
droit.ius.tech

001

Florence Guillaume

La technologie, l'humain et le droit



Stämpfli Editions



droit.ius.tech

Collection dirigée par
Florence Guillaume

droit.ius.tech est à la fois une collection de livres et une plateforme Internet dédiées aux relations entre le droit et les nouvelles technologies. Les ouvrages et articles sont publiés en français, allemand et anglais.

droit.ius.tech ist sowohl eine Buchreihe als auch eine Internetplattform, die sich mit den Beziehungen zwischen Recht und neuen Technologien befasst. Die Bücher und Beiträge erscheinen in den Sprachen Französisch, Deutsch und Englisch.

droit.ius.tech is both a collection of books and an Internet platform dedicated to the relationship between law and new technologies. The books and articles are published in French, German and English.

Florence Guillaume (éd.)

La technologie, l'humain et le droit



Stämpfli Editions



Avant-propos

Le présent ouvrage regroupe les contributions de dix-sept doctorants en droit qui ont examiné la thématique « La technologie, l'humain et le droit » à l'aune des recherches effectuées dans le cadre de leur doctorat. Cette publication fait suite à un séminaire de deux jours organisé à Neuchâtel par le Programme doctoral en droit de la Conférence universitaire de Suisse occidentale (CUSO) réunissant une trentaine de doctorants et plusieurs professeurs, au cours duquel l'impact des nouvelles technologies de l'information et de la communication sur les règles de droit a été examiné dans une perspective transversale.

La technologie a une influence sur l'environnement dans lequel l'humain évolue. Il n'est dès lors pas surprenant que l'apparition de nouvelles technologies modifie la réalité quotidienne. Se pose alors la question de la manière dont il convient de réglementer afin de guider nos comportements dans la nouvelle réalité. Il y a ainsi une interaction constante entre la technologie et le droit, le développement de l'une faisant évoluer l'autre, tous deux participant à la définition de l'environnement de vie de chacun d'entre nous. C'est dire l'ampleur que les progrès de la technologie peuvent avoir sur l'humain et l'importance d'élaborer un droit qui soit adapté aux enjeux induits par l'innovation.

Le récent développement des technologies numériques a révolutionné notre façon de communiquer, d'accéder à l'information et de faire des affaires. Internet, le courrier électronique, les plateformes de médias sociaux et le commerce électronique font désormais partie intégrante de la société moderne. Ces technologies ont comme point commun d'utiliser des dispositifs numériques, tels que les ordinateurs, les smartphones et les tablettes, pour accéder, stocker, traiter, créer et transmettre des informations. Elles sont en train de remodeler notre manière de vivre non seulement dans la réalité physique, mais aussi simultanément dans un univers numérique dématérialisé.

L'année 2022 aura été marquée par l'augmentation des sollicitations des mondes virtuels. Le métavers est souvent décrit comme un monde futuriste dans lequel les utilisateurs peuvent se connecter, communiquer et s'engager dans une variété d'activités ludiques, artistiques, sociales et même commerciales. Mais un métavers peut également être, simplement, un espace virtuel de réunion où des personnes se retrouvent pour participer à une séance de travail ou à une conférence à distance en ayant l'impression que tous les participants sont réunis dans la même pièce. Il s'agit donc simplement d'un univers numérique dans lequel les personnes interagissent en temps réel à travers des avatars et ont une vie virtuelle qui est alignée – ou pas – à leur vie réelle. Pour l'instant, il n'y a pas un seul métavers, mais un nombre grandissant de mondes virtuels qui ne sont pas interconnectés. Certains voient dans le métavers une évolution

Information bibliographique de la Deutsche Nationalbibliothek
La Deutsche Nationalbibliothek a répertorié cette publication dans la Deutsche Nationalbibliografie; les données bibliographiques détaillées peuvent être consultées sur Internet à l'adresse <http://dnb.d-nb.de>.

Tous droits réservés, en particulier le droit de reproduction, de diffusion et de traduction. Sans autorisation écrite de l'éditeur, l'œuvre ou des parties de celle-ci ne peuvent pas être reproduites, sous quelque forme que ce soit (photocopies, par exemple), ni être stockées, transformées, reproduites ou diffusées électroniquement, excepté dans les cas prévus par la loi.

Conception graphique de la couverture : deValence, Paris

© Stämpfli Editions SA Berne · 2023
www.staempfliverlag.com

Print ISBN 978-3-7272-4933-4

Dans notre librairie en ligne www.staempflishop.com,
la version suivante est également disponible :

E-Book ISBN 978-3-7272-4740-8



potentielle d'Internet, avec la possibilité de créer de nouvelles formes d'interactions sociales qui vont au-delà de ce qui est actuellement possible dans le monde physique.

Le développement du métavers nécessite la collecte et l'utilisation de données personnelles qui sont souvent suffisamment caractéristiques pour permettre d'individualiser la personne. En effet, le niveau de réalisme élevé caractérisant les mondes virtuels ne peut être atteint qu'avec la collecte d'un grand nombre de données personnelles, notamment des données biométriques relatives aux caractéristiques physiques, psychologiques ou comportementales, recueillies par des caméras, des capteurs de mouvements, des capteurs analysant le regard et la dilatation des pupilles, ainsi que des microphones. Ces données, recueillies sur la personne physique, sont utilisées notamment pour en réaliser une représentation fidèle au moyen de son avatar. Il s'agit d'une somme d'informations utiles sur une personne, son comportement, ses intérêts et ses préférences. Il est dès lors primordial de définir qui détient et contrôle ces données personnelles qui ne sont pas seulement virtuelles mais bien réelles. Les défis juridiques liés au développement des technologies numériques ne doit pas occulter le rôle des entreprises du numérique et les enjeux commerciaux. Les géants du Web, qui sont en train d'investir des sommes astronomiques pour développer des métavers, ne sont pas réputés pour leur altruisme et y ont certainement vu une nouvelle source de revenus. Cela doit nous rendre encore plus attentifs à la nécessité de protéger notre intégrité numérique avant d'entremêler davantage nos vies virtuelles à notre vie réelle.

Cet exemple montre à quel point les technologies numériques sont en train de modifier en profondeur l'environnement dans lequel l'humain évolue, entraînant des bouleversements majeurs tant dans les activités de ce dernier que sur l'intégrité de sa personne. Le métavers offre une illustration parlante de la relation entre l'humain, la technologie et le droit. La création de mondes virtuels de plus en plus attractifs met en exergue la nécessité de définir le cadre juridique. L'adoption de nouvelles règles de droit doit permettre le développement d'une technologie amenant l'humain à évoluer dans une société interconnectée où les différences culturelles s'estompent en même temps que la distance géographique perd toute signification. La technologie doit pouvoir s'inscrire dans le cadre défini par les règles de droit, tout comme il est nécessaire de mettre en place un environnement normatif prenant en compte les particularités d'un espace numérique.

Il est incontestable que le droit joue un rôle central dans la régulation de l'activité humaine en société en définissant les règles et les principes régissant le comportement des individus. Mais réglementer l'activité numérique n'est pas chose aisée et la difficulté avec laquelle le droit s'adapte aux nouvelles technologies suscite des interrogations sur son effectivité. La qualité et la lisibilité des

règles de droit peuvent être altérées par la complexité de l'environnement technologique qu'elles sont censées réguler. Il en résulte parfois une perte d'autorité de la norme. Bien plus, le développement technologique pourrait avoir un impact sur la souveraineté étatique en remettant en question l'autorité des États à établir et appliquer leurs propres lois sur leur propre territoire. Comment interpréter le principe de la territorialité des lois dans un monde dématérialisé sans frontière physique ? L'embarras perceptible des États, entravés dans l'application de leurs lois dans l'univers numérique, a pour effet que la technologie s'imisce peu à peu dans les pouvoirs régaliens.

Le pouvoir de rendre la justice, par exemple, est un attribut de l'État souverain qui confie à ses tribunaux la charge de résoudre les litiges entre les individus en appliquant la loi. Le droit contribue ainsi à promouvoir l'équité et la justice en fournissant un cadre pour la résolution des litiges. Mais les modes alternatifs de résolution des litiges en ligne développés par les plateformes de commerce électronique ont permis de rappeler que les normes et les valeurs sociales ainsi que les incitations économiques ont également un rôle primordial à jouer dans la régulation de l'activité humaine. Les plateformes de commerce électronique ont rapidement identifié l'importance de la réputation dans leur environnement commercial et recourent souvent à la menace d'ostracisme pour encourager leurs utilisateurs à se servir de leur mécanisme interne de résolution des litiges. Il est aussi possible de constater un fléchissement de la notion même d'équité et de justice qui est en train d'être remise en question par l'utilisation de la technologie dans le processus judiciaire. La blockchain est à l'origine du développement récent de nouveaux modèles de résolution des litiges donnant la préférence à l'application de mécanismes d'incitation économique au détriment des règles de droit. Le concept de justice équitable acquiert ainsi peu à peu une portée plus économique que juridique. Ce phénomène de privatisation du droit et de la justice démontre que l'activité humaine en société n'est pas uniquement régulée par le droit, mais aussi par les normes et les valeurs sociales ainsi que les incitations économiques. L'humain a donc une capacité d'autorégulation lui permettant de devancer l'adoption de règles de droit par les États et de s'affranchir des délimitations territoriales de l'espace.

Le juge-robot permettra-t-il à l'État de reprendre la main sur la justice grâce à la capacité des systèmes d'intelligence artificielle à traiter un nombre considérable d'affaires en un temps extrêmement court ? L'intelligence artificielle est déjà en train de se frayer un chemin dans la justice étatique où sa capacité de prédiction est très appréciée. En recourant à une modélisation statistique basée sur l'analyse de grands volumes de décisions judiciaires passées, l'intelligence artificielle peut notamment évaluer les chances de succès d'une action en justice ou calculer le montant probable de dommages-intérêts. L'utilisation de cette technologie dans le domaine de la justice peut contribuer à améliorer l'efficacité et la qualité du travail des tribunaux. Toutefois, pour l'instant, l'intelligence

artificielle permet uniquement de reproduire la solution adoptée dans des décisions antérieures concernant des affaires similaires. Le recours systématique à cette technologie crée dès lors un risque de cristallisation de la jurisprudence qui se retrouve privée de toute perspective évolutive. Paradoxalement, le recours à la technologie dans la résolution des litiges pourrait ainsi entraîner un frein à l'évolution du droit.

L'analyse des interactions entre l'environnement juridique et les technologies numériques amène à reconnaître que si le droit joue sans aucun doute un rôle dans le développement de la technologie, l'inverse est également vrai. Mais que reste-t-il de l'humain et des libertés fondamentales de tout un chacun dans cette ère du numérique et de l'intelligence artificielle où les données personnelles ont acquis une valeur économique ?

Qui mieux qu'une intelligence artificielle pour apporter une réponse objective à cette question ? Au mois de novembre 2022, *OpenAI* a mis à la disposition du grand public une intelligence artificielle basée sur l'architecture GPT (*Generative Pre-training Transformer*) de troisième génération. GPT-3 est un type de modèle d'apprentissage automatique qui est utilisé pour les tâches de traitement du langage naturel telles que la traduction, la génération de langage et le résumé de texte. Ce système d'intelligence artificielle fonctionne en entraînant un grand réseau neuronal sur un ensemble massif de données textuelles. Lorsque je lui ai demandé son nom, GPT-3 m'a répondu : « *You can call me "Assistant"*. *I am an artificial intelligence designed to assist with tasks and answer questions, so the name "Assistant" is fitting* ». Selon les propres termes de cet assistant d'un nouveau type, « *I am able to generate human-like text and can be used for a variety of purposes, such as answering questions, providing information, and engaging in conversation* ». Dans l'espoir de découvrir une perspective novatrice et pragmatique générée par un raisonnement sortant des sentiers battus, je lui ai demandé quelle est la relation entre la technologie numérique, l'humain et le droit :



The relationship between digital technology, humans, and the law is complex and multifaceted. Digital technology has revolutionized the way we live and work, and it has also created new legal challenges and opportunities.



One way in which digital technology has impacted the law is through the development of new legal issues related to the use of the internet and other digital platforms. For example, laws related to online privacy, cybersecurity, and intellectual property have become increasingly important as more and more of our personal and business activities have moved online.

Digital technology has also changed the way the law is enforced and administered. For example, the use of artificial intelligence and machine learning in the legal system has led to the development of new legal tools and techniques, such as predictive coding and automated contract review.

At the same time, the law has played a role in shaping the development of digital technology. For example, laws related to telecommunications and the internet have helped to create the infrastructure and legal framework that has enabled the growth of the digital economy.

Overall, the relationship between digital technology, humans, and the law is complex and dynamic, and it will continue to evolve as technology and the law continue to develop.

Telle est la réponse d'une intelligence artificielle formée avec un jeu de données de milliards de mots provenant d'Internet et qui raisonne en traitant les données de manière logique. Si vous souhaitez connaître la réponse de jeunes chercheurs en droit et savoir si la place de l'humain est et restera au centre de la technologie et du droit, tournez la page et connectez-vous avec l'environnement juridique de demain !

Florence Guillaume
Professeure à la Faculté de droit
de l'Université de Neuchâtel
Fondatrice du LexTech Institute
Directrice du programme doctoral
en droit de la Conférence universitaire
de suisse occidentale (CUSO)

Je remercie mon assistant(e) GPT-3 pour son aide précieuse et très appréciée pour la rédaction de cette préface.

Table des matières

Avant-propos	V
Table des abréviations	XV
ALEXANDRE BARBEY	
Les lois dites technologiquement neutres face à la sécurité juridique.....	1
ALEXANDRA VRACA	
L'identification des actionnaires et ayants droit économiques d'actions tokenisées.....	21
IAGO BAUMANN	
La relation entre une PME et un réseau social vue par le prisme de la procédure – L'application des règles procédurales protectrices du consommateur à une PME dans sa relation avec un réseau social.....	39
KARIN JORDAN HÉLÈNE BRUDERER	
Enfants influenceurs et exploitation de leur image sur les réseaux sociaux par leurs parents.....	63
LEONEL CONSTANTINO FERREIRA	
La modération de contenu par les réseaux sociaux – Les droits procéduraux des utilisateurs à la merci du pouvoir décisionnel des plateformes numériques.....	95
GALAHAD DELMAS	
Le juge, l'aléa et l'intelligence artificielle	125

JONAS ZAUGG

Herméneutique juridique digitale – Interprétation et prise de décision par le juge-robot 135

JENNIFER GAUMANN-PACCAUD

L'impact de l'intelligence artificielle sur le droit et les valeurs de la justice..... 153

BEATRICE BELLA

Réflexions sur les responsabilités morale et pénale d'une intelligence artificielle 171

ALICE FROCHAUX

L'influence des innovations technologiques sur le droit de la responsabilité civile – L'intelligence artificielle : l'occasion d'unifier le droit de la responsabilité civile..... 193

MATTHIEU TOURNIGAND

La preuve par la technologie – Étude comparée en droit de la responsabilité civile et en droit des mineurs..... 217

FABIAN LÜTZ

Le rôle du droit pour contrer la discrimination algorithmique dans le recrutement automatisé 235

AUDE GUILLOT

Le *Healthy Smart Nudging* : quels enjeux juridiques ? – Les technologies cognitives comme instruments de contrainte étatique douce pour promouvoir la santé publique 259

DYLAN HOFMANN

Le développement du *Quantified Self* – De l'adoption d'un meilleur mode de vie à une nouvelle forme de science citoyenne..... 285

QUENTIN JACQUEMIN

Le droit suisse permet-il de réprimer les *deepfakes* ? 313

ELENA VOLKOVA

La répression des crimes internationaux commis dans le cyberspace par la Cour pénale internationale (CPI)..... 347

Table des abréviations

AAAI	<i>Association for the Advancement of Artificial Intelligence</i>
ACM	<i>Association for Computing Machinery</i>
ADN	Acide désoxyribonucléique
ADR	<i>Alternative dispute resolution</i>
aff.	affaire(s)
AGI	<i>Artificial general intelligence</i>
AI	<i>Artificial intelligence (= IA)</i>
AISUF	Travaux de la Faculté de droit de l'Université de Fribourg (<i>Arbeiten aus dem Juristischen Seminar der Universität Freiburg Schweiz</i>)
AJ Fam.	Actualité juridique Famille
AJDA	Actualité juridique Droit administratif
al.	alinéa(s)
AMR	<i>Abstract meaning representation</i>
APEA	Autorité de protection de l'adulte et de l'enfant
art.	article(s)
ASSM	Académie Suisse des Sciences Médicales
ATA	Arrêt(s) du Tribunal administratif du canton de Genève
ATAF	Arrêt(s) du Tribunal administratif fédéral suisse
ATF	Recueil officiel des arrêts du Tribunal fédéral suisse
ATS	<i>Applicant tracking system</i>
BAG	<i>Bundesamt für Gesundheit (= OFSP)</i>
BBC	<i>British Broadcasting Corporation</i>
BGBI.	<i>Bundesgesetzblatt (Allemagne)</i>
BMJ	<i>British Medical Journal</i>
c.	contre
CA	Cour d'appel
CaaS	<i>Crime as a Service</i>

CCD COE	<i>Cooperative Cyber Defence Centre of Excellence</i>
CDA	<i>Communication Decency Act of 1996</i> (États-Unis)
CDE	Convention relative aux droits de l'enfant du 20 novembre 1989 (RS 0.107)
CE	Commission européenne
CEDH	Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales du 4 novembre 1950 (RS 0.101)
CEDIDAC	Centre du droit de l'entreprise (Université de Lausanne, Suisse)
cf.	<i>confer</i>
ch.	chiffre(s)
chap.	chapitre(s)
CICR	Comité international de la Croix-Rouge
CIJ	Cour internationale de Justice
Cir.	<i>Circuit</i>
cit.	cité(e)(s)
Civ. 1 ^{re}	Première Chambre civile de la Cour de cassation française
CJUE	Cour de justice de l'Union européenne
CMPEA	Cour des mesures de protection de l'enfant et de l'adulte
CMTA	<i>The Capital Markets and Technology Association</i>
CNAI	<i>Competence Network for Artificial Intelligence</i>
CNCDH	Commission nationale consultative des droits de l'homme (France)
CNIL	Commission nationale de l'informatique et des libertés (France)
CNN	<i>The Cable News Network</i>
CNUDCI	Commission des Nations Unies pour le droit commercial international (= UNCITRAL)
COB	<i>Chronic Offenders Bulletin</i>
Comp.	Comparer
COMPAS	<i>Correctional Offender Management Profiling for Alternative Sanctions</i>

Cons. const.	Conseil constitutionnel français
consid.	considérant(s)
COPPA	<i>Children's Online Privacy Protection Act of 1998</i> (États-Unis)
CourEDH	Cour européenne des droits de l'Homme
Covid-19	<i>Coronavirus disease 2019</i> (= maladie à coronavirus 2019)
CPI	Cour pénale internationale
CPPA	<i>Child Pornography Prevention Act of 1996</i> (États-Unis)
CRIDS	Centre de Recherche Information, Droit et Société (Université de Namur, Belgique)
CSDH	Centre suisse de compétence pour les droits humains
CSET	<i>Center for security and emerging technology</i> (Université de Georgetown, États-Unis)
CSS	<i>Center for Security Studies</i> (École polytechnique fédérale de Zurich, Suisse)
CTS	<i>Collaboration technologies and systems</i>
CUSO	Conférence universitaire de Suisse occidentale
CV	<i>Curriculum vitae</i>
CVIM	Convention des Nations Unies du 11 avril 1980 sur les contrats de vente internationale de marchandises (RS 0.221.211.1)
D.	Recueil Dalloz
DAO	<i>Decentralized autonomous organization</i>
DAV	<i>Deutscher Anwalt Verein</i>
DES	Diéthylstilbestrol
DFAE	Département fédéral des affaires étrangères
Dir.	Directive
dir.	dirigé par
DLT	<i>Distributed ledger technology</i> (= TRD)
DMCA	<i>Digital Millennium Copyright Act of 1998</i> (États-Unis)
DMF	<i>Decision making framework</i>
Dr. fam.	Revue Droit de la famille

DSA	<i>Digital Services Act</i> (Règlement 2022/2065 de l'Union européenne sur les services numériques du 19 octobre 2022 ; JO L 277)
EC	<i>European Commission</i> (= Commission européenne)
éd.	édition
édit.	éditeur(s)
EDPB	<i>European Data Protection Board</i> (= Comité européen de la protection des données)
ég.	également
ELI	<i>European Law Institute</i>
EPFL	École polytechnique fédérale de Lausanne
EPRS	Service de recherche du Parlement européen
ERA	<i>Academy of European Law</i>
et al.	<i>et alii</i> (et autres)
etc.	<i>et caetera</i>
EU	<i>European Union</i>
Europol	<i>The European Union Agency for Law Enforcement Cooperation</i>
EWHC	<i>England and Wales High Court</i>
EWI	<i>EastWest Institute</i>
Fedpol	Office fédéral suisse de la police
FF	Feuille fédérale suisse
FINMA	Autorité fédérale suisse de surveillance des marchés financiers
FRANN	<i>Facial reconstruction autoencoder neural network</i>
FSA	Fédération suisse des avocats
GAFAM	Google, Apple, Facebook, Amazon et Microsoft
GAFI	Groupe d'action financière
GAN	<i>Generative adversarial networks</i>
GCBF	Groupe interdépartemental de coordination sur la lutte contre le blanchiment d'argent et le financement du terrorisme
GDPR	<i>General Data Protection Regulation</i> (= RGPD)

GEG	Groupe d'experts gouvernementaux
GEHN	Groupe d'experts indépendants de haut niveau sur l'intelligence artificielle
GesKR	<i>Schweizerische Zeitschrift für Gesellschafts- und Kapitalmarktrecht sowie Umstrukturierungen</i>
GMO	<i>Genetically modified organism</i>
GPS	<i>Global positioning system</i>
HR	<i>Human resources</i>
HRW	<i>Human Rights Watch</i>
i.e.	<i>id est</i> (c'est-à-dire)
IA	Intelligence artificielle
IBAN	<i>International bank account number</i>
Ibid.	<i>ibidem</i> (au même endroit)
ICC	<i>International Criminal Court</i> (= Cour pénale internationale)
ICIJ	<i>International Consortium of Investigative Journalists</i>
ICON-S	<i>The International Society of Public Law</i>
ICRC	<i>International Committee of the Red Cross</i> (= CICR)
ICTC	<i>International Criminal Tribunal for Cyberspace</i>
ID	<i>Identification</i>
IDS	Institut du droit de la santé (Université de Neuchâtel, Suisse)
IEC	<i>International Electrotechnical Commission</i>
IEEE	<i>The Institute of Electrical and Electronics Engineers</i>
IJCAI	<i>International Joint Conference on Artificial Intelligence</i>
Inc	<i>Incorporated</i>
InfoMIE	Centre de ressources sur les mineurs isolés étrangers
IRIAD	<i>Istituto di ricerche internazionali archivio disarmo</i>
IRJS	Institut de recherche juridique de la Sorbonne (Université Paris 1 Panthéon-Sorbonne, France)
IRM	Imagerie par résonance magnétique
ISAs	<i>Intelligent software agents</i>

