néanmoins regretter le coût supplémentaire pour les résidents non parisiens. Enfin, on peut être déçu du peu d'engouement suscité par le texte. Depuis son adoption, une seule décision a été rendue en la matière. Dans un jugement du 17 mai 2019<sup>71</sup>, le tribunal de grande instance de Paris n'a pas daigné répondre favorablement à la demande du plaignant dénonçant une *fake news* propagée sur Twitter, les conditions d'application du texte n'étant pas remplies selon lui en l'espèce.

**La répression des violences psychologiques.** Quant au droit pénal, il trouve à s'appliquer pour protéger notre cerveau et le préserver de certaines violences psychologiques. En effet, le législateur a cherché à appréhender ces dernières, notamment lorsqu'elles prennent racine dans les réseaux sociaux. Cependant, il n'a pas agi en adoptant une loi spécialement dédiée aux plateformes numériques. Tantôt il a élargi un texte existant ; tantôt il a confié le soin aux juges de se fonder sur des textes préexistants. S'agissant de l'élargissement, on peut songer à la loi du 9 juillet 2010. Ce texte a créé un article 222-14-3 du Code pénal aux termes duquel « les violences prévues par les dispositions de la présente section sont réprimées quelle que soit leur nature, y compris s'il s'agit de violences psychologiques ». Quoique l'article soit adapté à l'environnement numérique, il n'est pas si aisé de le mettre en œuvre pour protéger les cerveaux des victimes de violence. Certes, en pareille situation, il n'est pas nécessaire de démontrer une atteinte corporelle, ce qui allège les parties d'un poids probatoire. Toujours est-il que la preuve à apporter n'est pas évidente. Il s'agit de démontrer une atteinte psychique qui, de fait, est intériorisée. Le standard de preuve est donc fort élevé puisque la Cour de cassation exige une « émotion sérieuse ». Autrement dit, la sanction ne pourra être prononcée qu'à la condition que l'acte litigieux ait atteint « un seuil visible et sensible de souffrance ou de déstabilisation pour la victime »<sup>72</sup>. S'agissant de l'application de textes préexistants, on peut citer l'infraction d'escroquerie<sup>73</sup>. Ce chef d'infraction manifeste cette fois-ci une certaine puissance du droit positif pour arraisonner des cyber-comportements dangereux pour la santé mentale des victimes. En effet, l'article 313-1 du Code pénal convient parfaitement aux nouvelles formes de tromperies observées sur les réseaux sociaux. L'escroquerie « à

---

<sup>70</sup> N CAYROL, *Référé civil*, Répertoire de procédure civile, 2021.

<sup>71</sup> TGI Paris, 17 mai 2019, n° 19/53935.

<sup>72</sup> Y. Mayaud, *Violences volontaires*, Répertoire de droit pénal et de procédure pénale, 2021.

<sup>73</sup> Pour d'autres exemples : voy. not. E. STELLA, *L'adaptation du droit pénal aux réseaux sociaux en ligne*, F. STASIAK (dir.), th. dact., Université de Lorraine, 2019.

la nigériane » ou « l’escroquerie à la romance »<sup>74</sup> apparaît comme une excellente illustration pour le vérifier. Ce type de tromperie a pour effet d’affecter la zone des émotions du cerveau et conduit à produire de nombreuses hormones telles que la dopamine ou encore l’adrénaline. En pratique, la manœuvre se réalise en trois temps. D’abord, une personne va construire de faux profils numériques sur les réseaux sociaux en récupérant des photos aguicheuses d’hommes ou de femmes à partir d’autres comptes existants, l’objectif étant d’abuser de la crédulité des utilisateurs des plateformes de réseaux sociaux. Ensuite, en entretenant une relation numérique, la personne essaiera de gagner la confiance de son interlocuteur. Enfin, une fois la confiance acquise, la personne sollicitera pour diverses raisons l’envoi de sommes d’argent importantes. Si le droit français n’a pas fait le choix de sanctionner de manière autonome la création d’un faux profil, le Nigeria a pour sa part réagi beaucoup plus énergiquement en insérant à l’article 419 de son Code pénal l’escroquerie à la romance... Le droit pénal français ne devrait-il pas suivre le modèle nigérien ? Ce qui est certain, c’est qu’en créant une infraction autonome, les victimes de ce stratagème numérique n’auraient plus besoin de remplir les strictes conditions posées par l’article 313-1 du Code pénal.