ISO	<i>International Organization for Standardization</i> (= Organisation internationale de normalisation)
IVDR	<i>In vitro diagnostic regulation</i>
JAMA	<i>The Journal of the American Medical Association</i>
JCP	Jurisqueur Périodique (La Semaine Juridique)
JdT	Journal des Tribunaux
JORF	Journal officiel de la République française
JOUE	Journal officiel de l'Union européenne
KI	<i>Künstliche Intelligenz</i> (= IA)
KYC	<i>Know Your Customer</i>
LADP	<i>Los Angeles Police Department</i>
let.	lettre(s)
LGDJ	Librairie générale de Droit et de Jurisprudence
LLC	<i>Limited liability company</i>
LTCE	Loi type de la CNUDCI du 12 juin 1996 sur le commerce électronique
LUISS	<i>Libera Università Internazionale degli Studi Sociali</i>
MAUSS	Mouvement anti-utilitariste dans les sciences sociales
MDR	<i>Medical device reporting</i>
MIT	<i>Massachusetts Institute of Technology</i>
ML	<i>Machine learning</i>
MNA	Mineur non-accompagné
MNT	Maladie non transmissible
N	numéro(s) marginal(aux)
n.	note(s) de bas de page
NetzDG	<i>Netzwerkdurchsetzungsgesetz</i> du 1 ^{er} septembre 2017 (Allemagne)
NFT	<i>Non fungible token</i>
NLP	<i>Natural language processing</i>
n°	numéro(s)

not.	notamment
NRA	<i>National risk assessment</i>
NYC	<i>New York City</i>
obs.	observations
Obsan	Observatoire suisse de la santé
OCDE	Organisation de coopération et de développement économiques
ODR	<i>Online dispute resolution</i>
OECD	<i>Organisation for Economic Co-operation and Development</i> (= OCDE)
OFCOM	Office fédéral suisse de la communication
OFS	Office fédéral suisse de la statistique
OFSP	Office fédéral suisse de la santé publique
OIT	Organisation internationale du travail
OMS	Organisation mondiale de la santé
ONG	Organisation non gouvernementale
ONU	Organisation des Nations Unies
P-LPD	Projet de révision totale de la Loi fédérale sur la protection des données (FF 2017 6565 ; Suisse)
P-Règ	Proposition de Règlement sur l'intelligence artificielle (COM/2021/206 final ; Union européenne)
p.	page(s)
p.ex.	par exemple
par.	paragraphe(s)
PDF	<i>Portable document format</i>
phr.	phrase(s)
PJA	Pratique juridique actuelle
PME	petites et moyennes entreprises
PNAS	<i>The Proceedings of the National Academy of Sciences</i>
PPDT	Préposé à la protection des données et à la transparence
Prof.	Professeur(e)

PSA	<i>Public safety assessment</i>
PUF	Presses universitaires de France
QPC	Question prioritaire de constitutionnalité
QR code	<i>Quick response code</i>
Q&A	<i>Question and answer</i>
R.U.R.	<i>Rossum's Universal Robots</i>
RCA	Responsabilité civile et Assurances
RDS	Revue de droit suisse
RDSS	Revue de droit sanitaire et social
rééd.	réédition
réf.	référence(s)
req.	requête
Rev. crit. DIP	Revue critique de droit international privé
RGPD	Règlement général 2016/679 sur la protection des données du 27 avril 2016 (JO L 119 ; Union européenne)
RJL	Recherches juridiques lausannoises
RJN	Recueil de jurisprudence neuchâteloise
RLDC	Revue Lamy droit civil
RMA	Revue de la protection des mineurs et des adultes
RMS	<i>Recruiting management systems</i>
RO	Recueil officiel du droit fédéral suisse
RS	Recueil systématique du droit fédéral suisse
RSDA	Revue suisse de droit des affaires et du marché financier
RSJ	Revue suisse de jurisprudence
RSN	Recueil systématique de la législation neuchâteloise
RTD Civ.	Revue trimestrielle de droit civil
RTD Com.	Revue trimestrielle de droit commercial
s.	et suivant(e)
s.l.	<i>sine loco</i> (sans lieu d'édition)
SBF	<i>Swiss Blockchain Federation</i>

SECO	Secrétariat d'État à l'économie
Sect.	Section
SIB	<i>Swiss Institute of Bioinformatics</i> (= Institut Suisse de bioinformatique)
spéc.	spécifiquement
SPHN	<i>Swiss Personalized Health Network</i>
ss	et suivant(e)s
SSJ	Société suisse des juristes
Stat.	<i>Statute</i>
t.	tome
TF	Tribunal fédéral suisse
TGI	Tribunal de grande instance
TIC	Technologies de l'information et de la communication
Tit. fin.	Titre final
TRD	Technologie des registres distribués (= DLT)
TV	Télévision
TVA	Taxe sur la valeur ajoutée
UCL	<i>University College London</i>
UE	Union européenne
UN	<i>United Nations</i> (= Nations Unies)
UNCITRAL	<i>United Nations Commission on International Trade Law</i> (= CNUDCI)
UNESCO	Organisation des Nations Unies pour l'éducation, la science et la culture
UNGP	<i>United Nations Guiding Principles on Business and Human Rights</i>
UNICEF	Fonds des Nations Unies pour l'enfance
UniGE	Université de Genève
US	<i>United States</i>
USC	<i>United States Code</i>
USD	dollar américain

v.	<i>versus</i>
vol.	volume

Les lois dites technologiquement neutres face à la sécurité juridique

ALEXANDRE BARBEY

Doctorant en protection des données et assistant diplômé en droits réels, droit des successions, droit notarial et principes généraux de droit privé | Pôle numérique | Faculté de droit, des sciences criminelles et de l'administration publique | Université de Lausanne

Table des matières

I.	Introduction	1
II.	Définition de la neutralité technologique	3
	A. Pluralité de définitions	3
	B. Origines et nature juridique de la neutralité technologique	5
	C. Notions en lien avec la neutralité technologique	9
	1. L'équivalence fonctionnelle	10
	2. La non-discrimination technologique	10
	3. La neutralité médiatique	10
III.	Neutralité technologique dans l'ordre juridique suisse	11
	A. Protection des données	11
	B. Droit d'auteur	12
	C. Forme écrite	12
	D. Droit pénal	14
	E. Droit procédural	15
IV.	Critiques relatives à la neutralité technologique	16
V.	Conclusion	19

I. Introduction

Lorsqu'un testateur choisit la forme olographe pour rédiger ses dispositions à cause de mort, il doit les écrire en entier, les dater et les signer de sa main (art. 505 al. 1 CC¹). Si la condition de l'écriture manuscrite usuelle du testateur est posée, il n'y a en revanche pas d'indication relative au support sur lequel le contenu des dispositions à cause de mort doit être écrit. La doctrine admet que n'importe quel support peut respecter la forme olographe, pourvu

¹ Code civil suisse du 10 décembre 1907 (CC ; RS 210).

que celui-ci soit apte à soutenir l'écriture². De plus, elle semble s'accorder pour dire que la validité du testament olographe ne dépend pas non plus de l'outil utilisé pour écrire³. D'autres membres du corps peuvent être utilisés à la place de la main pour écrire, dans le cas où le testateur ne pourrait pas s'en servir⁴. Nous pouvons donc nous demander si des dispositions à cause de mort écrites de la main du testateur à l'aide d'un stylet sur une tablette tactile, lui permettant ainsi d'user de son écriture usuelle, puis enregistrées dans un format ne permettant pas d'être altérées, remplissent les conditions de forme du testament olographe *de lege lata*. Il s'agit là de savoir s'il est possible de respecter les conditions de forme du testament olographe en recourant à des outils d'écriture qui n'existaient pas en 1907.

Plus que la réponse à cette question, à laquelle le praticien est évidemment intéressé, c'est en réalité le développement requis pour y répondre que nous désirons étudier. La doctrine et la jurisprudence n'ont, à notre connaissance, pas donné de réponse claire à notre question⁵. Le Tribunal fédéral a eu l'occasion d'indiquer qu'un texte écrit au clavier d'un ordinateur ne satisfait pas aux conditions de forme du testament olographe⁶. Y avait-il réellement besoin de déranger les juges de Mon Repos pour qu'ils confirment qu'un texte dactylographié ne reproduit pas l'écriture manuscrite usuelle du testateur ?

Notre question peut être élargie. En réalité, nous cherchons à savoir si un testament olographe est valable lorsque le support et l'instrument d'écriture utilisés par le testateur font appel à des technologies numériques. Nous nous demandons ainsi si l'art. 505 al. 1 CC a été conçu de manière à avoir un caractère *technologiquement neutre*.

Quid de cette notion de neutralité technologique à laquelle le juriste a probablement déjà été confronté ? Il s'agit, schématiquement, de traiter sur un pied d'égalité les différentes technologies afin que la loi n'ait pas besoin d'être constamment modifiée face aux rapides avancées techniques. Pourtant, même des lois répondant à ce principe nécessitent d'être révisées. La notion, encore peu étudiée, s'avère en réalité bien plus complexe.

² P.-H. STEINAUER, *Le droit des successions*, 2^e éd., Berne 2015, N 688 ; P. PIOTET, *Traité de droit privé suisse*, Tome IV, Fribourg 1975, p. 216.

³ PIOTET (n. 2), p. 215 ; A. LEUBA, « Commentaire de l'art. 505 CC », in P. PICHONNAZ/B. FOËX/D. PIOTET (édit.), *Commentaire romand Code civil II*, Bâle 2016, art. 505 N 6.

⁴ PIOTET (n. 2), p. 215 ; STEINAUER (n. 2), N 692a.

⁵ P. BREITSCHMID, « Commentaire de l'art. 505 CC », in T. GEISER/S. WOLF (édit.), *Basler Kommentar Zivilgesetzbuch II*, 6^e éd., Bâle 2019, art. 505 N 1 : cet auteur est d'avis que les usages évolueront et semble admettre que l'utilisation de nouvelles technologies respectant les conditions de la forme olographe pourrait se justifier.

⁶ ATF 5A_131/2015 du 26 mai 2015, consid. 4.

Notre question relative au testament olographe n'est qu'un exemple permettant d'introduire la notion de neutralité technologique. Cette dernière se retrouve en effet dans de multiples domaines du droit. Notre contribution consiste à déterminer si la rédaction de dispositions technologiquement neutres, compte tenu de leur caractère intrinsèquement moins précis, est compatible avec le principe de la légalité (art. 5 Cst. féd.⁷) qui a comme corollaire la garantie de la sécurité et de la prévisibilité du droit et impose une certaine densité normative. Dans la même optique, nous examinerons si, en matière de droit pénal, le principe *nullum crimen sine lege* est compatible avec des infractions consacrées de manière technologiquement neutres.

Notre contribution s'intéresse ainsi tout d'abord à définir de façon détaillée la neutralité technologique et analyser son origine et sa nature (II). Dans un deuxième temps, nous analyserons certains domaines du droit à l'aune de cette notion (III). Finalement, nous émettrons certaines critiques relatives à l'utilisation peu précise de ce principe (IV).

II. Définition de la neutralité technologique

A. Pluralité de définitions

La neutralité technologique n'a pas beaucoup été étudiée par les juristes⁸. Cependant, l'on peut remarquer de plus en plus fréquemment que des auteurs, tribunaux ou autorités en font mention, sans toutefois la définir, respectivement se contentant d'indiquer très brièvement en quoi consiste la notion⁹. Nous nous voyons donc contraints, en raison de cette absence de réflexion en Suisse sur la notion de neutralité technologique, de baser nos recherches principalement sur des sources étrangères, majoritairement doctrinales. Nous nous efforcerons de confronter ces réflexions à l'ordre juridique suisse. Les recherches les plus abouties sur la neutralité technologique sont certainement celles entreprises par

⁷ Constitution fédérale de la Confédération suisse du 18 avril 1999 (Cst. féd. ; RS 101).

⁸ M. MONTAVON, *Cyberadministration et protection des données. Étude théorique et pratique de la transition numérique en Suisse du point de vue de l'État, des citoyens et des autorités de contrôle*, thèse (Université de Fribourg), Genève/Zurich/Bâle 2021 (AISUF n° 423), p. 99 ; B. A. GREENBERG, « Rethinking Technology Neutrality », *Minnesota Law Review* 2016, vol. 100 n° 4, p. 1495-1562, p. 1498 ; V. GAUTRAIS, *Neutralité technologique. Rédaction et interprétation des lois face aux technologies*, Montréal 2012, p. 2 ; M. DEMOULIN, *Théorie critique du principe d'équivalence fonctionnelle en droit du commerce électronique*, thèse (Université de Namur), s.l. 2014, disponible sous : https://mariedemoulin.openum.ca/files/sites/41/2017/10/M_Demoulin_These_Equivalents_Fonctionnels_2014.pdf (consulté le 2 août 2022) (version *open access*), p. 245.

⁹ Cf. *infra* II.B et III.

le Prof. Vincent GAUTRAIS de l'Université de Montréal. Il a publié un ouvrage en 2012 consistant en une étude transversale et comparative de la notion¹⁰. Celui-ci est également pertinent pour le juriste suisse.

Nous constatons que la neutralité technologique est une notion qui n'est pas simple à traiter. Tout d'abord, elle a plusieurs significations. Ensuite, deux points de vue concernant la notion existent, selon le but du domaine du droit analysé.

Trois définitions sont généralement retenues. La première indique que la neutralité technologique est le fait qu'une loi *ne se réfère pas* à une technologie en particulier, ni à un support. La deuxième veut qu'une loi qui suit ce principe *ne privilégie pas* une technologie par rapport à une autre, ou un support par rapport à un autre, en particulier le papier par rapport à un support électronique. La troisième se réfère à la neutralité technologique comme étant une technique législative qui a pour effet de traiter de manière équivalente les différentes technologies et les différents supports¹¹.

GAUTRAIS présente la dichotomie entre droit dit « outil » et droit dit « censeur »¹². Il s'agit là d'une approche du droit catégorisant les règles selon leur but. Le droit peut ainsi être l'outil « qui instaure un moyen de faire une chose sans impact sur la politique législative impliquée »¹³. Le droit censeur se réfère à « une règle de compromis, où l'on a cherché à concilier les intérêts de diverses parties concernées et l'on a établi un équilibre entre des objectifs législatifs divergents »¹⁴. Cette distinction permet de mieux aborder la neutralité technologique en tenant compte du domaine du droit analysé.

Ainsi, avec le droit « outil », la neutralité technologique peut être une technique de rédaction législative ou d'interprétation du droit¹⁵ – un outil en soi. Dans le

¹⁰ Cf. n. 8.

¹¹ GAUTRAIS (n. 8), p. 32-34 ; MONTAVON (n. 8), p. 101 s. et 108 s. ; DEMOULIN (n. 8), N 181 ; S. SHADIKHODJAEV, « Technological Neutrality and Regulation of Digital Trade : How Far Can We Go ? », *The European Journal of International Law* 2021, vol. 32, n° 4, p. 1221-1248, p. 1222 ; C. DE TERWANGNE, « La modernisation de la Convention 108 du Conseil de l'Europe », in A. EPINEY/T. FASNACHT (édit.), *Die Entwicklung der europarechtlichen Vorgaben im Bereich des Datenschutzes/Le développement du droit européen en matière de protection des données*, Zurich 2013 (*Forum Europarecht* n° 27), p. 23-46, p. 26 s.

¹² GAUTRAIS (n. 8), p. 19 ss. Il indique que cette manière de concevoir le droit a été pour la première fois mise en évidence par Claire DALTON, anciennement Professeure à la Faculté de droit de Harvard et à l'Université Northeastern, dans l'article suivant : C. DALTON, « An Essay in the Deconstruction of Contract Doctrine », *The Yale Law Journal* 1985, vol. 94, n° 5, p. 997-1114.

¹³ M. GOUDREAU *et al.*, « Recensions », *Revue générale de droit* 2012, vol. 42, n° 2, p. 763-775, p. 764.

¹⁴ GOUDREAU *et al.* (n. 13), p. 763 s.

¹⁵ GAUTRAIS (n. 8), p. 63.

droit « censeur », la neutralité technologique serait « un facteur de répartition de bénéfiques entre des intérêts catégoriels distincts »¹⁶. Dans ce dernier cas, elle ne serait alors utile que lorsque l'arrivée d'une nouvelle technologie ne bouleverse pas entièrement une situation juridique. Un contre-exemple serait celui du droit d'auteur avec l'arrivée des technologies de partage d'œuvre à grande échelle¹⁷. La neutralité technologique ne serait alors dans ce cas que de peu d'utilité, car elle ne permet pas de partager les bénéfiques, par exemple issus de l'œuvre¹⁸.

B. Origines et nature juridique de la neutralité technologique

Il est admis que la notion de neutralité technologique a intégré le monde juridique par le biais des régulations relatives au commerce international¹⁹. À notre connaissance, la notion a pour la première fois été définie internationalement lors de l'adoption de la Loi type de la Commission des Nations Unies pour le droit commercial international (CNUDCI) du 12 juin 1996 sur le commerce électronique (LTCE)²⁰. Ce texte a également consacré les notions de non-discrimination et d'équivalence fonctionnelle²¹. Nous relevons notamment que, dans le but de permettre le commerce électronique, l'art. 11 par. 1 LTCE permet que l'offre et l'acceptation, nécessaires à la formation d'un contrat, soient communiquées de manière électronique. De même, sauf accord contraire des parties, l'accusé de réception peut être transmis par voie électronique, également de manière automatique (art. 14 par. 2 let. a LTCE). Cette Loi type a permis, à une époque à laquelle le commerce électronique international était en plein développement, d'encadrer juridiquement des pratiques commerciales qui ne faisaient pas l'objet d'une réglementation claire jusqu'alors et d'amener une plus grande sécurité juridique dans les relations entre parties²².

¹⁶ GAUTRAIS (n. 8), p. 64.

¹⁷ GAUTRAIS (n. 8), p. 63 s. ; P. GILLIERON, *Propriété intellectuelle et Internet*, Lausanne 2003 (CEDIDAC n° 53), N 334 s.

¹⁸ GAUTRAIS (n. 8), p. 65.

¹⁹ SHADIKHODJAEV (n. 11), p. 1223 ; DEMOULIN (n. 8), p. 247 s.

²⁰ DEMOULIN (n. 8), p. 7 s. et 247 s. ; GAUTRAIS (n. 8), p. 11 ss. En droit national, il existe des premières occurrences précédentes à la LTCE. Par exemple en droit américain, le terme se trouve dans le *Copyright Act* du 19 novembre 1976 (Public Law n° 94-553, 90 Stat. 2541).

²¹ Cf. *infra* II.C. Commission des Nations Unies pour le droit commercial international (CNUDCI), *Loi type de la CNUDCI sur le commerce électronique et Guide pour son incorporation avec le nouvel article 5^{bis} tel qu'adopté en 1998*, New York 1999, p. 17, 20, 33 et 36.

²² CNUDCI (n. 21), p. 16 ; DEMOULIN (n. 8), p. 7.

La Suisse n'a pas repris la LTCE dans son ordre juridique, contrairement à d'autres textes émanant de la CNUDCI, tels que la CVIM²³.

Plusieurs visions de la nature juridique de la neutralité technologique existent, que ce soit parmi les auteurs suisses ou internationaux.

L'une des raisons souvent avancées pour justifier l'adoption de lois technologiquement neutres est que dans des domaines techniques, la technologie évolue bien plus rapidement que le droit. Les processus législatifs prennent du temps. Le caractère technologiquement neutre permet au droit de s'appliquer malgré l'avancée technologique ainsi que la mise sur pied d'égalité des anciennes technologies et des nouvelles²⁴.

S'agissant de la nature de la neutralité technologique, certains sont d'avis qu'elle peut être conçue comme une méthode de rédaction de la loi ou comme une méthode d'interprétation de la loi²⁵.

En droit suisse, le principe de neutralité technologique n'est pas érigé par la Constitution, ni même par une loi fédérale, malgré le fait qu'une référence à ce principe soit souvent faite dans des documents officiels^{26, 27}. Nous nous demandons d'ailleurs si l'utilisation du terme « principe » est adéquate. Pourrait-on

²³ Convention des Nations Unies du 11 avril 1980 sur les contrats de vente internationale de marchandises (CVIM ; RS 0.221.211.1).

²⁴ S. BONDALLAZ, *La protection des personnes et de leurs données dans les télécommunications. Analyse critique et plaidoyer pour un système en droit suisse*, thèse (Université de Fribourg), Zurich/Bâle/Genève 2007 (AISUF n° 259), N 604 ; GREENBERG (n. 8), p. 1495 ; SHADIKHODJAEV (n. 11), p. 1222 ; CONSEIL FÉDÉRAL, *Bases juridiques pour la distributed ledger technology et la blockchain en Suisse. État des lieux avec un accent sur le secteur financier. Rapport du Conseil fédéral*, Berne 2018, disponible sous : www.news.admin.ch/news/message/attachments/55151.pdf (consulté le 2 août 2022), p. 14 ; GAUTRAIS (n. 8), p. 44 ; DE TERWANGNE (n. 11), p. 26 s. ; DEMOULIN (n. 8), p. 254.

²⁵ GAUTRAIS (n. 8), p. 100 ; SHADIKHODJAEV (n. 11), p. 1226-1229. S'agissant de l'interprétation de la loi, la neutralité technologique peut être utile lors de l'utilisation de la méthode téléologique du *Methodenpluralismus* développée par le Tribunal fédéral (ATF 121 III 219, consid. 1d aa) et jurisprudence citée).

²⁶ Cf. *infra* IV. Nous pouvons constater des mentions expresses au « principe de neutralité technologique » dans divers Messages du Conseil fédéral, par exemple : FF 2005 4709, p. 4747, FF 2020 223, p. 235, FF 2012 255, p. 267. L'expression « principe de neutralité technologique » ne figure dans aucune disposition de droit fédéral interne. Nous relevons que tel aurait été le cas si la Loi fédérale du 27 septembre 2019 sur les services d'identification électronique n'avait pas été refusée par le peuple lors du référendum. On retrouve néanmoins cette expression en droit international, à une seule occurrence toutefois, à l'art. 71 par. 2 de l'Accord du 19 février 2009 de libre-échange et de partenariat économique entre la Confédération suisse et le Japon (RS 0.946.294.632). Cette disposition concerne le commerce électronique entre ces deux États.

²⁷ En droit européen, la neutralité technologique a été érigée en principe par la Directive (UE) 2018/1972 du Parlement européen et du Conseil du 11 décembre 2018 établissant

concevoir la neutralité technologique comme étant un principe général du droit²⁸ ?

Les principes généraux du droit sont généralement conçus comme étant des règles non écrites, liées aux valeurs du système juridique en question, dont on ne peut dater l'origine²⁹. Un principe général du droit est, par exemple, celui de *lex posterior derogat legi priori* (art. 1^{er} Tit. fin. CC), le principe de proportionnalité, la bonne foi (art. 2 et 3 CC), *ne bis in idem*, *nullum crimen sine lege*, *nulla poena sine lege*, *in dubio pro reo*, pas d'égalité dans l'illégalité, les droits fondamentaux, mais également l'égalité devant la loi (art. 8 Cst. féd.)³⁰.

Nous ne pouvons pas admettre que la neutralité technologique est un principe général du droit en tant que tel, simplement parce que les principes généraux, par définition, ont force de loi³¹. Si les principes généraux sont aussi opposables au législateur, nous constatons que le législateur semble davantage être au bénéfice d'un choix dans l'utilisation de la neutralité technologique au moment de l'élaboration de la loi que d'une obligation à sa charge³². Il existe en effet, comme nous le verrons plus tard, des lois qui ne sont pas technologiquement neutres.

La neutralité technologique est-elle alors un principe juridique ? La doctrine suisse ne définit pas ce qu'est un principe juridique. Nous prendrons alors notre propre définition, selon laquelle un principe juridique est une règle de droit, propre à un ou plusieurs domaines du droit mais pas à l'ensemble de l'ordre juridique, dont l'unique fondement est celui d'un choix législatif. Le principe juridique adopté peut ainsi différer selon le domaine du droit et selon l'époque. Parmi les principes juridiques, nous mentionnerons, par exemple, la théorie de la réception (art. 3 CO³³) ou le principe selon lequel la vente ne rompt pas le bail (art. 261 al. 1 CO)³⁴.

le code des communications électroniques européen (refonte), notamment à l'art. 73 par. 2 let. c et aux considérants 13, 14, 113 et 114. Son champ d'application est limité à ce domaine.

²⁸ Dans cette étude, nous ne nous intéressons pas au droit international public et donc pas à la distinction qui existe dans cette matière entre les principes généraux de droit et les principes généraux du droit ; cf. A. PAPAUX/D. CERUTTI, *Introduction au droit et à la culture juridique*, vol. I, Genève/Zurich/Bâle 2020, p. 150.

²⁹ D. MANAI, *Clés pour une introduction au droit*, 2^e éd., Berne 2012, p. 131.

³⁰ MANAI (n. 29), p. 59, 121 et 126 ; PAPAUX/CERUTTI (n. 28), p. 147 et 149.

³¹ Y. LE ROY/M.-B. SCHÖNENBERGER, *Introduction générale du droit suisse*, 4^e éd., Genève/Zurich/Bâle 2015, p. 174.

³² FF 2017 6185, p. 6205 ; FF 1988 II 421, p. 439 s. ; CONSEIL FÉDÉRAL (n. 24), p. 14, 115 et 153.

³³ Loi fédérale du 20 mars 1911 complétant le Code civil suisse (Livre cinquième : droit des obligations, CO ; RS 220).

³⁴ Il s'agit selon nous de principes juridiques, décidés par définition par le législateur. Ils ne peuvent pas être qualifiés de principes généraux du droit simplement parce qu'ils ne

Selon GAUTRAIS, la neutralité technologique n'est pas un principe juridique, car la notion de technologie n'est pas juridique³⁵. Le droit ne définit pas ce dont il s'agit, contrairement par exemple aux notions de contrat, d'héritier ou de propriété. Une controverse doctrinale suisse existe. D'une part, MONTAVON est d'avis que la neutralité technologique n'est pas un principe juridique mais simplement une recommandation d'ordre légistique³⁶. D'autre part, SALVADÉ est d'avis que, en matière de droit d'auteur, la neutralité technologique découle du principe d'égalité de l'art. 8 al. 1 Cst. féd³⁷. Il est rejoint par KUNZ dans un article sur les cryptomonnaies, qui indique que la neutralité technologique est une conséquence du principe d'égalité, tout en précisant que la neutralité technologique n'est pas un principe constitutionnel, réglementaire ou interprétatif autonome³⁸. Nous regrettons que ces deux derniers auteurs ne motivent pas davantage leur avis. C'est pourquoi nous tâcherons d'en discuter plus en détail.

Globalement, nous suivons la position de MONTAVON en ce sens que le principe de neutralité technologique n'est pas un principe juridique, mais une recommandation d'ordre légistique, que le législateur peut décider de suivre ou non sans avoir à se justifier. Cependant, les avis présentés ne s'opposent à notre sens pas réellement, car chacun de ces auteurs discute de domaines du droit différents, à savoir droit d'auteur, droit des cryptomonnaies et droit de la cyber-administration. Nous devons donc prendre une vision plus large qui est celle déjà présentée de la dichotomie entre droit « outil » et droit « censeur ».

Si l'on retenait que la neutralité technologique est issue du principe d'égalité, comme le font KUNZ³⁹ et SALVADÉ⁴⁰ alors, elle serait tout au plus un moyen pour parvenir à empêcher les discriminations et non pas un principe en tant que tel à respecter. Nous ne suivons donc pas ces opinions. Il faut tâcher de distinguer la notion de principe de la notion de moyen. La neutralité technologique

s'imposent pas au législateur dans l'entier de son activité. Le législateur aurait pu prendre dans ces cas une autre voie sans que cela revienne à violer les valeurs de l'ordre juridique suisse.

³⁵ GAUTRAIS (n. 8), p. 58. Pour cet auteur, la neutralité technologique ne serait qu'un objectif, un « vœu » mais pas un principe (GAUTRAIS (n. 8), p. 43). Cela fait référence à ce que LE ROY/SCHENENBERGER (n. 31), p. 160, qualifient de dégradation de la norme législative. Selon le CONSEIL FÉDÉRAL (n. 24), p. 13 s., les autorités ne font que poser un cadre juridique permettant le développement de nouvelles technologies. Ce n'est pas à l'État de déterminer quelle technologie doit s'imposer, mais au marché.

³⁶ MONTAVON (n. 8), p. 99.

³⁷ V. SALVADÉ, « Streaming et linking : la neutralité technologique du droit d'auteur est-elle assurée ? », *RSDA* 2017, p. 71-78, p. 71.

³⁸ M. KUNZ, « Technologieneutralität – falsch verstanden. Anmerkungen zur FINMA-Aufsichtsmittteilung 2/2019 », *Jusletter* du 18 novembre 2019, N 6, disponible sous : https://jusletter.weblaw.ch/juslissues/2019/1001/technologieneutralit_e15b92802d.html (consulté le 2 août 2022).

³⁹ KUNZ (n. 38), N 6.

⁴⁰ SALVADÉ (n. 37), p. 71.

n'est selon nous pas un principe découlant du principe d'égalité, duquel est issue l'interdiction de la discrimination, mais simplement l'un des moyens qui permet, à terme, d'assurer l'égalité entre différents acteurs. C'est par exemple le cas en droit d'auteur, et c'est certainement pour cette raison que SALVADÉ a circonscrit son avis à ce domaine⁴¹ qui fait partie du droit « censeur »⁴².

Ainsi, dans certains domaines spécifiques, qui s'inscrivent dans ce que nous avons défini comme étant le droit « censeur », la neutralité technologique est l'un des *moyens* utilisés par le législateur pour s'assurer du respect de l'égalité de traitement. La neutralité technologique n'est donc pas un *but* en soi, mais simplement une recommandation, et parfois un moyen utilisé pour arriver à un autre but.

L'intérêt de cette distinction réside dans le fait que si la neutralité technologique était un principe général du droit, il serait opposable à l'entier de l'activité de l'État en tout temps, y compris au législateur. Or, comme nous le verrons (cf. *infra* IV), les lois ne sont pas toujours rédigées de manière à être technologiquement neutres.

Si nous devons opposer un argument à notre avis, nous relèverions que le guide de législation édicté par l'Office fédéral de la justice⁴³ n'impose pas le respect de la neutralité technologique. Ainsi, si la neutralité technologique est une recommandation légistique, elle ne l'est que de manière informelle⁴⁴.

Nous partageons donc la conclusion de GAUTRAIS⁴⁵ en ce sens que la neutralité technologique n'est pas un principe juridique ni un principe général du droit. Il s'agit d'une notion externe au droit que les juristes et législateurs utilisent néanmoins fréquemment sans définir ni expliquer en détail.

C. Notions en lien avec la neutralité technologique

Plusieurs notions sont connexes à la neutralité technologique. Sans les présenter de manière détaillée, celles-ci méritent néanmoins d'être brièvement décrites. Le juriste peut en effet se retrouver confronté à ces notions lors de ses diverses lectures.

⁴¹ *Ibid.*

⁴² GAUTRAIS (n. 8), p. 23. Le Tribunal fédéral indique que la neutralité technologique est essentielle en matière de propriété intellectuelle (ATF 133 II 263, consid. 7.3.2).

⁴³ OFFICE FÉDÉRAL DE LA JUSTICE, *Guide de législation. Guide pour l'élaboration de la législation fédérale*, 4^e éd., Berne 2019.

⁴⁴ CONSEIL FÉDÉRAL (n. 24), p. 16 : sans préciser l'origine et la nature de la neutralité technologique, le rapport cité indique simplement qu'il est préférable d'adopter des lois conformes à cette notion dans certains domaines.

⁴⁵ GAUTRAIS (n. 8), p. 52.

1. *L'équivalence fonctionnelle*

L'équivalence fonctionnelle est une « approche [...] qui repose sur une analyse des objectifs et des fonctions de l'exigence traditionnelle de documents papier et vise à déterminer comment ces objectifs ou fonctions pourraient être assurés au moyen des techniques du commerce électronique »⁴⁶. Selon certains auteurs, l'utilisation de cette notion serait plus utile que celle de la neutralité technologique. L'équivalence fonctionnelle est en effet une notion plus précise, plus facilement utilisable par le juriste⁴⁷.

L'équivalence fonctionnelle est surtout utile à des fins d'interprétation de la loi et est même décrite comme étant une « nouvelle méthode interprétative »⁴⁸.

2. *La non-discrimination technologique*

Le respect de la non-discrimination technologique implique, selon la CNUDCI, « qu'il ne devrait pas y avoir de disparité de traitement entre les messages de données et les documents sur support papier »⁴⁹. Nous pouvons y voir un lien avec l'art. 8 Cst. féd., comme indiqué précédemment : la conformité à ce principe ne serait selon nous que le moyen d'arriver à la non-discrimination telle qu'imposée par la Constitution fédérale, mais n'est pas directement imposée par celle-ci.

3. *La neutralité médiatique*

La neutralité médiatique est une sous-catégorie de la neutralité technologique. Il y a neutralité médiatique si les supports-papier et électroniques sont traités de manière identique par le droit, que ce soit en matière de stockage ou de communication d'informations⁵⁰. Elle s'apparente également à la non-discrimination technologique⁵¹.

⁴⁶ CNUDCI (n. 21), p. 21.

⁴⁷ GAUTRAIS (n. 8), p. 42 et 100 ; SHADIKHODJAEV (n. 11), p. 1242. Pour une étude détaillée de la notion d'équivalence fonctionnelle, nous renvoyons aux travaux de Marie DEMOULIN, en particulier sa thèse, dont la référence complète se trouve à la n. 8.

⁴⁸ GAUTRAIS (n. 8), p. 35 et 100. Cet auteur se demande toutefois en page 87 si l'équivalence fonctionnelle n'est pas simplement un nouveau nom donné à l'interprétation téléologique.

⁴⁹ CNUDCI (n. 21), p. 33.

⁵⁰ GAUTRAIS (n. 8), p. 14 ; SHADIKHODJAEV (n. 11), p. 1240.

⁵¹ GAUTRAIS (n. 8), p. 14, note 31.

III. Neutralité technologique dans l'ordre juridique suisse

Après avoir discuté de la nature juridique et de l'origine de la neutralité technologique, nous nous intéressons dans cette partie à analyser différentes matières de l'ordre juridique suisse choisies à l'aune de cette notion.

A. Protection des données

Comme l'indique le Message concernant la LPD⁵² du 23 mars 1988, cette loi a été conçue de manière à être technologiquement neutre : « Vu le grand nombre de moyens techniques dont on dispose aujourd'hui, le traitement des données [...] prend les formes les plus diverses. Il est cependant impossible au législateur de prendre en compte chacune de ces différentes formes ; il doit plutôt poser les principes généraux permettant d'esquisser une solution pour la plupart des problèmes tout en réservant l'avenir. En conséquence, le projet ne peut pas d'emblée réglementer spécifiquement l'ensemble des secteurs. Il s'ensuit que le projet [...] n'établit pas de distinction entre les traitements de données manuels et les traitements automatisés. Refusant de se fonder sur des notions techniques précises, il demeure neutre face au développement de la technique »⁵³. Le Conseil fédéral indique clairement que la LPD s'applique à tous les traitements de données, peu importe la technologie utilisée pour effectuer ledit traitement.

Nous apprécions le fait que le Conseil fédéral motive le choix ainsi fait. Il a été à cet égard plus sommaire dans son Message du 15 septembre 2017 concernant la révision totale de la LPD. En effet, il est simplement dit que « [...] le P-LPD traite dans la mesure du possible de manière égale les différentes technologies. La loi peut ainsi s'adapter aux évolutions technologiques sans freiner l'innovation »⁵⁴. Nous constatons également que le Conseil fédéral a rejeté les propositions visant à l'institution d'un droit à l'oubli numérique et à la définition de l'identité numérique, jugeant que le caractère technologiquement neutre de la LPD était suffisant⁵⁵.

⁵² Loi fédérale du 19 juin 1992 sur la protection des données (LPD ; RS 235.1).

⁵³ FF 1988 II 421, p. 439 s.

⁵⁴ FF 2017 6565, p. 6594.

⁵⁵ FF 2018 6565, p. 6628 s.

B. Droit d'auteur

En matière de droit d'auteur, la notion d'« œuvre » a été conçue de manière à être technologiquement neutre, comme l'indique le Message du 19 juin 1989 concernant la LDA⁵⁶ : « [...] dès que la volonté humaine décide du résultat, par exemple dans le cas de graphiques et d'œuvres artistiques créées par ordinateur, il y a création de l'esprit, laquelle est protégée à condition qu'elle revête un caractère individuel »⁵⁷. De plus, il n'est pas exigé que l'œuvre soit fixée sur un support⁵⁸. Ainsi, une œuvre pourra également être qualifiée comme telle lorsqu'elle remplit les critères de l'art. 2 LDA si l'auteur décide d'utiliser la technologie blockchain pour « représenter » l'œuvre au moyen d'un NFT (*non fungible token*)⁵⁹.

C. Forme écrite

Prenons l'exemple de la forme écrite en droit des obligations. Les art. 12 ss CO réglementent la forme écrite contractuelle. Ainsi, il est précisé à l'art. 13 CO que « [l]e contrat pour lequel la loi exige la forme écrite doit être signé par toutes les personnes auxquelles il impose des obligations ». Nous remarquons que seule la signature doit être manuscrite en vertu de l'art. 14 al. 1 CO. Autrement dit, la forme écrite du Code des obligations a un caractère intrinsèquement plus technologiquement neutre que la forme olographe présentée en introduction⁶⁰. Cependant, la forme écrite n'a pas été conçue de manière à être entièrement technologiquement neutre. C'est pourquoi le législateur a dû passer par l'adoption de nouvelles dispositions prévoyant les mêmes effets juridiques entre des moyens électroniques et des moyens traditionnels. Ainsi, l'art. 14 al. 2 et 2^{bis} CO dispose qu'ont la même valeur que la signature manuscrite, l'utilisation de moyens mécaniques lorsque cela est d'usage et

⁵⁶ Loi fédérale du 9 octobre 1992 sur le droit d'auteur et les droits voisins (Loi sur le droit d'auteur, LDA ; RS 231.1).

⁵⁷ FF 1989 III 465, p. 506 s.

⁵⁸ W. EGLOFF, « Commentaire de l'art. 2 LDA », in D. BARRELET/W. EGLOFF (édit.), *Le nouveau droit d'auteur. Commentaire de la loi fédérale sur le droit d'auteur et les droits voisins*, 4^e éd., Berne 2021, art. 2 N 7.

⁵⁹ C. AYER/F. PEIRY, « La numérisation et l'activité notariale. Regard sur le présent et l'avenir », *Not@lex* 2022, p. 42-61, p. 46.

⁶⁰ Nous laissons la question ouverte de savoir si le droit actuel reconnaît comme étant un testament olographe formellement valable un acte à cause de mort écrit de la main du testateur sur une tablette numérique et enregistrée dans un format ne permettant pas d'être altéré. Pour s'assurer de la validité d'un testament olographe, l'utilisation traditionnelle du papier est à privilégier tant qu'un arrêt de principe n'aura pas tranché la question.

l'utilisation de la signature électronique qualifiée, selon les dispositions de la loi sur la signature électronique^{61, 62}.

Ainsi, nous pouvons admettre que les dispositions sur la forme écrite ne sont pas rédigées de manière à être entièrement technologiquement neutres⁶³. Plus particulièrement, il n'y a pas d'équivalence fonctionnelle entre les moyens de signature traditionnels et les moyens de signature électroniques, sauf dans les cas où le législateur a adopté des dispositions légales prévoyant l'équivalence. Cependant, l'équivalence ne concerne, cas échéant, que les effets juridiques rattachés à l'utilisation de ces différents moyens. Il n'y a pas d'équivalence s'agissant du respect des dispositions légales entre une signature manuscrite et une signature électronique, cette dernière nécessitant de se conformer à bien plus d'éléments⁶⁴. Nous rappelons néanmoins que l'art. 14 al. 2^{bis} CO est de caractère dispositif.

En matière de commerce international, l'art. 13 CVIM est un exemple d'une disposition répondant au principe d'équivalence fonctionnelle sur la notion d'« écrit »⁶⁵. Au sens de cette Convention, la validité du contrat n'est soumise à aucune forme (art. 11 CVIM). Néanmoins, la CNUDCI estime, selon nous à

⁶¹ Loi fédérale du 18 mars 2016 sur les services de certification dans le domaine de la signature électronique et des autres applications des certificats numériques (SCSE ; RS 943.03).

⁶² G. GEISSBÜHLER/M. J. REYMOND, « Bots, spam et no-reply : une théorie de la réception à l'âge d'Internet », *RDS* 2022, p. 337-364, p. 339. Ces auteurs indiquent également, aux pages 338 à 340, que s'agissant des règles de conclusion du contrat (art. 1-10 CO), l'évolution technologique n'a eu aucune incidence sur celles-ci. Ainsi, ces règles sont technologiquement neutres, contrairement aux règles sur la forme des contrats. Il existe à cet égard un avis minoritaire de doctrine qui est d'avis que la signature simplement scannée et apposée sur un document qui ne peut pas être modifiée (not. enregistré au format PDF) est conforme aux exigences de la forme écrite de l'art. 14 al. 1 CO (I. SCHWENZER/C. FOUNTOLAKIS, « Commentaire de l'art. 13 CO », in C. WIDMER LÜCHINGER/D. OSER (édit.), *Basler Kommentar Obligationenrecht I. Art. 1-529*, 7^e éd., Bâle 2020, art. 13 N 14d et 14e). Tel n'est pas l'avis de la doctrine majoritaire, que nous rejoignons, car cette manière de procéder est contraire à l'art. 14 al. 2 et 2^{bis} CO et à la SCSE : J. XOUDIS, « Commentaire des art. 11-16 CO », in L. THEVENOZ/F. WERRO (édit.), *Commentaire Romand Code des obligations I*, 3^e éd., Bâle 2021, art. 13 N 6, art. 14 N 6 et 9a ; W. SCHÖNENBERGER/P. JÄGGI, *Obligationenrecht Art. 1-17*, ZüKomm. V/1a, 3^e éd., Zurich 1973, art. 15 N 12-14. Voir aussi arrêt de la Cour de justice de Genève du 1^{er} mars 2022, ATA/220/2022, consid. 4) a. et 6).

⁶³ Comme le soulignent P. SANDIN/C. MUNTHER/K. EDVARDSSON BJÖRNBERG, « Technology Neutrality in European Regulation of GMOs », *Ethics, Policy & Environment* 2022, vol. 25 n° 1, p. 52-68, p. 53, une loi peut n'être que partiellement technologiquement neutre. Il s'agit plutôt d'une question d'intensité du caractère neutre. Nous avançons que le législateur est mis au bénéfice d'un choix lors de l'élaboration d'une loi. Il peut décider de prévoir uniquement des dispositions neutres, aucune disposition neutre ou encore seulement quelques dispositions neutres.

⁶⁴ MONTAVON (n. 8), p. 106.

⁶⁵ CNUDCI (n. 21), p. 20.

juste titre, que dans un contexte de vente internationale, il se justifie d'accorder la même valeur à des communications faites sur papier et à celles faites de manière électronique⁶⁶.

À l'instar de ce qui est arrivé pour la forme écrite, le Conseil fédéral a adopté une ordonnance⁶⁷ qui prévoit expressément l'équivalence entre les actes authentiques établis sur papier et ceux établis de manière électronique de façon conforme à ladite ordonnance. Encore une fois, lorsque le législateur doit passer par la voie législative pour prévoir une équivalence fonctionnelle entre différents moyens, cela implique que les dispositions révisées ou complétées n'ont pas de caractère technologiquement neutre⁶⁸.

D. Droit pénal

Prenons maintenant l'exemple de certaines infractions de droit pénal, en particulier la calomnie (art. 174 CP⁶⁹) et la diffamation (art. 175 CP). L'art. 176 CP prévoit que « [à] la diffamation et à la calomnie verbales sont assimilées la diffamation et la calomnie par l'écriture, l'image, le geste, ou par tout autre moyen ». L'on pourrait penser que le but de cette disposition est de veiller au respect du principe *nullum crimen sine lege*. Les infractions de calomnie et de diffamation seraient donc conçues de manière à être technologiquement neutres. Nous relevons cependant une controverse doctrinale mineure. D'une part, certains auteurs indiquent que les autres moyens peuvent être des vidéos, films, l'expression sur Internet, voire même l'utilisation d'emojis⁷⁰, alors qu'un avis minoritaire déclare que seuls les moyens mentionnés

⁶⁶ C. BRUNNER/K. BALOGH, « Commentaire de l'art. 13 CVIM », in C. BRUNNER, (édit.), *UN-Kaufrecht – CISG*, 2^e éd., Berne 2014, art. 13 N 3.

⁶⁷ Ordonnance du 8 décembre 2017 sur l'établissement d'actes authentiques électroniques et la légalisation électronique (OAAE ; RS 211.435.1).

⁶⁸ D'autres révisions législatives visent à donner une équivalence des effets juridiques entre des moyens traditionnels et des moyens électroniques. C'est par exemple le cas d'un avant-projet de révision de la loi fédérale du 11 avril 1889 sur la poursuite pour dettes et la faillite (LP ; RS 281.1) qui vise à favoriser la diffusion électronique d'actes de défaut de biens et à permettre la vente aux enchères de meubles en ligne (CONSEIL FÉDÉRAL, *Communiqué du 26 juin 2022*, Berne 2022, disponible sous : www.bj.admin.ch/bj/fr/home/aktuell/mm.msg-id-89356.html (consulté le 2 août 2022)). Si nous admettons une équivalence fonctionnelle, un des pans de la neutralité technologique n'est pas respecté, car il est question de *favoriser* la diffusion électronique par rapport à la diffusion papier.