**La responsabilité civile ?** Enfin, on peut relever que les personnes ne jouissent pas d’un droit subjectif à la protection de leur attention. Aussi les plateformes sont-elles libres de capturer notre attention sans avoir à affronter un nouveau « droit à ». Pour protéger son cerveau, le droit de la responsabilité civile semble alors la voie idoine. Elle est toutefois très épineuse ! Car il faudra démontrer une faute, un préjudice et un lien de causalité. Insistons sur le préjudice et la faute. De quel préjudice pourrait-il s’agir ? Un préjudice d’abêtissement ?<sup>75</sup> Un préjudice moral ? Une perte de chance de préserver ses capacités cognitives ? Il est encore difficile d’avoir une réponse assurée. Car l’utilisateur d’une plateforme accepte systématiquement les conditions générales d’utilisation, quoiqu’il faille relever qu’elles sont en réalité rarement lues... Qui plus est, dans la plupart des cas, les utilisateurs ont conscience que les plateformes numériques se jouent de leur attention à des fins économiques et commerciales. Aussi le consentement ne serait guère extorqué. Partant, la responsabilité contractuelle ne semble pas ouvrir une piste féconde. Qu’en est-il de la responsabilité délictuelle ? Si l’article 1240 du Code civil pourrait être d’un réel secours, son application serait néanmoins délicate. En l’absence d’une loi spéciale, on voit mal comment un plaideur réussira à qualifier la capture d’attention de faute...

## ***2. De quelques obligations imposées aux plateformes***

---

<sup>74</sup> F. CHOPIN, *Cybercriminalité*, Répertoire de droit pénal et de procédure pénale, 2020.

<sup>75</sup> Un utilisateur, en s’appuyant sur les neurosciences, ne pourrait-il pas se plaindre d’être devenu un crétin digital ?

**Loyauté.** La loyauté et la transparence seraient les « deux piliers »<sup>76</sup> d'un droit des plateformes. Juridiquement, cela se traduit par des obligations de loyauté et de transparence qui s'imposent aux plateformes numériques. À l'aune des neurosciences, la consécration de l'obligation de loyauté était une nécessité, notamment dans la matière consumériste. Cette science révèle que le consommateur, alors qu'il se croit conscient et rationnel, ne l'est pas véritablement<sup>77</sup>. En réalité, son cerveau est très souvent amené à prendre des décisions inconscientes et irrationnelles. Aussi le modèle de l'*homo numericus* est très sensiblement différent de celui de l'*homo aeconomicus*. La loyauté des plateformes apparaît donc – du moins en apparence – comme un rempart contre nos faiblesses cognitives. Aussi le législateur est-il intervenu avec la loi du 7 octobre 2016 pour une République numérique. Une fois n'est pas coutume, ce dernier a entendu tant le Conseil d'État<sup>78</sup> que le Conseil national du numérique qui appelaient de concert à la consécration d'un principe général de loyauté afin d'« obliger les acteurs économiques à assurer de bonne foi les services qu'ils proposent, autrement dit sans chercher à détourner à des fins contradictoires à l'intérêt de leurs utilisateurs »<sup>79</sup>. Cette loi insère un article L. 111-7 dans le Code de la consommation qui procède en deux temps. D'abord, le I du texte aborde de front le problème de qualification<sup>80</sup> en apportant une définition extensive de la plateforme numérique<sup>81</sup>. Ensuite, le II impose une obligation générale et transversale de loyauté qui embrasse tant les activités d'intermédiation que d'« infomédiaire »<sup>82</sup>. Diverses obligations s'imposent telles que celle de fournir une information loyale,

---

<sup>76</sup> X. DELPECH, « La loyauté et la transparence, les deux piliers d'un droit des plateformes », *AJ contrat* 2020, p. 301.