⁶⁹ Code pénal suisse du 21 décembre 1937 (CP ; RS 311.0).

⁷⁰ F. RIKLIN, « Commentaire des art. 173-178 CP », in M. A. NIGGLI/H. WIPRÄCHTIGER (édit.), *Basler Kommentar Strafrecht. Strafgesetzbuch, Jugendstrafgesetz*, vol. I, 4^e éd., Bâle 2019, art. 176 CP N 1 ; S. TRECHSEL/M. J. LEHMKUHL, « Commentaire des art. 173-178 CP », in S. TRECHSEL/M. VIETH (édit.), *Schweizerisches Strafgesetzbuch*.

expressément peuvent permettre la réalisation d'une infraction de diffamation ou de calomnie⁷¹. Nous partageons l'avis de la majorité des auteurs, ne comprenant pas pourquoi il faudrait se limiter aux moyens cités alors que la loi précise que d'autres que ceux-ci peuvent être utilisés. Ainsi, l'art. 176 CP constitue la base légale nécessaire au respect du principe *nullum crimen sine lege* pour indiquer que la calomnie et la diffamation sont conçues de manière à ce que l'auteur s'expose à une condamnation pénale, peu importe le moyen utilisé (verbal, écriture, image, geste ou autre)⁷². Ces infractions ont donc un caractère technologiquement neutre. La seule difficulté procédurale que posent les atteintes à l'honneur commises sur Internet est celle de l'identification de l'auteur, étant précisé que l'utilisation d'un pseudonyme n'a aucune influence sur la responsabilité pénale.

E. Droit procédural

De manière générale, comme le souligne MONTAVON, le droit de procédure n'est pas technologiquement neutre⁷³. Le juriste averti comprendra avec aisance que cet aspect est d'une grande importance, étant donné les conséquences liées au non-dépôt d'un acte de procédure, respectivement à la non-reconnaissance du dépôt d'un acte en une forme non autorisée par l'instance appelée à statuer.

Les CPC⁷⁴ et CPP⁷⁵ ne sont pas technologiquement neutres, raison pour laquelle le Conseil fédéral a dû adopter des ordonnances autorisant l'utilisation de moyens électroniques pour la tenue d'audiences ou le dépôt d'actes de procédure⁷⁶.

Praxiskommentar, 4^e éd., Zurich 2021, art. 176 CP N 1 ; L. RIEBEN/M. MAZOU, « Introduction aux art. 173 à 178 et commentaire de l'art. 176 CP », in A. MACALUSO/L. MOREILLON/N. QUELOZ (édit.), *Commentaire romand Code pénal II. Art. 111-392 CP*, Bâle 2017, art. 176 N 1 et 2, et Intro. aux art. 173-178 CP N 61.

⁷¹ Auteur non cité, « Commentaire de l'art. 176 CP », in M. DUPUIS *et al.* (édit.), *Petit commentaire, Code pénal*, 2^e éd., Bâle 2017, art. 176 N 2.

⁷² Nous relevons toutefois que les art. 173 et 174 CP ne précisent pas, contrairement à l'art. 176 CP, que le fait de s'adresser à un tiers se limite aux communications verbales. Ainsi, nous pouvons nous demander si l'art. 176 CP, s'agissant en particulier des formes de diffamation et de calomnie écrites, a une portée propre ou s'il s'agit simplement d'une précision, certes bienvenue dans un contexte pénal au vu du principe *nullum crimen sine lege*, mais dont on aurait certainement pu se passer.

⁷³ MONTAVON (n. 8), p. 94.

⁷⁴ Code de procédure civile du 19 décembre 2008 (CPC ; RS 272).

⁷⁵ Code de procédure pénale suisse du 5 octobre 2007 (CPP ; RS 312.0).

⁷⁶ En particulier l'ordonnance du 18 juin 2010 sur la communication électronique dans le cadre de procédures civiles et pénales et de procédures en matière de poursuite pour dettes et de faillite (OCEI-PCPP ; RS 272.1).

En matière de procédure administrative, le Tribunal fédéral indique dans un arrêt de 2017 qu'« un mémoire de recours signé électroniquement ne peut être adressé valablement au tribunal cantonal que s'il existe une réglementation légale spécifique qui le prévoit »⁷⁷. Il refuse d'admettre l'équivalence fonctionnelle d'un dépôt électronique, effectué au moyen d'une signature électronique, car la loi ne le prévoit pas et exclut en conséquence l'application de l'adage selon lequel ce qui n'est pas interdit est permis⁷⁸. Cet arrêt se calque sur un autre rendu en matière d'assurances sociales, traitant d'un cas où un acte de procédure a été envoyé par la seule voie d'un courrier électronique alors que la signature est requise par l'art. 10 al. 4 OPGA⁷⁹. Le Tribunal fédéral juge que ce n'est pas du formalisme excessif de s'en tenir aux exigences de forme légales relatives aux actes de procédure. Il ajoute qu'admettre le contraire va à l'encontre de la sécurité juridique⁸⁰.

En raison de la pandémie de Covid-19, des adaptations du CPC ont été mises en place par la voie de l'adoption d'une ordonnance⁸¹, permettant notamment, à certaines conditions, la tenue d'une audience par visioconférence. Cette ordonnance est valide jusqu'à la fin de l'année 2022 (art. 10 al. 4 Ordonnance Covid-19 justice et droit procédural).

S'agissant des procédures devant le Tribunal fédéral, l'art. 39 al. 2 LTF⁸² permet depuis le 1^{er} janvier 2017 de notifier de manière électronique les parties si celles-ci ont donné leur consentement. Les mémoires de recours peuvent également être déposés de manière électronique.

IV. Critiques relatives à la neutralité technologique

Plusieurs critiques ont été émises à propos de la neutralité technologique. Le principal problème est celui de la compatibilité de l'adoption de dispositions à caractère technologiquement neutres avec la sécurité juridique en

⁷⁷ ATF 143 I 187, regeste.

⁷⁸ ATF 143 I 187, consid. 3.3.

⁷⁹ Ordonnance du 11 septembre 2002 sur la partie générale du droit des assurances sociales (OPGA ; RS 830.11).

⁸⁰ ATF 142 V 152, consid. 4.3 et 4.6.

⁸¹ Ordonnance du 16 avril 2020 instaurant des mesures en lien avec le coronavirus dans le domaine de la justice et du droit procédural (Ordonnance Covid-19 justice et droit procédural ; RS 272.81).

⁸² Loi du 17 juin 2005 sur le Tribunal fédéral (LTF ; RS 173.110).

Suisse⁸³. Une règle de droit doit être générale et abstraite afin de pouvoir s'appliquer à un nombre indéterminé de situations⁸⁴, ce qui ne pose pas de problème avec la neutralité technologique. Cependant, elle doit également contenir une densité normative suffisante, qui implique un certain degré de clarté et de précision, afin qu'elle soit directement applicable⁸⁵. Ce degré de précision n'est toutefois pas clairement établi, ce qui a donné lieu à d'importants débats sur la nécessité et la mesure du caractère clair d'une règle⁸⁶.

Il existe quatre critiques principales relatives à la neutralité technologique.

Il y a premièrement le problème de la prédiction⁸⁷. Le législateur adopte une loi en amont de la création d'une nouvelle technologie⁸⁸, ce qui implique qu'il sera difficile pour lui de l'appréhender complètement. De plus, d'après cette critique, le législateur a en tête une technologie déjà existante lorsqu'il élabore une loi. Si cette dernière a un caractère technologiquement neutre, il y a le risque qu'elle ne puisse pas s'adapter complètement à la nouvelle technologie, contrairement au cas de la création d'une loi « sur mesure », visant spécifiquement une technologie déjà existante⁸⁹.

Deuxièmement, il y a le problème de la « pénombre »⁹⁰. Lorsque le champ d'application de la loi n'est pas défini de façon suffisamment précise, celle-ci peut s'avérer trop ou pas assez inclusive de cas d'espèce. Ce sera alors à la jurisprudence d'indiquer si une technologie doit se conformer à une règle. La question du champ d'application de la loi à une nouvelle technologie se présente surtout lorsque cette dernière bouleverse la situation qui existait jusqu'alors. Ce fut par exemple le cas lors de l'arrivée et de la démocratisation d'Internet, dont l'ampleur du changement sur de multiples domaines du droit ne pouvait pas être prédite⁹¹. Le problème de la « pénombre » est donc celui de déterminer le champ d'application d'une règle de droit qui est décrite comme étant technologiquement neutre. Autre est la question de savoir quel doit être le sens à donner à ladite règle une fois qu'il a été déterminé que celle-ci est applicable.

⁸³ DEMOULIN (n. 8), p. 314 s.

⁸⁴ J. DUBEY, « Commentaire de l'art. 5 Cst. féd. », in V. MARTENET/J. DUBEY (édit.), *Commentaire romand Constitution fédérale*, Bâle 2021, art. 5 N 38.

⁸⁵ DUBEY (n. 83), art. 5 N 39 et 46.

⁸⁶ A. FLÜCKIGER, *(Re)faire la loi. Traité de légistique à l'ère du droit souple*, Berne 2019, p. 550 ss ; DUBEY (n. 84), art. 5 N 47.

⁸⁷ GREENBERG (n. 8), p. 1524 ss.

⁸⁸ Nous utilisons le terme « nouvelle technologie » dans le sens d'une technologie qui n'a pas encore été inventée à ce jour, respectivement inventée mais encore non rendue publique par son inventeur.

⁸⁹ GREENBERG (n. 8), p. 1527 ; GAUTRAIS (n. 8), p. 49 s.

⁹⁰ GREENBERG (n. 8), p. 1529 ss.

⁹¹ GREENBERG (n. 8), p. 1527.

Troisièmement, il y a la problématique de la clarté. Comme nous l'avons vu, la notion de neutralité technologique est beaucoup trop large et floue pour pouvoir être utilisable efficacement par le juriste. Plusieurs définitions existent et la notion n'est pas la même selon le domaine du droit. De plus, nous sommes d'avis qu'il n'est pas suffisant pour le législateur d'indiquer simplement qu'une règle est technologiquement neutre sans définir clairement ce qu'il entend par là. La sécurité juridique est affaiblie par ce problème. En effet, le spectre des interprétations possibles d'une loi rédigée de manière imprécise est d'autant plus grand que la formulation est vague⁹². Il s'agit donc de trouver le bon équilibre entre une règle de droit, par définition rédigée de manière générale, et la trop grande imprécision qui peut découler d'une rédaction technologiquement neutre.

Finalement, il y a la critique de la non-neutralité. Il est erroné de parler de « neutralité », à tout le moins l'utilisation de ce terme est trompeuse. En effet, que ce soit lors de l'adoption de la loi ou de son interprétation, des choix sont faits, qui ont des conséquences pratiques non négligeables. Ces dernières sont d'ailleurs de plus en plus difficiles à appréhender⁹³. S'agissant des technologies de l'information et de la communication (TIC), l'utilisation de la neutralité technologique serait un moyen pour éviter que la concurrence soit entravée⁹⁴. Ces choix peuvent être le résultat d'une volonté politique⁹⁵, dont les débats qui mènent à cette dernière ne sont pas neutres mais découlent d'échanges de multiples opinions. Enfin, les lois récemment adoptées qui seraient prétendument technologiquement neutres ont souvent pour effet de favoriser l'utilisation et le développement de nouvelles technologies⁹⁶.

Pour pallier ces différents problèmes liés à la sécurité juridique, il faudrait alors plutôt, comme le proposent GAUTRAIS et DEMOULIN, utiliser la notion d'équivalence fonctionnelle, plus précise, comme outil aidant à la rédaction et à l'interprétation de la loi⁹⁷.

⁹² GREENBERG (n. 8), p. 1546 ; DEMOULIN (n. 8), p. 330 ; GAUTRAIS (n. 8), p. 48.

⁹³ GAUTRAIS (n. 8), p. 55.

⁹⁴ DEMOULIN (n. 8), p. 251 s.

⁹⁵ A. BLANDIN-OBERNESSER, « Le principe de neutralité technologique », in A. CRENN (édit.), *Le droit de l'Union européenne en principes. Liber amicorum en l'honneur de Jean Raux*, Rennes 2006, p. 243-259, p. 247.

⁹⁶ GAUTRAIS (n. 8), p. 59 ; DEMOULIN (n. 8), p. 253.

⁹⁷ DEMOULIN (n. 8), p. 330 et 335.

V. Conclusion

Après avoir présenté les multiples définitions de la neutralité technologique, nous être intéressé à la nature même de ce qu'elle est, et à avoir cherché son origine dans l'ordre juridique suisse, nous constatons que la notion reste encore très floue.

Pourtant, nous avons remarqué que de nombreuses dispositions légales ont été conçues de manière à être technologiquement neutres. Si parfois la neutralité technologique est utile à l'interprétation de ces dispositions, c'est plutôt l'équivalence fonctionnelle qui est plébiscitée par les auteurs⁹⁸. Ainsi, la neutralité technologique a plusieurs acceptations, mais a aussi plusieurs défauts, notamment le fait d'être beaucoup trop large pour être utilisable efficacement. Les diverses critiques exposées nous laissent penser que la trop fréquente référence à cette notion par le législateur n'est pas forcément adéquate. Lorsque ce dernier fait une référence expresse à la neutralité technologique, il faudrait selon nous qu'il motive son choix de mots et donne une définition de ce qu'il entend dans le contexte en question. Ce n'est que de cette manière que la sécurité juridique peut être assurée.

⁹⁸ Cf. n. 47.

L'identification des actionnaires et ayants droit économiques d'actions tokenisées

ALEXANDRA VRACA

Assistante doctorante en droit commercial et économique | Faculté de droit |
Université de Fribourg

Table des matières

I.	Introduction	21
II.	Le registre des actions	25
	A. Les caractéristiques	25
	B. Les distinctions	26
III.	Le registre des ayants droit économiques	27
	A. Les caractéristiques	27
	B. Les distinctions	28
IV.	Les enjeux	29
	A. L'activité d'intermédiation financière	29
	B. Les contraintes techniques	30
	C. Une nouvelle facette des actions dispo ?	32
	1. Les actions dispo	32
	2. La nouvelle facette	33
V.	Les solutions pratiques pour identifier les actionnaires et ayants droit économiques d'actions tokenisées	34
	A. La ré-intermédiation	34
	B. Le contrôle par la société	35
VI.	Conclusion	37

I. Introduction

Les réflexions relatives à la qualification juridique des valeurs traitées sur des registres (électroniques) distribués, en particulier des blockchains¹, ont

¹ Dans la présente contribution, les dénominations « technologie des registres (électroniques) distribués » et « blockchain » sont utilisées indistinctement. La seconde constitue cependant un cas particulier de la première. Pour des détails sur l'intention du législateur, voir not. Rapport du Conseil fédéral du 14 décembre 2018 sur les bases juridiques pour la DLT et la blockchain en Suisse, p. 18 ss, p. 271 s. (cité : Rapport TRD).

conduit à l'adoption de la Loi sur la TRD² respectivement à la création des droits-valeurs inscrits (art. 973d ss CO³). Ceux-ci peuvent être définis comme des jetons digitaux⁴ particuliers auxquels des droits de nature obligationnelle⁵ sont contractuellement et techniquement associés, de sorte que les seconds ne peuvent être transférés indépendamment des premiers (ci-après : indistinctement jetons ou *tokens*). Cette association (communément dénommée « tokenisation ») est contractuelle car la constitution⁶ d'un droit-valeur inscrit requiert, entre autres, une convention d'inscription ainsi que certaines dispositions statutaires (art. 622 al. 1, 3^e phr. *cum* art. 973d al. 1 CO). Elle est également technique, car le droit doit être inscrit dans un registre distribué satisfaisant à certaines exigences techniques (p.ex. une blockchain publique telle qu'Ethereum ou Tezos) (art. 973d al. 2 CO)⁷.

Ce régime juridique offre aux sociétés anonymes privées⁸ suisses la possibilité de constituer des actions nominatives⁹ sous la forme de droits-valeurs inscrits (ci-après : des actions tokenisées) (art. 622 al. 1 *cum* art. 973d ss CO). Par le biais d'une convention d'inscription¹⁰, la société (émettrice/débitrice) et l'action-

² Loi fédérale du 25 septembre 2020 sur l'adaptation du droit fédéral aux développements de la technologie des registres électroniques distribués (Loi sur la TRD ; RO 2021 33).

³ Loi fédérale du 30 mars 1911 complétant le Code civil suisse (Livre cinquième : Droit des obligations) (Code des obligations) (CO ; RS 220).

⁴ Les jetons peuvent être définis comme une représentation digitale de droits qui se matérialisent par une inscription dans un registre distribué (not. une blockchain).

⁵ Message du Conseil fédéral du 27 novembre 2019 relatif à la loi fédérale sur l'adaptation du droit fédéral aux développements de la technologie des registres électroniques distribués, FF 2020 223, p. 266 (cité : Message TRD) ; T. HOUDROUGE/J. TENOT, « Le droit suisse à l'heure de la technologie des registres électroniques distribués », *Not@lex* 2/2020 p. 49-63, p. 60 ; H. C. VON DER CRONE/F. BAUMGARTNER, « Digitalisierung des Aktienrechts – Die Ausgabe von Aktien als Registerwertrechte », *RSDA* 4/2020 p. 351-364, p. 354.

⁶ Dans la présente contribution, le terme « constitution » et le verbe « constituer » sont utilisés s'agissant des droits-valeurs inscrits (cf. note marginale de l'art. 973d CO). Ce choix s'aligne avec celui du législateur et permet de distinguer les différents *corpus* de règles applicables aux formes d'actions (nominatives) existantes.

⁷ Celles-ci ont volontairement été limitées au minimum pour garantir le principe de la neutralité technologique. Message TRD (n. 5), p. 267, p. 271.

⁸ Également aux sociétés en commandite par actions (art. 764 ss CO). En théorie, rien n'empêche une société anonyme cotée suisse d'avoir une catégorie d'actions cotées ainsi qu'une catégorie d'actions tokenisées.

⁹ Depuis l'entrée en vigueur, le 1^{er} mai 2021, de l'entier des dispositions de la Loi fédérale du 21 juin 2019 sur la mise en œuvre des recommandations du Forum mondial sur la transparence et l'échange de renseignements à des fins fiscales (RO 2019 3161), l'existence d'actions au porteur est relativisée (cf. art. 622 al. 1^{bis} CO).

¹⁰ Pour des détails, voir not. Message TRD (n. 5), p. 266 s. ; HOUDROUGE/TENOT (n. 5), p. 54 ; J. IFFLAND, « La tokenisation des valeurs mobilières – La nouvelle frontière du marché des capitaux », in *Aktuelle Themen zur Notariatspraxis 2020*, 5^e Congrès des

naire futur (créancier) peuvent convenir que des actions existantes ou nouvellement émises (art. 650 ss CO) sont associées à des jetons de manière qu'il soit possible de les faire valoir et de les transférer uniquement *via* un registre distribué (art. 973d al. 1 ch. 2 CO). Tout acquéreur subséquent est ensuite lié par la convention d'inscription¹¹. Celle-ci délimite le contenu du droit-valeur inscrit, les conditions de son transfert respectivement de sa mise en gage, le mode de fonctionnement du registre choisi ainsi que les mesures visant à assurer son fonctionnement et à préserver son intégrité (art. 973d al. 1 et 2 ch. 3 CO). En d'autres termes, les parties initiales conviennent de la forme d'un droit (ici le droit-valeur inscrit) (*i*), de son contenu (ici une action nominative) (*ii*), de son inscription dans un registre distribué (p.ex. Ethereum¹²) (*iii*) et de son mode de transfert (que *via* le registre distribué) (*iv*). La constitution de droits-valeurs inscrits permet ainsi de remplacer l'émission classique de papiers-valeurs (art. 965 ss CO) ou la création de droits-valeurs simples (art. 973c CO) et de titres intermédiés (art. 3 ss LTI¹³)¹⁴.

La constitution et le transfert d'actions tokenisées relèvent en partie du principe de la liberté contractuelle. La constitution d'actions tokenisées reste néanmoins soumise aux dispositions impératives du droit des sociétés qui régissent l'émission d'actions (p.ex. certains actes doivent revêtir la forme authentique, art. 650 al. 2 CO¹⁵ ; ou faire l'objet d'une inscription au registre du commerce, art. 647 CO). En particulier, ce n'est que lorsque la fondation de la société ou l'augmentation du capital-actions est inscrite au registre du commerce que les actions peuvent être constituées sous la forme de droits-valeurs inscrits, au risque d'être nulles (art. 644 al. 1 et 652h CO)¹⁶. La tokenisation d'actions est donc un procédé qualifié de « dual »¹⁷, lequel maintient une partie du processus classique de l'émission d'actions. Comme pour les papiers-valeurs, la société

Notaires de Suisse, Berne 2020, p. 182-202, p. 196 ; The Capital Markets and Technology Association, *Standard pour la tokenisation de titres de participation de sociétés suisses par la technologie des registres distribués*, décembre 2021, § 3.4.1 (cité : CMTA (2021)).

¹¹ CMTA (2021) (n. 10), § 3.4.1 ; IFFLAND (n. 10), p. 196.

¹² Pour des détails sur le fonctionnement d'Ethereum, voir www.ethereum.org. L'ensemble des liens cités ont été contrôlés pour la dernière fois le 1^{er} février 2023.

¹³ Loi fédérale du 3 octobre 2008 sur les titres intermédiés (LTI ; RS 957.1).

¹⁴ Pour transférer un papier-valeur, il faut dans tous les cas le transfert de la possession du titre, ainsi qu'un endossement ou une déclaration écrite (art. 967 al. 1 et 2 CO). Le transfert des droits-valeurs simples exige une cession écrite (art. 973c al. 4, 1^{re} phr. CO), et celui des titres intermédiés une opération de bonification (art. 24 LTI).

¹⁵ Modification du 19 juin 2020 du Code des obligations (CO ; FF 2020 5409), entrée en vigueur le 1^{er} janvier 2023.

¹⁶ F. POSKRIAKOV, « Conservation et négoce de cryptoactifs – aspects choisis des marchés financiers » in A. RICHARD/CANAPA (édit.), *Droit et économie numérique*, CEDIDAC 107, Lausanne 2021, p. 83-130, p. 93.

¹⁷ Dans ce sens, voir IFFLAND (n. 10), p. 190.

doit d'abord émettre les actions et il appartient ensuite aux parties de décider de la forme de celles-ci^{18, 19} : de l'association contractuelle et technique d'une action (*i*) à un jeton (*ii*) résulte un droit-valeur inscrit (*iii*).

Toute société anonyme doit en outre tenir un registre des actions qui mentionne le nom et l'adresse des propriétaires (et usufruitiers) d'actions nominatives (art. 686 al. 1, 1^{re} phr. CO) (*infra* II.). Lorsqu'elle est privée (non cotée), elle doit également tenir un registre des ayants droit économiques qui lui sont annoncés (art. 697j al. 5 *cum* art. 697l CO) (*infra* III.). La présente contribution a pour but de présenter les enjeux liés à l'identification des actionnaires et ayants droit économiques d'actions tokenisées (*infra* IV.)²⁰. Elle contient également une présentation critique des solutions développées par la pratique à ce jour pour identifier les actionnaires et ayants droit économiques d'actions tokenisées (*infra* V.).

¹⁸ CMTA (2021) (n. 10), § 2.1.1 ; J. IFFLAND, « L'émission d'actions digitalisées comme moyen de financement de l'innovation et des PME », *RSDA* 5/2019 p. 498-508, p. 502 ; J. IFFLAND/A. LÄSER, « Die Tokenisierung von Effekten – Ein neuer Weg an den Kapitalmarkt », *GesKR* 4/2018 p. 415-423, p. 419 ; H. C. VON DER CRONE/M. MONSCH/L. MEISSER, « Aktien-Token – Eine privatrechtliche Analyse der Möglichkeit des Gebrauchs von DLT-Systemen zur Abbildung und Übertragung von Aktien », *GesKR* 1/2019 p. 1-17, p. 1.

¹⁹ Le jeton doit comporter des propriétés similaires à l'action à laquelle il sera associé. Cela est possible par le biais de fonctionnalités-miroir inscrites dans le code du *smart contract* qui régit l'action tokenisée. La définition du *smart contract* (contrat intelligent) ne fait pas encore consensus en droit suisse. Pour des détails, voir not. C. MÜLLER, « Les "Smart Contracts" en droit des obligations suisse », in B. CARRON/C. MÜLLER (édit.), *Blockchain et Smart Contracts – Défis juridiques*, 3^e Journée des droits de la consommation et de la distribution, Bâle/Neuchâtel 2018, p. 53-107, N 4 ss ; B. CARRON/V. BOTTERON, « Le droit des obligations face aux "contrats intelligents" : Blockchain, Smart Contracts et contrats de droit suisse », in B. CARRON/C. MÜLLER (édit.), *Blockchain et Smart Contracts – Défis juridiques*, 3^e Journée des droits de la consommation et de la distribution, Bâle/Neuchâtel 2018, p. 1-50, N 18 ss ; M. JACCARD/M. TORAL, « Smart contracts – de la théorie à la pratique », in A. RICHARD/D. CANAPA (édit.), *Droit et économie numérique*, CEDIDAC 107, Lausanne 2021, p. 1-34, p. 4. Pour un exemple, voir The Capital Markets and Technology Association, « Functional specifications for the Swiss law compliant tokenization of securities », janvier 2022 (cité : CMTA (2022)).

²⁰ Pour des détails sur la question de l'ayant droit économique de valeurs patrimoniales digitales sous l'angle de la LBA, voir C. STENGEL, « Wirtschaftliche Berechtigung an digitalen Werten », *Jusletter* du 22 août 2022, N 1 ss.

II. Le registre des actions

A. Les caractéristiques

Toute société anonyme qui émet des actions nominatives (tokenisées ou non) doit tenir un registre des actions (ou registre des actionnaires)²¹. Les actions nominatives se distinguent des « autres » titres à ordre du fait que l'inscription au registre des actions est nécessaire pour que l'acquéreur puisse exercer ses droits (cf. art. 1145 ss CO). La société doit (peut) reconnaître l'acquéreur par le biais d'une inscription déclarative²² dans le registre des actions (art. 686 al. 2 CO)²³. L'incorporation d'actions dans des papiers-valeurs, à l'instar de la renonciation à une telle incorporation (not. la constitution d'actions sous la forme de droits-valeurs inscrits), est sans incidence sur l'obligation de tenir un registre des actions²⁴. L'inscription n'est pas automatique²⁵. Une requête (ou demande d'inscription), non soumise à une exigence de forme, accompagnée des pièces attestant notamment de l'acquisition de la propriété des actions et de l'identité de l'actionnaire, doit être déposée auprès de la société²⁶. Il est possible d'admettre des demandes d'inscription au registre des actions par voie électronique ou par le biais de tout autre moyen technique adéquat (p.ex. *via* un portail sur le site web de la société) (cf. art. 686 al. 2^{bis} CO par analogie).

Le registre des actions doit mentionner le nom et l'adresse des propriétaires d'actions nominatives (art. 686 al. 1, 1^{re} phr. CO)²⁷. L'inscription au registre des actions fonde au surplus une présomption réfragable que la personne inscrite est actionnaire de la société (art. 686 al. 4 CO)²⁸. Elle octroie la qualité d'actionnaire à l'acquéreur, laquelle lui permet (en principe) d'exercer les

²¹ P. FORSTMOSER/A. MEIER-HAYOZ/P. NOBEL, *Schweizerisches Aktienrecht*, Berne 1996, § 43 N 76 ; S. DU PASQUIER/M. WOLF/M. OERTLE, « art. 686 OR », in H. HONSELL/N. P. VOGT/R. WATTER (édit.), *BSK OR II (Art. 530-964 OR)*, 5^e éd., Bâle 2016, N 2 ; R. TRIGO TRINDADE, « art. 686 CO », in P. TERCIER/M. AMSTUTZ/R. TRIGO TRINDADE (édit.), *CR CO II (Art. 530-1186 CO)*, 2^e éd., Bâle 2017, N 5.

²² ATF 90 II 164, p. 171, JdT 1965 I 48 ; HGer Zürich, Urteil vom 26. August 2009, ZR 108/2009, p. 302, c. 4.3 ; DU PASQUIER/WOLF/OERTLE (n. 21), art. 686 N 4 ; P. BÖCKLI, *Schweizer Aktienrecht*, 5^e éd., Zurich/Genève 2022, § 5 N 273 ss ; FORSTMOSER/MEIER-HAYOZ/NOBEL (n. 21), § 43 N 84.

²³ C. BAUDENBACHER, art. 622 OR, in H. HONSELL/N. P. VOGT/R. WATTER (édit.), *BSK OR II (Art. 530-964 OR)*, 5^e éd., Bâle 2016, N 13 et références citées.

²⁴ TRIGO TRINDADE (n. 21), art. 686 N 5.

²⁵ L'actionnaire souscripteur originaire est inscrit d'office. DU PASQUIER/WOLF/OERTLE (n. 21), art. 686 N 6 ; TRIGO TRINDADE (n. 21), art. 686 N 16 s.

²⁶ TRIGO TRINDADE (n. 21), art. 686 N 17.

²⁷ H. C. VON DER CRONE, *Aktienrecht*, 2^e éd., Berne 2020, N 278.

²⁸ TRIGO TRINDADE (n. 21), art. 686 N 12.

droits patrimoniaux et/ou sociaux qui découlent de l'action²⁹. En revanche, l'inscription au registre des actions ne fonde pas, mais suppose, le transfert valable de l'action³⁰. La société a dès lors le droit et l'obligation de vérifier les pièces établissant l'acquisition des actions tant sur le plan formel que matériel³¹. La preuve de l'acquisition dérivée de la propriété de l'action dépend à cet égard de sa forme. Lorsqu'une action nominative est émise sous la forme d'un titre à ordre, ce que la loi présuppose, le transfert doit être prouvé par l'acquéreur endosseur à la société par la présentation du titre (art. 684 al. 2 *cum* art. 967 al. 2 CO)³². Seul le titulaire d'une action nominative formellement légitimé par la possession de celle-ci ainsi qu'une chaîne ininterrompue d'endossements est autorisé à être inscrit au registre des actions (art. 1006 al. 1. CO)³³. Lorsqu'une action nominative est constituée sous la forme d'un droit-valeur inscrit, le transfert peut être prouvé par le biais de l'inscription dans le registre distribué (p.ex. en produisant une copie du contenu du portefeuille cryptographique ou de la clé privée³⁴ (*infra* IV.B.)).

B. Les distinctions

La loi est muette quant à la tenue séparée ou commune du registre (distribué) des droits-valeurs inscrits (art. 973d al. 1 ch. 1 CO) de celui des actions (art. 686 CO). Le premier enregistre la propriété de l'action nominative tokenisée et le second la personne que la société reconnaît comme actionnaire (*supra* II.A.)³⁵. À condition que les exigences de l'art. 686 CO soient remplies par le registre distribué choisi et que le capital-actions de la société soit composé exclusivement d'actions nominatives non intermédiées, le registre distribué peut faire office de registre des actions respectivement de registre des

²⁹ DU PASQUIER/WOLF/OERTLE (n. 21), art. 686 N 6 ; VON DER CRONE (n. 27), N 277 ; A. MEIER-HAYOZ/P. FORSTMOSER, *Droit suisse des sociétés*, Berne 2015, § 16 N 283 s., N 304 ; FORSTMOSER/MEIER-HAYOZ/NOBEL (n. 21), § 43 N 84.

³⁰ TRIGO TRINDADE (n. 21), art. 686 N 14 ; VON DER CRONE (n. 27), N 277 ; N. ROUILLER *et al.*, *La société anonyme suisse*, 3^e éd., Zurich 2022, N 181.

³¹ L'art. 685e CO est une exception. DU PASQUIER/WOLF/OERTLE (n. 21), art. 686 N 7 ; TRIGO TRINDADE (n. 21), art. 686 N 18 ss.

³² VON DER CRONE (n. 27), N 277 ; ROUILLER *et al.* (n. 30), N 181 ; TRIGO TRINDADE (n. 21), art. 686 N 20.

³³ ATF 4A_314/2017 et 4A_320/2016 du 17 novembre 2016, c. 4.2.3 ; A. EIGENMANN, « art. 1006 CO », in P. TERCIER/M. AMSTUTZ/R. TRIGO TRINDADE (édit.), *CR CO II (Art. 530-1186 CO)*, 2^e éd., Bâle 2017, N 1 ss ; BAUDENBACHER (n. 23), art. 686 N 6 et références citées.

³⁴ Dans ce sens, voir W. STOFFEL, « art. 272 SchKG », in D. STAEHELIN/T. BAUER/F. LORANDI (édit.), *BSK SchKG II (Art. 159-352 SchKG)*, 3^e éd., Bâle 2021, N 30, N 49a s.

³⁵ CMTA (2021) (n. 10), § 3.4.3 ; DU PASQUIER/WOLF/OERTLE (n. 21), art. 686 N 2a.

ayants droit économiques (*infra* III.)³⁶. Une tenue séparée est néanmoins recommandée, et permet de conserver les informations personnelles des acquéreurs en dehors du registre distribué (*off-chain*)³⁷.

III. Le registre des ayants droit économiques

A. Les caractéristiques

Les art. 697j et 697l CO doivent être lus conjointement. Ils s'inscrivent dans un large système de transparence, lequel comprend les dispositions sur la publicité des participations prévues aux art. 120 ss LIMF³⁸ et celle sur l'identification des ayants droit économiques prévue à l'art. 4 LBA^{39, 40}. En vertu de l'art. 697l al. 1 CO, toute société anonyme privée suisse doit tenir un registre des ayants droit économiques qui lui sont annoncés par l'actionnaire conformément à l'art. 697j CO⁴¹. L'art. 697j CO prévoit une obligation de déclarer dans un délai d'un mois toute acquisition d'actions non cotées ni intermédiées (tokenisées ou non)⁴², si le seuil de 25 % du capital-actions ou des droits de vote est atteint ou dépassé (art. 697j al. 1 et 5 CO). L'obligation ne concerne pas les actions individuelles⁴³ mais les participations qui atteignent ou dépassent ledit seuil. En dépit de l'importance de cette obligation d'annonce, la loi ne définit pas la notion d'ayant droit économique de manière claire. Il ne s'agit pas nécessairement de l'actionnaire mais de la personne physique pour le compte de laquelle celui-ci agit en dernier lieu (art. 697j al. 1

³⁶ Message TRD (n. 5), p. 264 s.

³⁷ Swiss Blockchain Federation, *Circular 2019/01 on Tokenized Equity*, 22 novembre 2021, p. 4 (cité : SBF, Circular 2019/01). Pour un exemple, voir www.aktionariat.com/documentation/shareholder-registry.

³⁸ Loi fédérale du 19 juin 2015 sur l'infrastructure des marchés financiers (LIMF ; RS 958.1).

³⁹ Loi fédérale du 10 octobre 1997 sur le blanchiment d'argent (LBA ; RS 955.0).

⁴⁰ R. TRIGO TRINDADE/E. BERISHA, « art. 697j CO », in P. TERCIER/M. AMSTUTZ/R. TRIGO TRINDADE (édit.), *CR CO II (Art. 530-1186 CO)*, 2^e éd., Bâle 2017, N 1, N 10 ss ; M. HESS/E. DETTWILLER, « art. 697l OR », in H. HONSELL/N. P. VOGT/R. WATTER (édit.), *BSK OR II (Art. 530-964 OR)*, 5^e éd., Bâle 2016, N 2 s.

⁴¹ Message du Conseil fédéral du 21 novembre 2018 sur la mise en œuvre des recommandations du Forum mondial sur la transparence et l'échange de renseignements à des fins fiscales émises dans le rapport de phase 2 de la Suisse, FF 2019 277, p. 314 s. (cité : Message 2018) ; S. MATTHEY, « art. 4 LBA », in U. CASSANI/C. BOVET/K. VILLARD (édit.), *CR LBA*, Bâle 2022, N 19.

⁴² Les titres intermédiés sont exclus du champ d'application de cette disposition.

⁴³ TRIGO TRINDADE/BERISHA (n. 40), art. 697l N 1.

VON DER CRONE (n. 27), N 315.

i.f. CO)⁴⁴. L'annonce peut être réalisée par le biais d'un formulaire mis à disposition par la société⁴⁵, par voie électronique ou par le biais de tout autre moyen technique adéquat (p.ex. *via* un portail sur le site web de la société) (*supra* II.A.). En l'absence d'ayant droit économique, l'actionnaire est tenu d'en informer la société (art. 697j al. 2, 2^e phr. CO). Des allègements s'appliquent aux actionnaires à l'égard desquels la transparence est déjà assurée par le droit boursier (art. 697j al. 3 CO ; art. 120 ss LIMF)⁴⁶.

L'obligation d'annoncer concrétise les efforts internationaux de lutte contre le blanchiment d'argent. Avant l'entrée en vigueur de l'art. 697j CO, la faille principale de la lutte contre le blanchiment d'argent résidait dans le secteur privé, non soumis à une surveillance étatique (art. 305^{bis} CP)⁴⁷. L'obligation d'annonce permet de prévenir respectivement de dévoiler les économies d'impôts réalisées par le biais de sociétés-écrans, ainsi que la dissimulation de fonds d'origine criminelle investis dans des actions⁴⁹. Elle vise également à obtenir des informations sur l'identité du bénéficiaire effectif ou de la personne à l'origine des fonds investis dans les sociétés anonymes privées suisses⁵⁰.

B. Les distinctions

Le registre des ayants droit économiques est un registre privé, qui doit être tenu de manière à ce que les autorités compétentes en matière de lutte contre le blanchiment d'argent et le financement du terrorisme puissent y

⁴⁴ Message 2018 (n. 41), p. 314 s. ; MATTHEY (n. 41), art. 2a N 68 ; TRIGO TRINDADE/BERISHA (n. 40), art. 697j N 13 ; VON DER CRONE (n. 27), N 316 ; DETTWILER/HESS (n. 40), art. 697j N 35 ; BÖCKLI (n. 22), § 5 N 295, 335 ss.

⁴⁵ TRIGO TRINDADE/BERISHA (n. 40), art. 697j N 84, N 87.

⁴⁶ Message 2018 (n. 41), p. 316 ; VON DER CRONE (n. 27), N 318.

⁴⁷ Code pénal suisse du 21 décembre 1937 (CP ; RS 311.0). Pour des détails sur l'acte de blanchiment d'argent dans le contexte particulier des cryptomonnaies, voir not. C. LOMBARDINI, « Appréhension du risque de blanchiment d'argent dans le contexte des cryptomonnaies », in A. MACALUSO/L. MOREILLON/C. LOMBARDINI/A. M. GARBARSKI (édit.), *Développements récents en droit pénal de l'entreprise III*, CEDIDAC 113, Lausanne 2022, p. 163-179, p. 171 ss.

⁴⁸ Message 2018 (n. 41), p. 313 ; Groupe d'action financière, *Recommandations du GAFI 2012 – Normes internationales sur la lutte contre le blanchiment de capitaux et le financement du terrorisme et de la prolifération*, mise à jour octobre 2021, Paris, § 24 ; VON DER CRONE (n. 27), N 314 ; TRIGO TRINDADE/BERISHA (n. 40), art. 697j N 10 ; DETTWILER/HESS (n. 40), art. 697j N 1.

⁴⁹ Message du Conseil fédéral du 13 décembre 2013 concernant la mise en œuvre des recommandations du Groupe d'action financière (GAFI), révisées en 2012, FF 2014 585, p. 639 (cité : Message GAFI).

⁵⁰ TRIGO TRINDADE/BERISHA (n. 40), art. 697j N 8.

accéder en tout temps en Suisse (art. 697l al. 4 CO)⁵¹. Il doit mentionner le prénom, le nom et l'adresse des ayants droit économiques ainsi que leur participation concrète (art. 697l al. 2 CO)⁵². La loi n'exige pas de pièces justificatives jointes à la déclaration de l'actionnaire, ce qui permet à la société de retranscrire les informations qui lui sont fournies⁵³. Un refus d'inscription n'est possible qu'à condition que celles-ci soient manifestement fausses ou inexacts et que la société puisse le prouver⁵⁴.

Le registre des ayants droit économiques ne légitime pas les actionnaires (cmp. art. 689a CO). Cependant, ceux-ci ne peuvent ni exercer les droits sociaux ni faire valoir les droits patrimoniaux liés aux actions dont l'acquisition est soumise aux obligations d'annoncer tant qu'ils ne se sont pas conformés à celles-ci (art. 697m al. 1 et 2 CO). Si le devoir d'annonce n'est pas respecté dans le délai d'un mois, les droits patrimoniaux s'éteignent (art. 697m al. 3, 1^{re} phr. CO) ; l'exécution ultérieure n'a pas d'effet curatif (art. 697m al. 3, 2^e phr. CO)⁵⁵. La violation du devoir d'annonce est finalement passible de sanctions civiles et/ou pénales (art. 754 CO ; art. 327 s. CP)⁵⁶. Les membres du conseil d'administration de la société doivent dès lors s'assurer qu'aucun actionnaire n'exerce ses droits en violation de ses obligations d'annoncer.

IV. Les enjeux

A. L'activité d'intermédiation financière

Le droit des marchés financiers comporte de nombreuses obligations de diligence strictes applicables à l'activité d'intermédiation financière (cf. not. Titre 5 de l'OBA-FINMA⁵⁷ ; art. 2 al. 2 let. a^{bis} LBA ; art. 1b LB⁵⁸)⁵⁹.

⁵¹ Message GAFI (n. 49), p. 642 ; HESS/DETTWILER (n. 40), art. 697l N 20 ; MATTHEY (n. 41), art. 4 N 19.

⁵² VON DER CRONE (n. 27), N 320 ; TRIGO TRINDADE/BERISHA (n. 40), art. 697l N 24. D'un autre avis, voir HESS/DETTWILER (n. 40), art. 697l N 5 s.

⁵³ TRIGO TRINDADE/BERISHA (n. 40), art. 697l N 35.

⁵⁴ *Ibidem*.

⁵⁵ VON DER CRONE (n. 27), N 321.

⁵⁶ Pour des détails, voir Secrétariat d'État aux questions financières internationales, *Instructions relatives à la loi fédérale sur la mise en œuvre des recommandations du Forum mondial sur la transparence et l'échange de renseignements à des fins fiscales*, version du 1^{er} novembre 2019, p. 2-12, p. 12.

⁵⁷ Ordonnance de la FINMA du 3 juin 2015 sur le blanchiment d'argent (OBA-FINMA ; RS 955.033.0).

⁵⁸ Loi fédérale du 8 novembre 1934 sur les banques (LB ; RS 952.0).

⁵⁹ Voir not. C. STENGEL/L. BIANCHI, « Geldwäscherei und Terrorismusfinanzierung », in R. H. WEBER/H. KUHN (édit.), *Entwicklungen im Schweizer Blockchain-Recht*, Bâle 2021, p. 223-250, p. 238 ; STENGEL (n. 20), N 12, N 22.

Connaître son client (l'identifier) est l'obligation de diligence de base fondamentale de tout intermédiaire financier (*know your customer*, KYC)⁶⁰. L'émission d'actions (tokenisées ou non) sur le marché primaire⁶¹ n'est toutefois pas considérée comme une activité d'intermédiation financière, ce qui exclut l'application des réglementations susmentionnées⁶². Seule l'obligation légale de tenir une liste des ayants droit économiques annoncés par l'actionnaire prévaut pour toute société anonyme privée indépendamment d'un assujettissement à la LBA (art. 697I CO ; art. 2 LBA) (*supra* III.A.). La loi ne contient pas non plus d'obligation à l'égard de la société de connaître la composition de son actionariat, même si cela peut par exemple s'avérer nécessaire pour des raisons de justes motifs liés à l'exercice d'une profession⁶³. Une société anonyme privée doit à tout le moins être en mesure de vérifier la titularité de l'action pour procéder (ou non) à l'inscription au registre des actions (*supra* II.A.).

De manière générale, l'identification ne pose pas de difficultés particulières au sein de sociétés privées, lesquelles connaissent en principe leurs actionnaires et ayants droit économiques (*supra* II. et III.). La situation juridique précédemment exposée leur octroie cependant une importante marge de manœuvre, laquelle peut se révéler épineuse lorsque les actions sont tokenisées. En raison de certaines contraintes techniques, la question de l'identification prend une dimension jusqu'ici méconnue (*infra* IV.B.).

B. Les contraintes techniques

Une fois téléchargé dans un portefeuille cryptographique (*wallet*) personnel, il est par défaut⁶⁴ impossible d'empêcher le transfert d'un jeton à l'adresse publique d'un autre portefeuille cryptographique.

Le transfert de jetons (de cryptoactifs⁶⁵) requiert un portefeuille cryptographique, lequel peut aisément être créé à l'aide de logiciels gratuits *open source*

⁶⁰ MATTHEY (n. 41), art. 3 N 1, N 3, N 12 ; S. MATTHEY, « Know Your Customer : Quo Vadis ? », *RSDA* 2/2016 p. 123-136, p. 123. Pour des détails, voir Rapport explicatif de la FINMA du 28 août 2018 sur l'« autorisation Fintech » – Révision partielle de l'OBA-FINMA, p. 5 ss.

⁶¹ Sur la distinction entre marché primaire et secondaire, voir P. NOBEL, *Schweizerisches Finanzmarktrecht*, 4^e éd., Berne 2019, § 1 N 263 ss.

⁶² MATTHEY (n. 41), art. 4 N 19 ; SBF, Circular 2019/01 (n. 37), p. 9. Pour des exemples, voir Swiss Banking, *Guide pratique pour l'ouverture de comptes d'entreprises pour des sociétés blockchain*, septembre 2018, p. 12 ss.

⁶³ Cf. art. 685b al. 1 CO.

⁶⁴ Mais certaines fonctionnalités peuvent être mises en place par la société, *infra* V.