<sup>77</sup> M. BADOUC, A.-S. BAYLE-TOURTOULOU, *Le neuro-consommateur : Comment les neurosciences éclairent les décisions d'achat du consommateur*, Eyrolles, 2016, p. 157 et s.

<sup>78</sup> CE, *Le numérique et les droits fondamentaux*, Étude annuelle 2014, La documentation française, p. 222.

<sup>79</sup> Conseil national du numérique, *Ambition numérique. Pour une politique française et européenne de la transition numérique*, juin 2015, p. 59

<sup>80</sup> D. HOUTCIEFF, « Les plateformes au défi des qualifications » in *L'émergence d'un droit des plateformes*, X. DELPECH (dir.), Dalloz, 2021, p. 51.

<sup>81</sup> L'article L. 111-7-I du Code de la consommation dispose 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 :

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. ».

<sup>82</sup> On doit ce néologisme à nos collègues les professeurs Benabou et Rochfeld : voy. L. BENABOU, J. ROCHFELD, *À qui profite le clic ? : Le partage de la valeur à l'ère du numérique*, Odile Jacob, 2015, p. 41 qui soulignent que « ce ne sont plus seulement les radiodiffuseurs classiques ou les éditeurs de presse qui maîtrisent la diffusion de l'information, mais des géants économiques à la tête d'incommensurables réseaux de données,

claire et transparente en ce qui concerne les conditions générales d'utilisation ou les modalités de référencement, de classement de déréférencement des offres mises en ligne ; mais aussi celle prévoyant que les opérateurs doivent faire apparaître l'existence d'une rémunération des personnes référencées et son impact sur le classement des contenus et des services. La loi pour une République numérique a également inséré un article L. 111-7-2 qui concerne plus spécifiquement la loyauté des avis des consommateurs. Avant l'adoption de cette loi, le flou du droit souple<sup>83</sup> dominait. Une réglementation privée, édictée par l'AFNOR en France, s'appliquait<sup>84</sup>. Désormais, la loi prévoit que la plateforme doit préciser si les avis postés ont fait l'objet d'un contrôle et indiquer les caractéristiques principales de ce dernier. Est-ce efficace ? Le doute est permis. À vrai dire, la loi ne permet guère de lutter contre des attitudes de camaraderie, d'entraides familiales ou de tricheries algorithmiques. En effet, il arrive que certains avis factices<sup>85</sup> soient rédigés par des amis, des membres de la famille ou que les algorithmes mettent au premier plan des commentaires élogieux. La loi n'offre aucun moyen dissuasif pour lutter contre ce type de tromperie. Qui plus est, la sanction prévue est fort peu comminatoire. L'article L. 131-4 du Code de la consommation prévoit une amende administrative de 75 000 euros pour les personnes physiques et de 350 000 euros pour une personne morale. Autant l'amende pourra faire vaciller une jeune *start-up* à la trésorerie fragile, autant apparaît-elle dérisoire lorsqu'il s'agit des grosses entreprises... Un rapide calcul « coûts de la sanction/avantage de la violation de la règle » ne peut qu'inciter certaines plateformes à continuer leurs manipulations cognitives.

**Modération des contenus.** Quant aux contenus sur les plateformes, ils vivent dans le règne de l'autorégulation. Ce sont les plateformes elles-mêmes qui ont la charge de la modération des contenus. Elles doivent faire le tri entre les informations publiées sur leurs fils d'actualité et écarter les comptes qui ne cessent de publier des *fake news*. C'est dire que l'obligation de modérer les contenus s'apparente plus à un devoir moral lié à leur superpuissance qu'à une véritable obligation juridique. Le législateur français a bien tenté de réagir s'agissant à tout le moins des contenus haineux sur les plateformes. Mais sa précipitation rédactionnelle a condamné la majorité des dispositions de la loi « Avia » du 24 juin 2020 visant à lutter contre les contenus haineux sur internet, le Conseil constitutionnel les ayant sèchement censurées<sup>86</sup>. Aussi la suppression des contenus illicites se trouve-t-elle en premier lieu entre les mains

---

[lesquels ont pour] aptitude : la sélection de l'information pertinente et la mise en relation immédiate entre l'offre et la demande, au plus près des préférences supposées de l'internaute ».

<sup>83</sup> C. THIBIERGE, « Le droit souple. Réflexion sur les textures du droit », *RTD civ.* 2003, p. 599. Plus largement : voy. M. DELMAS-MARTY, *Le flou du droit*, PUF, 2004.

<sup>84</sup> Il s'agissait de la norme AFNOR NF Z74-501.

<sup>85</sup> E. MARIQUE, A. STROWEL, « La régulation des *fake news* et avis factices sur les plateformes », *RIDE* 2019/3, p. 383.

<sup>86</sup> Cons. const. 18 juin 2020, n° 2020-801 DC.

des plateformes et, en second lieu, entre les mains des juges. Notre cerveau est donc soumis à un certain arbitraire des plateformes. Car arbitraire, il y a. L'affaire *Trump* a mis au jour ce superpouvoir des plateformes consistant à provoquer la mort numérique d'un individu. Suite à l'affaire du Capitole, Facebook a suspendu le compte présidentiel tandis que Twitter l'a purement et simplement supprimé de sa plateforme. Cette « déplateformisation »<sup>87</sup> a suscité une double émotion. Négative d'un côté car certains furent scandalisés et opposèrent une atteinte scandaleuse à la liberté d'expression. Positive de l'autre car d'aucuns se montrèrent très satisfaits du choix fait par les plateformes. Pour répondre à ce défi démocratique et cérébral, Facebook a installé un Conseil de surveillance. Parfois qualifié de « Cour suprême »<sup>88</sup> ou de « tribunal d'entreprise »<sup>89</sup>, il s'agit d'une instance chargée d'examiner les recours formés contre les décisions de modération du réseau social et de formuler des recommandations. Aussi ce Conseil de surveillance détient-il tant un pouvoir décisionnel que recommandatoire. Mais est-ce suffisant ? N'est-il pas contestable de confier à un « pouvoir privé numérique »<sup>90</sup> la charge de réguler ce que notre cerveau pourra voir ou ne pas voir et, donc, analyser ou ne pas analyser sur internet ? Certes, le juge aura toujours le dernier mot. Mais le temps judiciaire n'est pas le temps d'internet ni le temps des plateformes... Hormis le cas des procédures d'urgence, le temps judiciaire est un temps long, là où le temps d'internet est celui de la célérité et de l'immédiateté.

## **B. La puissance du Droit de demain ?**

**Ouvrir des voies de droit aux personnes et renforcer les obligations des plateformes pour protéger nos cerveaux.** Quoique la production législative n'ait pas été au point mort, il nous semble que le résultat normatif obtenu demeure insatisfaisant, pour ne pas dire médiocre pour la protection de nos cerveaux. La doctrine ayant déjà été force de proposition, nous souhaitons ici prolonger modestement ses travaux. Étant frappé de limites cognitives<sup>91</sup>, nous déploierons notre dernière énergie cérébrale pour dire qu'il serait de bonne méthode tant d'ouvrir de nouvelles voies de droit aux personnes (1) que d'imposer quelques nouvelles obligations aux plateformes numériques (2).

---

<sup>87</sup> F. G'SELL, « Le Conseil de surveillance de Facebook et l'affaire Trump : les limites du concept de "tribunal d'entreprise" », *JCP G* 2021, n° 22, p. 566.

<sup>88</sup> M. Malaurie-Vignal, « La Cour suprême mondiale de Facebook : co-régulation ou défaite des États ? Réflexion sur les "médiations" du droit des pratiques commerciales déloyales », *Contrats, conc., consom.* 2020, étude 3.

<sup>89</sup> F. G'SELL, préc.

<sup>90</sup> T. PASQUIER, « La plateforme, le travailleur et l'entreprise : quel encadrement juridique pour le pouvoir privé numérique ? » in *L'émergence d'un droit des plateformes*, X. DELPECH (dir.), Dalloz, 2021, p. 91. Ces pouvoirs privés numériques seraient un succédané des pouvoirs privés économiques tels qu'ils ont été définis par G. FARJAT. V. aussi G. FARJAT, *Pour un droit économique*, PUF, 2004, p. 68 et s.