⁶⁵ Pour des détails sur la notion, voir not. Message TRD (n. 5), p. 281 ; H. KUHN, « Taxonomie », in R. H. WEBER/H. KUHN (édit.), *Entwicklungen im Schweizer Blockchain-Recht*, Bâle 2021, p. 35-50, p. 35 ss.

disponibles sur Internet par exemple⁶⁶. Celui-ci se caractérise par l'emploi d'une paire de clés : une clé publique qui permet de déterminer l'adresse du portefeuille (équivalent d'un IBAN) ; et une clé privée qui permet le transfert et la preuve de propriété du jeton (équivalent d'un mot de passe respectivement d'une signature) (cryptographie asymétrique)⁶⁷. Un portefeuille cryptographique peut être *custodial* ou *non custodial*. Dans la première hypothèse, les jetons sont conservés par l'organisation qui gère la plateforme (p.ex. un *custodial wallet provider*). L'utilisateur ne contrôle pas de clé privée spécifique ni le portefeuille contenant les jetons⁶⁸. Dans la seconde, l'utilisateur gère son portefeuille respectivement sa paire de clés de façon autonome.

Le processus de création d'un portefeuille cryptographique est également pseudo-anonyme. Par défaut, les adresses publiques constituent en effet des identifiants à caractère aléatoire qui ne sont pas liés à une identité officielle⁶⁹. Dans la pratique, les organisations qui gèrent les plateformes, respectivement les *custodial wallets providers*, procèdent à un contrôle de l'identité de l'acquéreur-utilisateur (p.ex. Aktionariat, SDX, Taurus⁷⁰)⁷¹. En l'absence d'activité d'intermédiation financière *au sens strict*, celles-ci peuvent néanmoins se contenter d'un contrôle superficiel, tout en restant libres d'aller plus loin (*supra* IV.A.). Pour réaliser un transfert, il suffit au détenteur d'un portefeuille cryptographique de l'ordonner *via* sa clé privée à une adresse publique de son choix, ou de transmettre son adresse publique à un autre utilisateur qui créditera son portefeuille. L'intégralité des transferts est certes visible sur une blockchain publique telle qu'Ethereum⁷², mais le lien entre une adresse et l'identité

⁶⁶ P.ex. *via* <https://metamask.io/>. Sur les remarques suivantes, voir not. Rapport du GCBF sur le risque de blanchiment d'argent et de financement du terrorisme par les crypto-assets et le crowdfunding (NRA), octobre 2018, p. 21 s. (cité : Rapport GCBF).

⁶⁷ Pour des détails, voir not. Rapport TRD (n. 1), p. 18 ss ; CMTA (2021) (n. 10), Annexe 3, p. 26 ; M. STEVENS/A. K. LENSTRA/B. DE WEGER, « Chosen-prefix collisions for MD5 and applications », *International Journal of Applied Cryptography*, vol. 2, n° 4, 2012, p. 322-359 ; J. VAN DER LAAN, « Understanding Blockchain », in M. ARTZT/T. RICHTER (édit.), *Handbook of Blockchain Law – A Guide to Understanding and Resolving Legal Challenges of Blockchain Technology*, Croydon 2020, p. 1-76 ; STENGEL (n. 20), N 14, N 26 ; LOMBARDINI (n. 47), p. 165 ss.

⁶⁸ Pour des détails, voir Rapport TRD (n. 1), p. 28 s., p. 146 s. ; STENGEL (n. 20), N 26.

⁶⁹ Pour des détails, voir not. *CMTA's Share Tokenization Q&A – What is a digital token ?*, <https://cmta.ch/standards/>.

⁷⁰ À ce jour, il est possible d'acquérir des actions tokenisées not. : *via* une place de marché en ligne (p.ex. Taurus : www.taurushq.com/) ; une application web ou mobile (p.ex. Aktionariat : www.aktionariat.com/ ; ou directement sur le site web de la société (p.ex. Aktionariat Brokerbot : www.aktionariat.com/our-products/brokerbot#details).

⁷¹ P.ex. *via* l'obtention d'un nom, prénom, d'une adresse électronique, voire d'une copie d'un document d'identité officiel, le téléchargement d'un *selfie* d'identification, d'une facture récente d'un service public, etc.

⁷² P.ex. *via* <https://etherscan.io/>.

de son utilisateur ne peut être établi⁷³. Le pseudo-anonymat qui entoure les transferts sur un registre distribué peut ainsi conduire à des difficultés à identifier les actionnaires et ayants droit économiques d'actions tokenisées téléchargées dans des portefeuilles personnels⁷⁴.

C. Une nouvelle facette des actions dispo ?

1. Les actions dispo

Une action dispo est une action nominative acquise en bourse dont l'acquéreur-proprétaire ne s'est pas annoncé auprès de la société et n'est donc pas inscrit au registre des actions (*supra* II.A.)⁷⁵.

Une première situation particulière peut se présenter dans le cas où des actions nominatives cotées sont acquises en bourse (art. 685f al. 1, 1^{re} phr. CO). Dans la mesure où la société est informée du départ de l'aliénateur grâce au mécanisme d'annonce de l'art. 685e CO, mais non de l'arrivée du nouvel acquéreur, le registre des actions fait état d'une case « vide ». Faisant suite à cette annonce, la société biffe l'aliénateur du registre des actions. Elle sait que l'action a été vendue mais elle ne sait pas à qui (« actionnaire fantôme »). De son côté, jusqu'à sa demande d'inscription au registre des actions, l'acquéreur ne peut exercer les droits sociaux qui découlent de l'action (art. 685f al. 2, 1^{re} phr. CO). Il n'est en revanche pas restreint dans l'exercice de tous les autres droits patrimoniaux (art. 685f al. 2, 2^e phr. CO). Dans la pratique, les dividendes sont versés à la banque qui se charge de les transférer à l'acquéreur. Une seconde situation singulière peut se présenter lorsque des actions nominatives cotées sont transférées hors bourse (art. 685f al. 1, 2^e phr. CO). Dans ce cas, l'aliénation est ignorée de la société et le registre des actions ne fait pas état d'une case

⁷³ Sur les remarques suivantes, voir not. J. A. COX, « Introduction to Blockchain Technology », in J. A. COX/M. W. RASMUSSEN (édit.), *Blockchain for Business Lawyers*, American Bar Association, Chicago 2018, p. 1-23, p. 10 ; Rapport GCBF (n. 66), p. 21 ; LOMBARDINI (n. 47), p. 169 ss.

⁷⁴ Rapport TRD (n. 1), p. 145 ; Rapport GCBF (n. 66), p. 4 s., p. 34 ss.

⁷⁵ Sur les remarques suivantes, voir VON DER CRONE (n. 27), N 410 ; C. CRAMER, « art. 685f OR », in L. HANDSCHIN/P. JUNG (édit.), *Die Aktiengesellschaft – Rechte und Pflichten der Aktionäre (Art. 660-697m OR)*, ZK, 2^e éd., Zurich 2021, N 11 ss ; L. HANDSCHIN, « art. 663c OR 2020 aufgehoben », in L. HANDSCHIN/P. JUNG (édit.), *Die Aktiengesellschaft – Rechte und Pflichten der Aktionäre (Art. 660-697m OR)*, ZK, 2^e éd., Zurich 2021, N 10 ; D. M. HÄUSERMANN, « Dispoaktien : Ein 250-Milliarden-Problem ? », *GesKR* 2/2012 p. 220-230, p. 220 ; H. C. VON DER CRONE/M. ISLER, « Dispoaktien », *GesKR* 2008 (Sondernummer) p. 76-84, p. 76 ; D. GERICKE/D. KUHN, « Neue Meldepflichten bezüglich Aktionären, Gesellschaftern und wirtschaftliche Berechtigten – die "société anonyme" ist Geschichte », *PJA* 6/2015 p. 849-867, p. 855.

« vide ». L'aliénateur reste inscrit au registre des actions et titulaire des droits sociaux et patrimoniaux jusqu'à ce que le nouvel acquéreur s'annonce (« actionnaire fantôme qualifié »).

2. La nouvelle facette

Lorsque des actions (nominatives) sont tokenisées, une nouvelle facette des actions dispo est susceptible de surgir dans la sphère des sociétés privées⁷⁶.

Pour diverses raisons classiques (p.ex. négligence, commodité, conservation de l'anonymat pour des motifs plus ou moins légitimes)^{77, 78}, auxquelles vient s'ajouter le caractère pseudo-anonyme des portefeuilles cryptographiques (*supra* IV.B.), il est envisageable que l'acquéreur d'une action tokenisée ne requiert pas son inscription au registre des actions (*supra* II.A.). Dans ce cas, la société n'a pas connaissance de l'identité de la personne derrière l'adresse publique à laquelle l'action tokenisée a été transférée (*supra* IV.B.). En dépit de la traçabilité des actions tokenisées, et en-dehors du système bancaire, l'actionnariat d'une société privée pourrait alors se composer d'« actionnaires fantômes » si l'aliénateur indique avoir vendu ses actions, voire d'« actionnaires fantômes qualifiés » si l'aliénation est ignorée de la société (*supra* IV.C.1.). La tokenisation d'actions entraîne dès lors un risque pour la société de perdre le contrôle de son actionnariat, auquel viennent s'ajouter des difficultés à identifier les ayants droit économiques (*supra* III.A.).

Sur la base de ces constats, la pratique a développé certaines solutions pour identifier adéquatement les actionnaires et ayants droit économiques d'actions tokenisées (*infra* V.).

⁷⁶ Il est possible d'avoir des actions dispo non cotées. Elles sont toutefois rares, car la pratique du versement de dividendes aux actionnaires non inscrits se limite aux sociétés cotées. I. SCHILTER, *Die Dispoaktienproblematik und das Nominee-Modell als Lösungsansatz*, thèse, Zurich/Bâle/Genève 2011, p. 7 ; C. EGGLE, *Das schleichende Ende der Anonymität des Aktionärs – Unter besonderer Berücksichtigung der neuen Anti-Geldwäschereibestimmungen des GwG und der Art. 697i ff. OR*, thèse, Zurich 2018, p. 85, n. 387.

⁷⁷ VON DER CRONE (n. 27), N 411.

⁷⁸ Pour des détails sur le nombre d'actions dispo au sein des sociétés cotées suisses, voir not. H. C. VON DER CRONE/T. ENDER, « Dispoaktien und Nominee-Modell : Eine Standortbestimmung », in R. WATTER (édit.), *Die « grosse » Schweizer Aktienrechtsrevision – Standortbestimmung per Ende 2010*, Zurich/Saint-Gall 2010, p. 137, n. 4 ; VON DER CRONE (n. 27), N 411.

V. Les solutions pratiques pour identifier les actionnaires et ayants droit économiques d'actions tokenisées

A. La ré-intermédiation

La première solution consiste à créer des titres intermédiés sur la base d'actions tokenisées (ci-après : des actions tokenisées intermédiées)⁷⁹. En vertu de l'art. 6 al. 1 let. d LTI, des titres intermédiés peuvent être créés lorsqu'un dépositaire se voit transférer des droits-valeurs inscrits et qu'il inscrit les droits correspondant au crédit d'un ou plusieurs comptes de titres. Les droits-valeurs inscrits doivent être transférés par les créanciers à l'adresse publique d'un dépositaire au sens de l'art. 4 LTI, et immobilisés sur le registre distribué (art. 6 al. 3 LTI). Cette condition implique l'exclusion de toute possibilité de transfert, modification ou suppression des droits-valeurs inscrits. Cela est possible par le biais d'une fonctionnalité *on-chain* (p.ex. inscrite dans le code du *smart contract* qui régit l'action tokenisée⁸⁰) ou de mesures *off-chain* (p.ex. la conservation des clés privées par la société émettrice ou le dépositaire)⁸¹.

En présence d'actions tokenisées intermédiées, il est alors question de « ré-intermédiation » (ou de retour à un système intermédié). Ce retour à l'activité d'intermédiation financière engendre l'application du droit des marchés financiers, en particulier des obligations strictes de diligence respectivement d'identification des ayants droit économiques (*supra* IV.A.). N'est en outre pas soumise à l'obligation d'annoncer de l'actionnaire, l'acquisition d'actions émises sous forme de titres intermédiés et déposées auprès d'un dépositaire en Suisse (art. 697j al. 5, 1^{re} phr. CO) (*supra* III.A.). « Tokeniser » ne signifie donc pas toujours qu'une société émettrice peut se passer des services d'un tiers de confiance⁸². D'un point de vue juridique, l'un des buts poursuivis par le législateur est indéniablement celui de formaliser les règles sur le transfert des actions constituées sous la forme de droits-valeurs inscrits ainsi que de garantir une certaine standardisation (indispensable sur les marchés financiers). La ré-intermédiation permet certes de prévenir certains risques de blanchiment d'argent, sans pour autant habiliter les sociétés à conserver le contrôle de leur actionnariat. Il est en effet possible de vendre librement des actions tokenisées intermédiées. En conséquence, si la société n'est pas avisée, cette situation peut engendrer la création d'actions dispo (*supra* IV.C.). D'un point de vue conceptuel, le « retour » au régime juridique intermédié de la LTI demeure un choix quelque

⁷⁹ Sur les remarques suivantes, voir A.-N. BANDI-LANG/Y. MAUCHLE/P. SPOERLÉ, « Bucheffekten auf der Blockchain », *GesKR* 2/2021 p. 238-248, p. 245 ; VON DER CRONE/BAUMGARTNER (n. 5), p. 360 ; CMTA (2021) (n. 10), § 4.2.

⁸⁰ Voir *supra* n. 19.

⁸¹ BANDI-LANG/MAUCHLE/SPOERLÉ (n. 79), p. 245.

⁸² Dans ce sens, voir not. POSKRIAKOV (n. 16), p. 92 s.

V. Les solutions pratiques pour identifier les actionnaires et ayants droit économiques d'actions tokenisées

A. La ré-intermédiation

La première solution consiste à créer des titres intermédiés sur la base d'actions tokenisées (ci-après : des actions tokenisées intermédiées)⁷⁹. En vertu de l'art. 6 al. 1 let. d LTI, des titres intermédiés peuvent être créés lorsqu'un dépositaire se voit transférer des droits-valeurs inscrits et qu'il inscrit les droits correspondant au crédit d'un ou plusieurs comptes de titres. Les droits-valeurs inscrits doivent être transférés par les créanciers à l'adresse publique d'un dépositaire au sens de l'art. 4 LTI, et immobilisés sur le registre distribué (art. 6 al. 3 LTI). Cette condition implique l'exclusion de toute possibilité de transfert, modification ou suppression des droits-valeurs inscrits. Cela est possible par le biais d'une fonctionnalité *on-chain* (p.ex. inscrite dans le code du *smart contract* qui régit l'action tokenisée⁸⁰) ou de mesures *off-chain* (p.ex. la conservation des clés privées par la société émettrice ou le dépositaire)⁸¹.

En présence d'actions tokenisées intermédiées, il est alors question de « ré-intermédiation » (ou de retour à un système intermédié). Ce retour à l'activité d'intermédiation financière engendre l'application du droit des marchés financiers, en particulier des obligations strictes de diligence respectivement d'identification des ayants droit économiques (*supra* IV.A.). N'est en outre pas soumise à l'obligation d'annoncer de l'actionnaire, l'acquisition d'actions émises sous forme de titres intermédiés et déposées auprès d'un dépositaire en Suisse (art. 697j al. 5, 1^{re} phr. CO) (*supra* III.A.). « Tokeniser » ne signifie donc pas toujours qu'une société émettrice peut se passer des services d'un tiers de confiance⁸². D'un point de vue juridique, l'un des buts poursuivis par le législateur est indéniablement celui de formaliser les règles sur le transfert des actions constituées sous la forme de droits-valeurs inscrits ainsi que de garantir une certaine standardisation (indispensable sur les marchés financiers). La ré-intermédiation permet certes de prévenir certains risques de blanchiment d'argent, sans pour autant habiliter les sociétés à conserver le contrôle de leur actionnariat. Il est en effet possible de vendre librement des actions tokenisées intermédiées. En conséquence, si la société n'est pas avisée, cette situation peut engendrer la création d'actions dispo (*supra* IV.C.). D'un point de vue conceptuel, le « retour » au régime juridique intermédié de la LTI demeure un choix quelque

⁷⁹ Sur les remarques suivantes, voir A.-N. BANDI-LANG/Y. MAUCHLE/P. SPOERLÉ, « Bucheffekten auf der Blockchain », *GesKR* 2/2021 p. 238-248, p. 245 ; VON DER CRONE/BAUMGARTNER (n. 5), p. 360 ; CMTA (2021) (n. 10), § 4.2.

⁸⁰ Voir *supra* n. 19.

⁸¹ BANDI-LANG/MAUCHLE/SPOERLÉ (n. 79), p. 245.

⁸² Dans ce sens, voir not. POSKRIAKOV (n. 16), p. 92 s.

cependant techniquement complexe à mettre en place car il implique de suspendre la transaction dans l'attente d'une validation. D'un point de vue juridique, le contrôle *ex ante* équivaut à notre avis à une restriction au transfert d'une action (nominative) tokenisée (cmpr. art. 685a ss CO). En ce sens, la tokenisation pourrait consister en une nouvelle forme de restriction à la transmissibilité pour juste motif dans une société privée (art. 685b al. 1 CO). Le juste motif serait dès lors celui d'exercer un contrôle, lequel se justifierait à des fins de prévention des risques de blanchiment d'argent et de financement du terrorisme, intrinsèquement liés à la technologie des registres distribués (*supra* IV.B.). Il pourrait également s'agir d'une manière novatrice d'implémenter des restrictions à la transmissibilité des actions tokenisées.

Dans le second cas (*ex post*), la société peut requérir des acquéreurs-détenteurs qu'ils s'identifient une fois les jetons respectivement la propriété et les droits liés aux actions tokenisées transférés, et subordonner l'exercice des droits sociaux et patrimoniaux qui en découlent à cette identification (art. 697m CO par analogie et indépendamment du seuil de 25 % prévu à l'art. 697j al. 1 CO). D'un point de vue technique, cette solution requiert un mécanisme *off-chain* tel qu'un portail sur le site web de la société soumis à un test *satoshi*⁹¹ ou le recours aux services de tiers (*supra* III.B.). D'un point de vue juridique, cette solution nécessite une disposition statutaire en vertu de laquelle les acquéreurs sont inscrits au registre des actions s'ils s'identifient ou identifient les personnes pour le compte desquelles ils détiennent les actions selon les modalités prévues par la société⁹². La personne à laquelle le registre distribué attribue un droit-valeur inscrit en est toutefois considérée comme le propriétaire (art. 973e al. 1 CO)⁹³. Il existe donc un risque de séparation entre la propriété de l'action tokenisée et l'exercice des droits sociaux et patrimoniaux qui lui sont liés. Il est effectivement possible qu'un actionnaire n'annonce pas l'aliénation de ses actions tokenisées à la société et que le nouvel acquéreur renonce également à le faire (*supra* IV.C.2.). Cette situation n'est pas idéale car elle ne va pas dans le sens du législateur qui souhaitait éviter une séparation entre la propriété des actions et l'exercice des droits au sein de sociétés privées (non cotées)⁹⁴. À défaut d'un contrôle *ex ante* aisément implémentable techniquement, il convient néanmoins d'admettre la solution du contrôle *ex post*. Celle-ci permet à la société

contract sur pause, c'est-à-dire d'empêcher les transferts jusqu'à ce qu'une fonctionnalité *unpause* soit activée. Pour des détails sur ces fonctionnalités, voir CMTA (2022) (n. 19), p. 6.

⁹¹ Pour des détails, voir not. www.21analytics.ch/glossary/satoshi-test/.

⁹² CMTA (2021) (n. 10), § 3.1.3, Recommandation 04 et Annexe 1, p. 19.

⁹³ Message TRD (n. 5), p. 275 ; Rapport TRD (n. 1), p. 59 ; VON DER CRONE/BAUMGARTNER (n. 5), p. 357.

⁹⁴ Pour un historique de la problématique, voir BÖCKLI (n. 22), § 5 N 8 ss et références citées.

de conserver un contrôle sur son actionariat et de remplir ses obligations légales d'identification des ayants droit économiques.

VI. Conclusion

L'identification des actionnaires et ayants droit économiques d'actions tokenisées est une question importante qui s'accompagne de certains enjeux majeurs (*supra* IV.).

Le fait que l'émission d'actions (tokenisées ou non) sur le marché primaire ne soit pas considérée comme une activité d'intermédiation financière soustrait les sociétés privées aux obligations strictes de diligence en matière d'identification des ayants droit économiques prévues par le droit des marchés financiers (*supra* IV.A.). À cela s'ajoute l'absence d'obligation légale de connaître la composition de leur actionariat, même si cela peut s'avérer nécessaire pour de justes motifs (cf. art. 685b al. 1 CO). Seule prévaut l'obligation pour ces sociétés de tenir une liste des ayants droit économiques qui leur sont annoncés (art. 697l al. 1 CO) (*supra* III.). Tant que le législateur n'impose pas d'obligations en la matière, les sociétés privées disposent ainsi d'une grande marge de manœuvre en matière d'identification. Dans la pratique, la situation se révèle plus complexe.

Ces constats ne dispensent pas les sociétés privées de tout examen si elles souhaitent garder un certain contrôle de leur actionariat. Le recours à la technologie des registres distribués, en particulier à la technologie blockchain, se caractérise en effet par le pseudo-anonymat des transferts, duquel résultent des risques intrinsèques de blanchiment d'argent et de financement du terrorisme (*supra* IV.B.). Il est également possible que l'acquéreur d'une action tokenisée ne s'annonce pas à la société et ne soit donc pas inscrit au registre des actions (*supra* II.). Cette situation est susceptible de faire surgir une nouvelle facette des actions dispo dans la sphère des sociétés privées (*supra* IV.C.2.).

La pratique a développé des solutions pour identifier les actionnaires et ayants droit économiques d'actions tokenisées (*supra* V.). La première consiste à créer des titres intermédiés sur la base d'actions tokenisées (ré-intermédiation) (*supra* V.A.). Cette solution repose sur des tiers de confiance classiques dont le rôle s'étend à la conservation de clés privées et/ou publiques (changement dans les dynamiques de pouvoirs)⁹⁵, sans pour autant garantir à la société de connaître son actionariat. La seconde repose sur la société elle-même, respon-

⁹⁵ Dans ce sens, voir OCDE, *The Tokenization of Assets and Potential Implications for Financial Markets, Blockchain Policy Series*, 2020, p. 33 et références citées.

sable de mettre en place un contrôle *ex ante* ou *ex post* de l'éligibilité de l'acquéreur (*supra* V.B.). À ce jour, les difficultés techniques du contrôle *ex ante* astreignent les sociétés à un contrôle *ex post*. Celui-ci garantit néanmoins un certain contrôle de l'actionnariat et le respect des obligations légales existantes en matière d'identification des ayants droit économiques (art. 697j ss CO) (*supra* III.). Ces solutions intéressantes soulèvent de nombreuses questions juridiques, conceptuelles et techniques dont les développements futurs méritent une grande attention.