<sup>91</sup> L'auteur de ses lignes utilise assurément à l'excès les services proposés par les plateformes numériques.

### ***1. De quelques voies de droit à ouvrir aux personnes***

**Réguler les *nudges* publics.** Comme on l'a vu, les *nudges* posent d'immenses problèmes. Cela tient notamment au fait qu'ils constituent des « normes de comportement ». Il s'agit précisément de normes non contraignantes car les *nudges* n'impliquent aucune coercition<sup>92</sup>. Pour les réguler, il nous semble nécessaire de faire le départ entre les *nudges* privés<sup>93</sup> et les *nudges* publics. S'agissant des *nudges* publics, ils exigent une réaction rapide. Car ils peuvent avoir des incidences démocratiques préoccupantes. Pour l'heure, il semble que le prétoire ne soit pas fermé aux utilisateurs. Mais l'accès au juge n'est pas si aisé. D'abord, le plaideur se trouvera confronté à un problème de qualification. Qu'est-ce donc qu'un *nudge* public dans le langage du droit ? Son caractère non contraignant le rapprocherait d'un acte administratif non décisoire au sens de l'article L. 200-1 du Code des relations entre le public et l'administration (ci-après CRPA)<sup>94</sup>. Aussi son caractère non contraignant le renvoie sans doute à la catégorie des actes de droit souple. Ensuite, il s'agira de se demander si l'acte est contestable. *A priori*, la réponse est positive. Un doute aurait pu surgir à l'aune des précédentes jurisprudences, le Conseil d'État ayant pendant un temps limité le recours pour excès de pouvoir aux seuls actes de droit souple des autorités de régulation<sup>95</sup>. Mais depuis l'arrêt *Gisti*<sup>96</sup>, les documents de portée générale peuvent faire l'objet d'un recours pour excès de pouvoir. En conséquence, en adoptant cette lecture, les *nudges* utilisés par le Gouvernement pendant la crise sanitaire auraient pu être annulés. Toujours est-il qu'il n'y a aucune certitude sur cette voie de droit. Car un *nudge* n'est pas à proprement parler un document. Pour consolider une sécurité juridique à ce jour absente, une loi pourrait énoncer que les *nudges* publics appartiennent à la catégorie des actes administratifs unilatéraux non décisores au sens de l'article L. 200-1 du CRPA et qu'ils peuvent faire l'objet d'un recours pour excès de pouvoir par tout intéressé.

**Pénalisation des *fake news* ?** Quant aux fausses nouvelles, ne faut-il pas aller plus loin ? Le référé *fake news* n'a pas vraiment rencontré le succès escompté et la viralité des *fake news* reste très importante dans nos sociétés numériques. La voie pénale ne pourrait-elle pas apparaître comme une réponse

---

<sup>92</sup> C. SUNSTEIN, R. THALER, préc., p. 34.

<sup>93</sup> Voy. *infra* n° 31.

<sup>94</sup> C'est l'interprétation qu'en a fait un auteur : A. SEE, préc. p. 167.

<sup>95</sup> CE, 21 mars 2016, n° 368082, *Société Fairvesta* ; CE, 21 mars 2016, n° 390023, *Société NC Numericable*.

<sup>96</sup> CE, 12 juin 2020, n° 418142, *Gisti*. Pour une application récente : voy. CE, 29 juill. 2021, n° 440159, *Info-coronavirus*.

adaptée ? Des pays comme la Malaisie ont pris ce chemin<sup>97</sup>. En avril 2018, l'*Anti-fake news act* entra en vigueur. La loi définissait et pénalisait « any person who, by any means, knowingly creates, offers, publishes, prints, distributes, circulates or disseminates any fake news or publication containing fake news ». Deux délits furent prévus et une procédure judiciaire instituée pour s'assurer du retrait de la *fake news*. Cette procédure était originale puisqu'elle fermait l'accès à l'appel lorsque la fausse information portait atteinte à l'ordre public ou à la sécurité nationale. En raison de fortes critiques, la loi a été abrogée. Est-ce à dire que le droit français ne doit pas s'en inspirer ? Certes, les délits de diffamation, voire d'injures, peuvent permettre d'appréhender certaines désinformations. Mais ne serait-il pas plus dissuasif de prévoir une infraction autonome et propre ?

**Le droit à la protection de l'attention.** Enfin, pour protéger notre cerveau, ne faudrait-il pas tout simplement consacrer un nouveau droit subjectif ? Le « droit à la protection de l'attention ». C'est ce qu'ont récemment proposé des auteurs. Concrètement, il s'agirait de mettre les utilisateurs « en capacité d'agir, de leur donner les moyens de contrôler leur attention et de protéger leur libre arbitre »<sup>98</sup>. Les auteurs proposent d'imiter le modèle du RGPD s'agissant de la protection des données personnelles. Un tel droit à la protection de l'attention exigerait assurément un renforcement des obligations d'information à la charge des plateformes. Pour être effectif, encore faudra-t-il que les utilisateurs sachent comment et dans quelle proportion leur attention est captée... Il faudra également prévoir une procédure ne décourageant pas les plaideurs de saisir le juge. Par exemple, ne faudrait-il pas prévoir une action de groupe lorsque la plateforme qui se joue de notre cerveau en capturant notre attention atteint un certain seuil d'utilisateurs ?

## ***2. De quelques obligations à imposer aux plateformes***

**Renforcer le contrôle parental.** L'usage excessif des plateformes étant vecteur de maladies, le législateur devrait imposer aux plateformes un renforcement du contrôle parental. Aussi faudrait-il aller plus loin que la loi Studer du 2 mars dernier visant à renforcer le contrôle parental sur les moyens d'accès à internet<sup>99</sup>. Cette loi va dans le bon sens puisqu'elle entend faciliter l'accès des parents aux outils de contrôle parental. L'une des dispositions phares de ce texte législatif rend obligatoire la pré-installation d'un dispositif de contrôle parental sur les appareils connectés tels que les ordinateurs, les smartphones, les tablettes ou encore les consoles de jeux vidéo. L'activation de ce dispositif devra être proposée gracieusement à l'utilisateur lors de la première mise en service. Ne faudrait-il pas étendre cette loi aux

---

<sup>97</sup> N. PIERRE, « Contexte, genèse et décryptage du dispositif français anti-Infox » in *Le référenté fake news, nécessité ou gadget ?*, S. PIERRE-MAURICE (dir.), Presses universitaires de Nancy - Éditions Universitaires de Lorraine, 2021, p. 93.

<sup>98</sup> C. ZOLYNSKI *et alii*, « L'économie de l'attention saisie par le droit », *Dalloz IP/IT* 2019, p. 614.

<sup>99</sup> Loi n° 2022-300 du 2 mars 2022 visant à renforcer le contrôle parental sur les moyens d'accès à internet.

plateformes numériques ? Pourrait être imposé aux plateformes d'informer les parents d'enfants mineurs de l'inscription de leurs progénitures à leurs services. Aussi les enfants mineurs ne pourraient-ils plus s'inscrire sur les réseaux sociaux sans que leur âge soit véritablement contrôlé. Grâce à ce dispositif, les parents pourraient limiter le temps passé sur un réseau social ou restreindre l'accès des enfants à certains contenus. Quoique séduisante, il faut toutefois admettre que cette proposition pose de redoutables difficultés en matière de protection des données personnelles. Comme l'a relevé un auteur, « fournir tous les passeports du pays aux grands réseaux sociaux, qui en détiendraient une copie sur leurs serveurs, c'est faire surgir des risques à la fois de failles de sécurité, et de détournements des informations ainsi réunies, pour d'autres finalités »<sup>100</sup>. L'argument se révèle en apparence solide ; mais il ne résiste pas à la réalité. Les grandes plateformes ont d'ores et déjà ces documents dans leurs serveurs. Celles et ceux utilisant par exemple Gmail ont certainement dû pour des raisons administratives déposer leur carte d'identité ou leur carte Vitale en pièce jointe d'un courriel qu'ils adressaient à leur université ou simplement à un agent immobilier...