La relation entre une PME et un réseau social vue par le prisme de la procédure

L'application des règles procédurales protectrices du consommateur à une PME dans sa relation avec un réseau social

IAGO BAUMANN

Assistant doctorant en droit international privé et droit des successions |
LexTech Institute | Faculté de droit | Université de Neuchâtel

Table des matières

I.	Introduction	40
II.	Les particularités de la relation juridique entre une PME utilisatrice et un réseau social.....	41
	A. Les relations juridiques nouées entre un réseau social et ses utilisateurs.....	41
	B. Une PME utilisatrice nécessite-t-elle une protection procédurale particulière ?.....	43
III.	Une PME peut-elle être qualifiée de consommateur ?.....	45
	A. L'avènement du droit de la consommation et les objectifs poursuivis.....	45
	B. Les mesures protectrices du consommateur en droit procédural.....	46
	1. En droit procédural interne.....	47
	2. En droit international privé.....	48
	a) La protection du consommateur par les règles de compétence internationale.....	48
	b) La protection du consommateur par les règles de conflit de lois.....	50
	c) La protection du consommateur par les règles de reconnaissance et d'exequatur.....	52
	3. L'intérêt d'appliquer les règles procédurales protectrices du consommateur à la PME utilisatrice.....	53
C.	L'impossibilité de qualifier une PME de consommateur.....	54
	1. En général.....	54
	2. En droit procédural	55
	a) La problématique de la personne morale.....	56
	b) La problématique de l'activité commerciale.....	57

IV. Les solutions envisageables pour offrir une protection procédurale à la PME utilisatrice	58
A. L'élargissement du champ d'application des mesures protectrices du consommateur	58
B. L'avènement d'un nouveau droit	59
C. La protection par l'art. 8 LCD	59
V. Conclusion	60

I. Introduction

Les réseaux sociaux ont gagné une place centrale dans nos sociétés et sont désormais omniprésents. Les plus populaires d'entre eux sont devenus des mastodontes, occupant une place dominante dans leurs marchés respectifs, leur permettant d'imposer leurs conditions et leur volonté à leurs utilisateurs. Ces derniers se lient contractuellement au réseau social par adhésion à des conditions générales d'utilisation ou des politiques d'utilisation, d'un clic et sans qu'une réelle négociation contractuelle ne puisse prendre place.

Dans ces circonstances, la position de faiblesse de l'utilisateur face à la plateforme est indubitable, et est en partie compensée par le droit de la consommation¹ et les diverses protections qu'il fournit au consommateur, en l'espèce l'utilisateur. Notamment, en cas de litige entre le réseau social et l'utilisateur, certaines normes de procédure avantagent ce dernier pour pallier l'asymétrie économique, juridique et informationnelle au profit de la plateforme.

Mais qu'en est-il lorsque l'utilisateur n'est pas une personne physique, mais une personne morale, par exemple une PME² ? Ces entreprises de petite taille représentent une part prépondérante du tissu économique, notamment en Suisse³. L'omniprésence des réseaux sociaux dans la vie de chacun n'épargne

¹ Notons que le terme de « droit de la consommation » en droit suisse est imprécis et potentiellement quelque peu trompeur. Il n'existe pas de droit de la consommation proprement dit, mais seulement des protections éparses sans définition claire et transversale. Il serait plus juste de parler de « normes protectrices du consommateur » par exemple. La désignation « droit de la consommation » reste toutefois utilisée pour alléger le texte, quand bien même il convient de garder à l'esprit qu'il s'agit d'un raccourci peu précis.

² Le terme « PME » désigne les « petites et moyennes entreprises ». Il s'agit d'entreprises comptant moins de 250 employés (www.kmu.admin.ch/kmu/fr/home/faits-et-tendances/politique-pme-faits-et-chiffres.html, consulté le 31.8.2022).

³ Les PME forment plus de 99 % des entreprises et génèrent deux tiers des emplois en Suisse (www.kmu.admin.ch/kmu/fr/home/faits-et-tendances/politique-pme-faits-et-chiffres/chiffres-sur-les-pme/entreprises-et-emplois.html, consulté le 31.8.2022).

pas les PME : la plupart de celles-ci ont des comptes d'utilisateur sur ces nouveaux médias, que cela soit purement à des fins publicitaires ou pour informer leur clientèle ou même contracter avec elle. Existe-t-il alors le même déséquilibre, et donc le même besoin de protection, dans la relation entre la plateforme et l'utilisateur que lorsque celui-ci est une personne physique ? Si oui, les règles protectrices du consommateur peuvent-elles s'appliquer à une PME dans le cadre de son activité commerciale, ou faut-il trouver une solution alternative ?

Nous présenterons l'environnement dans lequel le contrat d'utilisation entre une PME et un réseau social naît, pour nous poser la question de la nécessité d'une protection procédurale, avant d'analyser la possibilité d'appliquer les protections du consommateur à une PME en litige avec le réseau social dont elle est utilisatrice ainsi que les potentielles alternatives à cette protection particulière.

II. Les particularités de la relation juridique entre une PME utilisatrice et un réseau social

A. Les relations juridiques nouées entre un réseau social et ses utilisateurs

Qualifier précisément la relation liant l'utilisateur et le réseau social n'est pas une tâche aisée, en raison principalement de l'hétérogénéité des réseaux sociaux existants ainsi que de l'absence de contrat nommé comprenant les caractéristiques particulières du contrat d'utilisation. Il est nécessaire d'esquisser les contours juridiques de ce lien, sans pour autant entrer dans les détails, afin de pouvoir appréhender les questions de protection procédurale. Pour notre propos, il est suffisant de dire que l'utilisateur et le réseau social s'unissent par un contrat, sans réelle négociation quant à ses clauses – on parle alors de contrat d'adhésion⁴ –, dont les droits et obligations sont principalement explicités dans les conditions générales auxquelles adhère l'utilisateur⁵.

Ces droits et obligations sont difficiles à énumérer clairement et exhaustivement, notamment de par le flou entretenu par les plateformes quant à l'existence même d'un contrat⁶ et donc d'obligations incombant au réseau social. On

⁴ P. PICHONNAZ, in V. MARTENET/P. PICHONNAZ (édit.), *Loi contre la concurrence déloyale, Commentaire Romand*, Bâle 2017, art. 8, N 3.

⁵ Ces conditions générales connaissent diverses dénominations en fonction des plateformes, et sont en général acceptées d'un clic, moment auquel le contrat est conclu.

⁶ Les conditions générales sont présentées sous le nom de « conditions d'utilisation », de « politique de confidentialité » ou de « charte d'utilisation », mais jamais le terme de contrat n'est utilisé. L'existence même du contrat n'est pas évidente pour un utilisateur

peut voir une fourniture de services dans le fait que le réseau offre différents lots d'informations à ses utilisateurs. Toutefois, le contenu en lui-même est rarement créé par le réseau, mais plutôt par d'autres utilisateurs. Ceux-ci se mueraient donc également en fournisseurs de services, tout en restant alternativement consommateurs de contenus fournis par d'autres utilisateurs. Le réseau social pourrait ainsi n'être qualifié que de plateforme d'intermédiation classique, mettant en relation un fournisseur et un client. Le seul service fourni par le réseau social serait donc de filtrer, trier, conseiller et fluidifier le contenu proposé par les utilisateurs. La qualification de contrat de services n'est pas retenue par tous les auteurs, certains préférant qualifier le contrat entre utilisateur et réseau social de contrat de licence d'utilisation de la plateforme⁷.

Indépendamment de la qualification retenue, il est largement admis que l'utilisateur est un consommateur, bénéficiant ainsi des diverses protections offertes par le droit de la consommation, notamment procéduralement, en cas de survenance d'un litige entre le réseau et l'utilisateur⁸. À titre d'exemple, un tel litige pourrait porter sur le non-respect des normes relatives à la protection des données, la contestation d'un bannissement ou, dans le sens inverse, l'utilisation non conforme du réseau social.

peu familier du droit, et on peut y voir une volonté des plateformes de passer sous silence l'existence d'obligations réciproques, n'évoquant que les devoirs de l'utilisateur. En ce sens, voir N. MARTIAL-BRAZ, « Le droit des contrats à l'épreuve des géants d'Internet », in M. BEHAR-TOUCHAIS (édit.), *L'effectivité du droit face à la puissance des géants de l'Internet*, vol. 1, Paris 2015, p. 61 ss ; A.-C. FORNAGE, « Les plateformes en ligne et la protection des consommateurs », in P. PICHONNAZ/F. WERRO (édit.), *La place du consommateur au quotidien*, Genève/Zurich 2022, p. 175.

⁷ S. ANTREASIAN, *Réseaux sociaux et mondes virtuels : contrat d'utilisation et aspects de propriété intellectuelle*, thèse, Genève 2016, p. 47 ss. Notons que cette qualification est moins anodine qu'elle n'y paraît, car elle pourrait entraîner l'application des normes de droit international privé relatives aux contrats en matière de propriété intellectuelle, notamment l'art. 122 LDIP. En ce sens, voir B. DUTOIT/A. BONOMI, *Droit international privé suisse, Commentaire*, 6^e éd., Bâle 2022, art. 122, N 10.

⁸ Le fameux arrêt Schrems de la CJUE qualifie l'utilisateur Max Schrems de consommateur, sans analyser la question en profondeur, témoignant de l'absence de débat sur ce point : CJUE 25.1.2018, C-498/16, Schrems. En doctrine, voir notamment S. MARCHAND, « Commerce électronique : la manifestation de volonté au bout du doigt », in B. CARRON/C. MÜLLER (édit.), *Droits de la consommation et de la distribution : les nouveaux défis*, Neuchâtel 2013, N 21 ss. Enfin, les conditions d'utilisation des plateformes elles-mêmes utilisent le terme de consommateur ; voir « conditions de service » de Facebook, 4. Litiges (<https://fr-fr.facebook.com/terms>, consulté le 31.8.2022).

B. Une PME utilisatrice nécessite-t-elle une protection procédurale particulière ?

Il est indubitable que l'utilisateur lambda d'un réseau social se trouve dans une position de faiblesse vis-à-vis de la plateforme, de par l'asymétrie des pouvoirs entre ces deux acteurs. On constate un déséquilibre dans les informations à sa disposition, mais surtout une différence de pouvoir économique frappante. On peut y ajouter une position quasi monopolistique des réseaux sociaux⁹ au vu du petit nombre de plateformes à succès, ce qui pousse les individus à en devenir utilisateurs. Cette position de faiblesse justifie une protection particulière, notamment par les règles procédurales, pour éviter des situations trop insatisfaisantes.

Mais qu'en est-il d'une PME utilisatrice ? Sa situation est-elle assimilable à celle d'une personne physique qui peut être qualifiée de consommateur ? Un coach sportif faisant sa promotion sur Instagram, un physiothérapeute agendant ses rendez-vous via Facebook, ou la petite société gérant une page Twitter ou LinkedIn, n'ont-ils pas également un rapport déséquilibré face aux géants du numérique ? Ont-ils réellement le choix de ne pas contracter ? Peuvent-ils négocier individuellement les clauses les liant au réseau social en question ? Ont-ils des moyens financiers suffisants pour supporter une procédure judiciaire, potentiellement à l'étranger et en application d'un droit qui ne leur est pas familier ? À notre avis, la réponse est généralement la même que pour les personnes physiques. La PME est dans une position largement défavorable face au réseau social et mérite une protection particulière afin de ne pas se trouver dépourvue face au pouvoir des géants de l'Internet¹⁰.

Reste encore la question de l'utilité pratique d'offrir une protection particulière aux PME en matière procédurale. Prenons l'exemple du réseau social Facebook¹¹ : une lecture rapide des « conditions de service » pourrait laisser croire qu'il est inutile de chercher à garantir des protections procédurales pour une PME, car ce texte prévoit que :

⁹ Au sujet de la domination des Big Tech, voir N. PETIT, *Big tech and the digital economy : the moligopoly scenario*, Oxford 2020.

¹⁰ Plus largement, mettant en lumière le déséquilibre pouvant exister entre une PME et un cocontractant professionnel, voir D. HUG, *La formation du contrat de consommation*, thèse Neuchâtel, 2020, N 2185.

¹¹ Géré par la société Meta, dont le siège européen se trouve à Dublin, en Irlande.

« Si une réclamation ou un litige découle de votre utilisation des Produits Meta en tant que consommateur ou s’y rapporte, vous et nous acceptons que vous puissiez résoudre votre réclamation ou litige individuel(le) contre nous, et que nous puissions résoudre notre réclamation ou litige contre vous, devant n’importe quel tribunal compétent pour votre réclamation ou litige dans le pays de votre résidence principale, et que les lois de ce pays s’appliqueront sans égard aux dispositions en matière de conflits de lois. »¹²

On s’aperçoit que le réseau lui-même qualifie l’utilisateur de consommateur et qu’il cherche à respecter le droit de la consommation, en accordant le for du domicile du consommateur ainsi que l’application du droit de cet État.

Toutefois, ces conditions générales – qui sont intégrées au contrat liant l’utilisateur et la plateforme – précisent par la suite que :

« Si une réclamation ou un litige qui survient entre nous se rapporte à l’utilisation des Produits Meta à tout autre titre, y compris, mais sans s’y limiter, à l’accès à ou à l’utilisation des Produits Meta à des fins professionnelles ou commerciales [...], vous acceptez que cette réclamation ou ce litige soit résolu devant les tribunaux compétents en Irlande et que la loi irlandaise s’appliquera à une telle réclamation ou à un tel litige sans égard aux dispositions en matière de conflits de lois. »¹³

On découvre ainsi une prorogation de for en faveur des tribunaux irlandais doublée d’une élection du droit irlandais en cas d’utilisation du réseau social à des fins professionnelles ou commerciales. Le cas des PME entre clairement dans cette partie de la clause. On s’aperçoit donc que la PME n’est pas logée à la même enseigne que la personne physique utilisatrice à des fins privées.

Il ne nous semble pas évident que le besoin de protection doive être refusé simplement parce que l’utilisateur utilise le réseau social dans le cadre d’une activité professionnelle ou commerciale. Nous considérons qu’une situation excessivement différente existerait entre des cas somme toute similaires en l’absence d’une intervention protectrice du droit.

¹² « Conditions de service » de Facebook, 4. Litiges (<https://fr-fr.facebook.com/terms>), consulté le 31.8.2022).

¹³ *Ibid.*

III. Une PME peut-elle être qualifiée de consommateur ?

La première piste à explorer pour offrir une protection juridique particulière à une PME utilisatrice d’un réseau social est celle des règles protectrices du consommateur, étant donné qu’elles protègent de manière relativement satisfaisante les utilisateurs étant des personnes physiques et qu’il s’agit d’un système élaboré pour protéger la partie faible dans un rapport déséquilibré. Nous analyserons donc la possibilité d’appliquer ces dispositions protectrices du consommateur prévues par le droit suisse au cas de la PME utilisatrice en litige avec le réseau social.

A. L’avènement du droit de la consommation et les objectifs poursuivis

Au cours du XX^e siècle, les rapports entre les clients et les entreprises se sont modifiés profondément. Au vu de la croissance exponentielle des entreprises, force est de constater que les rapports de force dans une relation contractuelle ne correspondent souvent plus à l’idée originelle du Code des obligations. En effet, ce dernier part du principe que tout contrat est négocié, dans un échange entre deux parties ayant une force économique similaire et ne contractant que si les conditions leur semblent acceptables, de manière égoïste. On parle d’autonomie des parties, menant à la notion de liberté contractuelle. Basée sur une vision libérale de la société, inspirée par les idées d’Adam Smith, cette conception de base du droit des contrats devait permettre des accords favorisant l’intérêt public par l’addition de conditions individuelles acceptées par chacune des parties¹⁴.

Toutefois, l’avènement de grandes entreprises fournissant une grande quantité de prestations à une grande quantité de clients est à l’origine d’une prolifération d’accords contractuels aux clauses non négociées. Ce changement de paradigme dans la relation contractuelle a pour effet que les postulats de base sont devenus partiellement obsolètes, donnant naissance au droit de la consommation dans les années 60 et 70¹⁵. Celui-ci a pour objectif de protéger le client face aux risques de la consommation de masse : le déséquilibre économique et de pouvoir entre l’entreprise et le consommateur donnant lieu à une asymétrie dans la négociation contractuelle¹⁶, le marketing et les pratiques commerciales

¹⁴ Pour le paragraphe, voir S. MARCHAND, *Droit de la consommation*, Genève/Zurich/Bâle 2012, p. 1.

¹⁵ P. PICHONNAZ, in V. MARTENET/J. DUBÉY (édit.), *Constitution fédérale, Art. 81 Cst. – dispositions finales*, Bâle 2021, art. 97, N 2.

¹⁶ P. PICHONNAZ (n. 15), art. 97, N 6 ; G. BIAGGINI, *Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft, Kommentar*, Zurich 2007, art. 97, N 4.

déloyales altérant l'autonomie de la volonté, ou encore l'ignorance de ses droits par le consommateur doublée de son manque de moyens économiques empêchant un accès à la justice, pour ne citer que ces risques.

Le droit de la consommation est un droit pluridisciplinaire et transversal, ses normes pouvant ressortir tant du droit matériel que du droit formel¹⁷. La protection du consommateur est même ancrée au rang constitutionnel, explicitement prévue à l'art. 97 Cst¹⁸. Pour chercher à résoudre les problématiques évoquées, on trouve ainsi des normes de droit des obligations prévoyant un régime impératif interdisant certains comportements dans la négociation du contrat ou dans le contenu des clauses de ce dernier ; de droit de la concurrence, obligeant les professionnels à respecter l'établissement d'une libre concurrence, cette dernière conduisant à une baisse des prix qui profite au consommateur ; de droit pénal, punissant le fournisseur pour des comportements dolosifs, trompant le consommateur ; ou de droit judiciaire, facilitant l'accès à la justice du consommateur.

Ainsi, on trouve les sources légales du droit de la consommation disséminées au travers de la législation, par exemple dans le Code des obligations¹⁹, dans la Loi sur la sécurité des produits²⁰ ou dans la Loi contre la concurrence déloyale²¹ en ce qui concerne le droit matériel, et dans le Code de procédure civile²² ou dans la Loi sur le droit international privé²³ en ce qui concerne l'aspect procédural, lequel nous retiendra dans le cadre de la présente contribution.

B. Les mesures protectrices du consommateur en droit procédural

Avant de définir la notion de consommateur ainsi que celle de consommation, exposons les règles protectrices elles-mêmes, pour déterminer quelle serait la protection dont bénéficierait une PME se voyant octroyer le statut de consommateur. En matière de procédure, différentes normes s'appliquent en fonction du cas d'espèce.

¹⁷ D. HUG (n. 10), N 170.

¹⁸ Constitution fédérale de la Confédération suisse (Cst.) du 18 avril 1999, RS 101.

¹⁹ Loi fédérale complétant le Code civil suisse, Livre cinquième : Droit des obligations (CO) du 30 mars 1911, RS 220.

²⁰ Loi fédérale sur la sécurité des produits (LSPro) du 12 juin 2009, RS 930.11.

²¹ Loi fédérale contre la concurrence déloyale (LCD) du 19 décembre 1986, RS 241.

²² Code de procédure civile (CPC) du 19 décembre 2008, RS 272.

²³ Loi fédérale sur le droit international privé (LDIP) du 18 décembre 1987, RS 291.

1. En droit procédural interne

En procédure interne suisse, le Code de procédure civile prévoit à son art. 32 al. 2 un accès facilité à la justice en faveur du consommateur, en désignant un for au domicile ou au siège de l'une des parties lorsque l'action est intentée par le consommateur, et au domicile du défendeur lorsque l'action est intentée par le fournisseur. De plus, ces fors sont semi-impératifs en ce sens qu'ils ne peuvent être ni écartés préalablement à la survenance du litige, ni par acceptation tacite²⁴.

On peut également mentionner l'art. 243 al. 1 CPC qui prévoit que les affaires patrimoniales ne dépassant pas la valeur litigieuse de CHF 30'000.– sont soumises à la procédure simplifiée. Cette procédure répond au mandat fait par le constituant au législateur fédéral²⁵ de prévoir une procédure rapide et facile pour les litiges à faible valeur litigieuse²⁶. S'y ajoute la procédure sommaire pour les cas clairs, prévue à l'art. 248 let. b CPC. Peuvent également être mentionnés les art. 210 et 212 CPC, simplifiant les procédures et donc l'accès à la justice du consommateur²⁷.

Notons toutefois la faible probabilité de rencontrer un cas de litige entre un réseau social et un utilisateur auquel s'appliqueraient les normes de for du CPC. Les réseaux sociaux que l'on connaît ont tous leur siège régional en Irlande²⁸, notamment pour des raisons fiscales, ce qui implique qu'il existera en principe un élément d'extranéité dans ce type d'actions judiciaires. Ainsi, à moins qu'un réseau social suisse émerge ou que la Confédération oblige dans le futur les plateformes déjà existantes à se doter d'un siège en Suisse, il est difficilement imaginable que ce type de litige puisse être purement interne.

²⁴ En vertu de l'art. 35 al. 1 let. a CPC. Voir ég. J. HALDY, in F. BOHNET *et al.* (édit.), *Code de procédure civile, Commentaire Romand*, 2^e éd., Bâle 2019, art. 32, N 2 ; F. BOHNET, *Procédure civile*, 3^e éd., Bâle 2021, N 323, p. 89.

²⁵ Indirectement, car le texte de l'art. 97 Cst. imposait ce devoir aux cantons, mais la réforme de la procédure civile suisse a confié cette tâche à la Confédération. Pour des développements, voir en ce sens S. MARCHAND (n. 14), p. 295 s.

²⁶ Art. 97 al. 3 Cst.

²⁷ Ces dispositions permettent de demander à l'autorité de conciliation de décider ou de proposer un jugement pour des litiges à très faible valeur litigieuse.

²⁸ Notamment Twitter International Unlimited Company dont le siège social est sis à Dublin, Irlande, pour le réseau social Twitter ; Meta Platforms Ireland Limited dont le siège social est sis à Dublin, Irlande, pour les réseaux sociaux Facebook et Instagram ; TikTok Technology Limited dont le siège est sis à Dublin, Irlande, pour le réseau social TikTok.

2. *En droit international privé*

Dès lors qu'une affaire relevant du droit privé présente un élément d'extranéité, les normes de droit international privé trouvent application.

Sur Internet, la grande majorité des relations ont une composante internationale, cet environnement ne connaissant que peu les notions de frontières et de territorialité. Le cas étudié par la présente contribution comprend une PME ayant un siège en Suisse opposée à un réseau social dont le siège se trouve vraisemblablement en Irlande. La condition d'extranéité est donc bien remplie.

En droit international privé, il existe des règles protectrices du consommateur notamment dans le domaine contractuel. Nous nous intéressons dans cette contribution à ces normes spéciales, en examinant les litiges de nature contractuelle découlant du contrat d'utilisation conclu entre la PME utilisatrice et le réseau social, ou du moins les litiges qui y sont liés.