**Réguler les *nudges* privés.** S'agissant des *nudges* privés, c'est-à-dire ceux utilisés directement par les plateformes, s'inspirer du droit de la santé nous paraît pertinent. On se souvient que la loi santé du 26 janvier 2016 avait réglementé le conditionnement des produits du tabac<sup>101</sup>. L'une des mesures emblématiques a été celle d'imposer un emballage neutre et uniformisé. On se souvient également que l'ordonnance du 19 mai 2016<sup>102</sup> a inséré un article L. 3512-22 dans le Code de la santé publique aux termes duquel trois avertissements doivent figurer sur les paquets de cigarettes : un avertissement sanitaire comportant des informations relatives au sevrage tabagique combiné avec une photographie ; un avertissement général ; et un message d'information. Dans le même ordre d'idées, les plateformes pourraient se voir imposer de faire apparaître un message d'information à chaque connexion des utilisateurs ou à tout le moins à la première inscription. Le message pourrait faire état de l'utilisation de *nudges* et, au-delà, indiquer qu'une utilisation excessive des services proposés par la plateforme pourrait entraîner l'apparition de maladies telles que le syndrome de l'anxiété, la schizophrénie de profil, l'athazagoraphobie ou l'assombrissement. Dans l'hypothèse où les plateformes ne se conformeraient pas à la loi, une action pourrait être ouverte aux utilisateurs, aux parents d'enfants mineurs et au ministère public pour poursuivre les entreprises. Bien évidemment, un tel manquement devrait être assorti d'une sanction qui devra être dissuasive, sans quoi la performativité du droit ferait défaut.

---

<sup>100</sup> E. NETTER, « Contre la levée de l'anonymat en ligne », *Les Echos*, 11 févr. 2019.

<sup>101</sup> Loi n° 2016-41 du 26 janv. 2016 de modernisation de notre système de santé.

<sup>102</sup> Ordonnance n° 2016-623 du 19 mai 2016 portant transposition de la directive 2014/40/UE sur la fabrication, la présentation et la vente des produits du tabac et des produits connexes.



**Obligations égales sanctions.** L'imagination du juriste étant infinie, il n'est pas nécessaire d'activer davantage l'hémisphère droit de notre cerveau<sup>103</sup>. En synthèse, un principe ne devrait pas être perdu de vue. Toute obligation imposée aux plateformes pour protéger notre cerveau devra être assortie de sanctions très punitives. Sans cette sévérité, notre cerveau demeurera encore longtemps une proie numérique, si bien que les plateformes n'hésiteront pas à le chasser...

**Conclusion.** Dans son texte publié en 1794, à la question « Qu'est-ce que les Lumières ? » Kant répondait que les Lumières « se définissent comme la sortie de l'homme hors de l'état de tutelle dont il est lui-même responsable. L'état de tutelle est l'incapacité de se servir de son entendement sans être dirigé par un autre ». Au XXI<sup>e</sup> siècle, la tutelle dont il s'agit est une tutelle numérique. Les plateformes manipulent, contrôlent et dirigent notre cerveau à distance. Le Droit arrivera-t-il à nous libérer de ce mauvais piège ? Possiblement. Car derrière les plateformes se cachent avant tout des Hommes ; les plateformes ne sont après tout que des créations humaines, des œuvres d'esprits brillants concentrés dans la Silicon Valley. Aussi la servitude numérique dans laquelle bon nombre d'entre nous sommes plongés n'est pas qu'une servitude virtuelle<sup>104</sup>. Elle est tangible. Pour libérer nos cerveaux, le Droit sera assurément une arme, mais à lui seul, il ne pourra remporter la bataille.

---

<sup>103</sup> L'hémisphère droit est réputé être « notre cerveau créateur ».

<sup>104</sup> J.-G. GANASCIA, *Servitudes virtuelles*, Paris, Édition du Seuil, 2022.