Nous étudierons les règles protectrices prévues pour la compétence des tribunaux, le droit applicable, ainsi que la reconnaissance et l'exécution des décisions étrangères, afin de nous interroger sur l'utilité de chercher à appliquer ces règles au cas des PME utilisatrices d'un réseau social.

a) **La protection du consommateur par les règles de compétence internationale**

En matière de règles de conflit de compétences, lorsqu'un juge suisse est saisi, la Convention de Lugano²⁹ est applicable si le défendeur est domicilié dans un État lié par cette convention³⁰, en vertu des art. 3 et 4 de celle-ci³¹. La Convention de Lugano peut également être appliquée par un juge européen, si le défendeur est domicilié dans un État contractant qui n'est pas membre de l'Union européenne (en Suisse, par exemple), en vertu de l'art. 64 par. 2 CL³².

²⁹ Convention concernant la compétence judiciaire, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale du 30 octobre 2007 (Convention de Lugano, CL), RS 0.275.12.

³⁰ Les États contractants sont la Suisse, les États membres de l'Union européenne, l'Islande, la Norvège et le Danemark. Il s'agit du cas le plus probable dans la constellation qui nous intéresse, c'est-à-dire lorsqu'une PME utilisatrice ayant son siège en Suisse s'oppose à un réseau social dont le siège se trouve en Irlande.

³¹ Dans le cas d'une PME ayant son siège en Suisse et d'un réseau social ayant son siège en Irlande, cette condition sera remplie, indépendamment de la partie demanderesse, respectivement défenderesse.

³² Dans notre cas d'étude, cette situation pourrait se présenter si un juge irlandais était saisi par le réseau social, agissant en tant que demandeur, et attaquant la PME avec un siège en Suisse.

Si le défendeur a sa résidence habituelle dans un État membre de l'Union européenne et qu'un juge européen est saisi, c'est le Règlement Bruxelles I^{bis} qu'il appliquera³³, dont le contenu est sensiblement le même que celui de la Convention de Lugano³⁴. Enfin, le juge suisse appliquera la Loi sur le droit international privé pour déterminer sa compétence si le défendeur n'est pas domicilié dans un État contractant de la Convention de Lugano³⁵.

Les règles protectrices de la Convention de Lugano s'appliquent lorsque le contrat considéré peut être qualifié de contrat conclu avec un consommateur au sens de l'art. 15 par. 1 CL. Cette disposition vise, en premier lieu, les contrats de vente ou de prêt à tempérament, qui sortent du cadre de la présente contribution. Elle vise, en second lieu, un contrat qui est conclu par « une personne, le consommateur, pour un usage pouvant être considéré comme étranger à son activité professionnelle » avec une autre personne « qui exerce des activités commerciales ou professionnelles dans l'État membre sur le territoire duquel le consommateur a son domicile ou qui, par tout moyen, dirige ces activités vers cet État membre ou vers plusieurs États, dont cet État membre, et que le contrat entre dans le cadre de ces activités ».

La Convention de Lugano – à l'instar du Règlement Bruxelles I^{bis} et de la Loi sur le droit international privé³⁶ – restreint la possibilité des parties à un contrat conclu avec un consommateur d'élire un for conventionnellement. Une prorogation de for n'est autorisée qu'à certaines conditions énoncées à l'art. 17 CL, dérogeant au régime général de l'art. 23 CL³⁷. L'élection de for n'est valable que si elle est faite après la survenance du litige (ch. 1), ou si elle permet

³³ Règlement (UE) n° 1215/2012 du 12 décembre 2012 concernant la compétence judiciaire, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale (JOUE L 351/1 du 20.12.2012). Pour que ce texte trouve application dans la situation étudiée par la présente contribution, il faudrait que la PME, en tant que demanderesse, décide d'agir devant un tribunal européen, vraisemblablement en Irlande.

³⁴ Il existe quelques légères différences entre ces textes, notamment le Règlement Bruxelles I^{bis} offre au consommateur un for à son domicile dans un État membre de l'Union européenne même lorsqu'il agit contre un fournisseur domicilié dans un État tiers (art. 18 par. 1 du Règlement Bruxelles I^{bis}). Toutefois, cette spécificité ne pourrait s'appliquer dans notre cas que si la PME avait son siège dans un État membre et agissait, devant un tribunal européen, contre un réseau social dont le siège se trouverait dans un État non membre (par exemple, aux États-Unis). Nous n'étudierons pas cette question en détail, au vu de l'exception que cela supposerait.

³⁵ Comme déjà exposé, cette situation serait difficilement imaginable en pratique aujourd'hui, étant donné les sièges irlandais des entreprises gérant les réseaux sociaux populaires. Toutefois, si de telles filiales régionales n'existaient pas, la Loi sur le droit international privé s'appliquerait au vu des origines étasuniennes ou chinoises des grands groupes gérant les réseaux sociaux connus.

³⁶ Respectivement art. 19 du Règlement Bruxelles I^{bis} et art. 114 al. 2 LDIP.

³⁷ Disposition équivalant à l'art. 25 du Règlement Bruxelles I^{bis}.

d'attribuer compétence à des juridictions supplémentaires en faveur du consommateur (ch. 2), ou enfin, dans le cas où les deux parties sont domiciliées dans le même État au moment de la conclusion du contrat, si elle attribue compétence aux tribunaux de cet État mais uniquement à condition que la loi de celui-ci autorise de telles conventions (ch. 3). Dans le cas qui nous intéresse, cette restriction quant aux possibilités de faire une élection de for pourrait intervenir principalement lorsque le for est désigné dans les conditions générales des réseaux sociaux.

Un tribunal suisse saisi sur la base d'une élection de for convenue entre un consommateur domicilié en Suisse et une plateforme dont le siège se trouve en Irlande appliquera la Convention de Lugano pour vérifier la validité de la clause d'élection de for, raison pour laquelle nous ne nous attardons pas sur l'application de l'art. 114 al. 2 LDIP dans ce contexte.

Des fors protecteurs spécifiques sont établis par la Convention de Lugano. Lorsque le consommateur est demandeur à l'action, il peut agir soit devant les tribunaux de son domicile, soit devant ceux du domicile de son cocontractant (art. 16 par. 1 CL). Lorsque le consommateur est défendeur, il ne peut être attiré que devant les tribunaux de son propre domicile (art. 16 par. 2 CL).

Ces règles s'appliquent dans le cas qui nous intéresse où les deux parties sont domiciliées dans un État contractant de la Convention de Lugano. Il n'est donc pas nécessaire de s'attarder sur l'art. 114 al. 1 LDIP dont le champ d'application est limité au cas où le défendeur n'est pas domicilié dans un État lié par la Convention de Lugano.

En pratique, le consommateur se questionnera quant à l'opportunité d'agir ou de se défendre devant une juridiction plutôt qu'une autre, en analysant notamment si le droit applicable peut varier, où les règles de procédure lui sont le plus favorables, quels coûts supplémentaires pourraient être occasionnés par une procédure dans un autre État, ou quelles divergences d'interprétation du droit matériel pourraient exister. Ces questions relèvent de la stratégie judiciaire de la partie, et sont intimement liées au cas d'espèce. En fonction des réponses, le consommateur pourra se servir des dispositions protectrices que nous avons présentées pour déterminer, par exemple, devant quel tribunal agir lorsque plusieurs fors sont ouverts, s'il veut contester la compétence du tribunal saisi, ou s'il accepte tacitement un for lui étant plus favorable. Dans tous les cas, les règles protectrices garantissent au consommateur le for de son domicile.

b) La protection du consommateur par les règles de conflit de lois

C'est la Loi sur le droit international privé qui détermine le droit applicable à un litige entre un utilisateur domicilié en Suisse et un réseau social

dont le siège est situé en Irlande, si un tribunal suisse est saisi du litige³⁸. Si un juge européen est saisi, le Règlement Rome I³⁹ est déterminant pour le droit applicable.

L'art. 120 LDIP est une règle spéciale qui s'applique lorsque le contrat peut être qualifié de contrat conclu avec un consommateur au sens de la Loi sur le droit international privé. Tel est le cas des « contrats portant sur une prestation de consommation courante destinée à un usage personnel ou familial du consommateur et qui n'est pas en rapport avec l'activité professionnelle ou commerciale du consommateur » si le fournisseur a reçu la commande dans l'État de la résidence habituelle du consommateur, si le contrat est le fruit d'un démarchage publicitaire sur le territoire de cet État, ou si le consommateur a été incité par le fournisseur à se rendre à l'étranger pour contracter (al. 1). En vertu de l'art. 120 al. 1 LDIP, un contrat conclu avec un consommateur est régi par le droit de l'État de la résidence habituelle du consommateur.

Les solutions apportées par le Règlement Rome I sont très similaires à celles apportées par la loi suisse⁴⁰. Le contrat conclu avec un consommateur y est défini comme « un contrat conclu par une personne physique (ci-après « le consommateur »), pour un usage pouvant être considéré comme étranger à son activité professionnelle, avec une autre personne (ci-après « le professionnel »), agissant dans l'exercice de son activité professionnelle » et qui « exerce son activité professionnelle dans le pays dans lequel le consommateur a sa résidence habituelle, ou par tout moyen, dirige cette activité vers ce pays ou vers plusieurs pays, dont celui-ci », à condition que le contrat rentre dans le cadre de cette activité (art. 6 par. 1). Le contrat conclu avec un consommateur est régi par le droit de l'État de sa résidence habituelle selon l'art. 6 par. 1 du Règlement Rome I.

Le droit international privé suisse et celui européen désignent donc tous deux le même droit, dans le cas d'un consommateur domicilié en Suisse en litige avec un réseau social dont le siège se trouve en Irlande, c'est-à-dire le droit suisse. Il est donc égal que le consommateur choisisse d'agir devant un tribunal suisse ou irlandais. Si son choix se porte sur un tribunal suisse, ce qui est vraisemblable, le juge chargé du litige appliquera son propre droit national. En outre, le consommateur pourra plaider dans sa propre langue et évitera des frais de déplacement ainsi que la recherche de conseils juridiques à l'étranger.

³⁸ Notons qu'indépendamment des domiciles respectifs des parties, le juge suisse cherche le droit applicable au moyen des normes de la Loi sur le droit international privé. Ceci implique que les mêmes règles s'appliqueraient, même si le réseau social concerné n'avait pas de siège dans l'Union européenne.

³⁹ Règlement (CE) n° 593/2008 du 17 juin 2008 sur la loi applicable aux obligations contractuelles (JOUE L 177/6 du 4.7.2008).

⁴⁰ B. DUTOIT/A. BONOMI (n. 7), art. 120, N 19.

Il existe cependant une différence sensible entre le régime suisse et le régime européen en lien avec la possibilité de faire une élection de droit. Celle-ci est en effet clairement exclue – et donc cas échéant non valable – en droit suisse (art. 120 al. 2 LDIP), alors qu'elle est autorisée, à certaines conditions, en droit européen. Toutefois, quand bien même l'art. 6 par. 2 du Règlement Rome I permet de désigner un autre droit que celui de l'État de la résidence habituelle du consommateur, une telle élection de droit ne peut pas priver le consommateur de la protection offerte par les règles impératives du droit de son État de résidence habituelle. Un juge irlandais pourrait donc considérer qu'une élection de droit en faveur du droit irlandais (ou tout autre droit, par exemple celui d'un État américain) est valable, tout en veillant à appliquer les règles de droit impératives du droit suisse de la consommation si elles sont plus favorables au consommateur.

c) La protection du consommateur par les règles de reconnaissance et d'exequatur

Concernant la reconnaissance et l'exequatur de décisions étrangères en Suisse, l'art. 149 LDIP précise que les décisions rendues dans l'État du domicile ou de la résidence habituelle du défendeur (al. 1), ainsi que celles rendues dans l'État du domicile ou de la résidence habituelle du consommateur lorsqu'il s'agit d'un contrat conclu avec un consommateur au sens de l'art. 120 LDIP (al. 2 let. b) pourront être reconnues et exécutées en Suisse si les autres conditions figurant aux art. 25 ss LDIP sont remplies.

Si la décision provient d'un État contractant de la Convention de Lugano (par exemple, l'Irlande), elle ne sera reconnue et exécutée en Suisse que si elle a été rendue dans l'État du domicile du consommateur si celui-ci était défendeur à l'action, respectivement dans l'État du domicile du professionnel ou dans celui du domicile du consommateur si ce dernier était demandeur à l'action. Il s'agit d'un des rares cas où la compétence du tribunal qui a rendu la décision est vérifiée dans le cadre de la procédure de reconnaissance et d'exequatur lorsque la Convention de Lugano est applicable (art. 35 par. 1 CL). Les fors de l'art. 16 CL doivent dès lors être respectés. En cas de prorogation de compétence, les conditions spéciales fixées à l'art. 17 CL doivent être remplies pour qu'une décision rendue au for choisi puisse être reconnue et exécutée dans les autres États contractants de la Convention de Lugano. Une décision irlandaise, notamment, sera soumise à ce régime lors de sa reconnaissance et de son exécution en Suisse, et vice versa.

3. L'intérêt d'appliquer les règles procédurales protectrices du consommateur à la PME utilisatrice

Dans le contexte de la relation juridique entre un réseau social et un utilisateur, les règles protectrices en matière de compétence internationale empêchent notamment le réseau social d'imposer une prorogation de for, obligeant par exemple l'utilisateur à agir en Irlande⁴¹. En outre, ces règles permettent à l'utilisateur d'avoir toujours la possibilité d'agir au for de son domicile et évitent qu'il se retrouve attiré ailleurs que devant le for de son domicile. Cette situation est nettement plus favorable au consommateur que les règles de compétence internationale généralement applicables aux litiges en matière contractuelle.

À l'instar des règles relatives aux fors, la protection en matière de droit applicable est plus grande pour le consommateur que dans le régime général des contrats, car celui-ci pourra profiter des règles protectrices du droit de la consommation de son État de résidence habituelle, d'une part, et éviter l'application d'un autre droit qui serait désigné par élection de droit, d'autre part. L'exclusion de la possibilité de faire une élection de droit évite que les conditions générales du réseau social imposent l'application d'un droit n'allant potentiellement pas dans le sens des intérêts de l'utilisateur⁴². L'application du droit de la résidence habituelle du consommateur permet à celui-ci d'être jugé sur la base d'un droit qui lui est familier, indépendamment du for et des spécificités du cas d'espèce.

Notons enfin que les dispositions spéciales concernant la reconnaissance et l'exequatur des décisions étrangères complètent efficacement la protection du consommateur et constituent, en quelque sorte, un dernier recours protecteur.

Les protections procédurales offertes par les règles de droit international privé pourraient sans aucun doute servir l'objectif de réduire le déséquilibre existant entre une PME utilisatrice d'un réseau social et ce dernier. En effet, cela restreindrait la possibilité de désavantager les PME, notamment en interdisant les élections de for et de droit existant dans la plupart des conditions d'utilisation s'appliquant entre la PME et le réseau social⁴³ et, en outre, cela imposerait des fors et un droit applicable à la relation contractuelle plus favorables aux PME que le régime général en matière de contrats.

⁴¹ Ce que prévoient, par exemple, les conditions générales de Meta (Facebook et Instagram notamment) (cf. n. 12).

⁴² Une telle clause existe, comme pour le for, dans les conditions générales de Meta (cf. n. 12).

⁴³ Cf. pour le cas de Facebook par exemple : « Conditions de service » de Facebook, 4. Litiges (<https://fr-fr.facebook.com/terms>, consulté le 31.8.2022).

Mais encore faut-il que ces règles protectrices puissent s'appliquer, ce qui suppose qu'une PME utilisatrice d'un réseau social puisse être qualifiée de consommateur au sens de ces règles.

C. L'impossibilité de qualifier une PME de consommateur

Après avoir exposé les différentes protections procédurales dont peut bénéficier un consommateur dans une situation internationale, et de conclure que les règles protectrices relevant du droit international privé rempliraient vraisemblablement le but d'équilibrer le rapport de forces entre une PME utilisatrice et un réseau social, il est nécessaire de s'interroger quant à la possibilité d'appliquer ces normes à une PME, laquelle est une personne morale qui agit à des fins commerciales. Se pose donc la question du champ d'application personnel et matériel des normes protectrices du consommateur.

1. En général

Le droit suisse ne connaît pas de définition précise du droit de la consommation, mais fixe des conditions d'application des règles protectrices. Il faut que la relation contractuelle naisse entre un consommateur et un professionnel, ce premier contractant pour un usage personnel ou familial et ce second dans un cadre commercial. Le droit procédural ajoute certaines conditions supplémentaires.

La notion de prestation de consommation courante est exigée par la Loi sur le droit international privé⁴⁴. Quant à la relation contractuelle, le droit procédural pose comme condition qu'il existe un lien avec l'État de domicile du consommateur. Celui-ci doit, en vertu de l'art. 120 LDIP, soit avoir reçu la commande dans son État de domicile (al. 1), soit avoir conclu le contrat à la suite d'une offre ou d'une publicité reçue dans son État de domicile et avoir fait les démarches contractuelles depuis celui-ci (al. 2), soit enfin avoir été incité par le fournisseur à se rendre dans un autre État que le sien pour contracter (al. 3).

⁴⁴ Ceci est vrai uniquement en droit procédural suisse (art. 120 LDIP, mais aussi en procédure interne, cf. art. 32 al. 2 CPC), la Convention de Lugano ne reprenant pas cette notion de consommation courante. Pour des développements concernant cette notion, voir notamment S. MARCHAND (n. 14), p. 305 ; A. BONOMI/E. LEIN, « Grundfragen der Zuständigkeit und des anwendbaren Rechts », in H. HEISS/L. LOACKER (édit.), *Grundfragen des Konsumentenrechts*, Zurich/Bâle/Genève 2020, N 16.14 ss ; S. BETTSCHART, « Les difficultés de l'application de l'article 8 LCD », in CARRON/MÜLLER, *2^e Journée des droits de la consommation et de la distribution*, Bâle 2016, N 29.

Pour que ses règles spéciales protégeant le consommateur s'appliquent, la Convention de Lugano exige quant à elle – outre les cas de vente ou de prêt à tempérament – que le cocontractant du consommateur exerce une activité commerciale ou professionnelle sur le territoire de l'État de domicile du consommateur ou au moins qu'il dirige son activité vers cet État⁴⁵ (art. 15 par. 1 CL), par exemple par le biais d'offres émises dans cet État.

Parmi ces conditions, celle de la notion de consommateur, défini comme une personne contractant pour un usage personnel ou familial, est la plus problématique pour la question examinée dans la présente contribution, les autres points pouvant être facilement admis. Un réseau social est géré par une société, agissant indubitablement de manière professionnelle et dans un but commercial. L'utilisation d'un réseau social entre pleinement dans la notion de consommation courante, au vu de la démocratisation de ces plateformes auprès de tous, et les plateformes populaires ont toutes pour vocation de diriger leurs activités vers le marché le plus large possible, leurs activités pouvant ainsi être considérées comme étant dirigées vers la Suisse, notamment. La possibilité de choisir la langue ou d'accéder au contenu populaire propre au pays de l'utilisateur en témoigne.

2. En droit procédural

Il est tout d'abord intéressant de noter qu'en droit procédural, la notion de consommateur est plus étroite qu'en droit matériel⁴⁶. La notion de consommateur de la Loi sur le droit international privé exige une prestation de consommation courante destinée à un usage personnel ou familial s'inscrivant dans un contexte étranger à son activité professionnelle ou commerciale. La Convention de Lugano retient une notion similaire, sans exiger cependant la condition de la prestation de consommation courante. Pour sa part, le droit matériel se fonde sur le déséquilibre structurel entre les parties pour justifier l'application de ses règles protectrices du consommateur⁴⁷. Ceci entraîne certaines situations surprenantes – et peu satisfaisantes – dans lesquelles une partie peut

⁴⁵ La notion d'« activité dirigée » est évidemment relative uniquement aux normes de droit international privé (LDIP et CL), seul cadre dans lequel ces caractéristiques transfrontalières peuvent exister. Pour des développements concernant la notion d'« activité dirigée », voir notamment S. MARCHAND (n. 8), N 27 ss ; BONOMI/LEIN (n. 44), N 16.48 ss.

⁴⁶ P. PICHONNAZ (n. 15), art. 97, N 11 ; D. HUG, « Le consommateur en procédure civile suisse », *RJN* 2018, p. 29. Contra : A.-C. FORNAGE (n. 6), p. 177 ; N. SAUPHANOR-BROUILLAUD/C. AUBERT DE VINCELLES/G. BRUNAU/USUNIER, *Les contrats de consommation – Règles communes*, 2^e éd., Issy-les-Moulineaux 2018, N 204.

⁴⁷ Concernant la distinction entre droit matériel et procédural quant à la notion de consommateur, voir notamment P. PICHONNAZ, « Quelques nouveautés liées aux

être considérée comme un consommateur d'un point de vue matériel, lui permettant par exemple de bénéficier d'une protection spéciale quant à la formation du contrat, mais pas procéduralement⁴⁸.

Tant la jurisprudence suisse qu'europpéenne considèrent que la notion de consommateur doit être jugée de manière restrictive matériellement mais également d'un point de vue procédural⁴⁹, et ce afin d'éviter d'appliquer les protections du droit de la consommation à des cas n'en ayant pas la nécessité.

Il pourrait être argumenté que le cas d'une PME face aux géants de l'Internet requiert une protection, et qu'élargir le champ d'application des règles procédurales protectrices à ce cas ne serait pas une interprétation trop large. Toutefois, trop d'obstacles barrent la route de cette interprétation, notamment le fait qu'il ne s'agisse pas d'une personne physique, et qu'elle agisse à des fins commerciales.

a) La problématique de la personne morale

En principe, seule une personne physique peut être qualifiée de consommateur. La formulation des diverses normes laisse peu de place au doute, en prévoyant que le contrat doit être conclu pour des « besoins personnels ou familiaux » (art. 32 CPC) ou pour un « usage personnel ou familial » (art. 120 LDIP), dont seules les personnes physiques sont capables. La Convention de Lugano, exigeant un « usage pouvant être considéré comme étranger à [l']activité professionnelle » (art. 15 CL), semble moins incompatible avec l'admission de la personne morale, mais le terme « activité professionnelle » reste très lié à une personne physique. Si le champ d'application avait été voulu plus large, le législateur aurait pu utiliser la notion d'« activité commerciale », par exemple. La personne morale semble d'emblée ne pas être incluse dans la notion de consommateur.

contrats de consommation », in P. PICHONNAZ/F. WERRO (édit.), *La pratique contractuelle 4*, Zurich 2015, p. 66 s. Concernant la notion de consommateur en droit matériel, voir notamment P. PICHONNAZ (n. 15), art. 97, N 8.

⁴⁸ P. PICHONNAZ (n. 15), art. 97, N 11 ; P. PICHONNAZ, « Le contrat dans le droit de la consommation », in M. BRAUN (édit.), *Actualités du droit des contrats, le contrat à la croisée des chemins*, Lausanne 2008, p. 65 ss ; A.-C. FORNAGE, *La mise en œuvre des droits du consommateur contractant – Étude de droit suisse avec des incursions en droit de l'Union européenne, en droit anglais, français et allemand*, thèse, Fribourg 2011, N 1431.

⁴⁹ Pour le droit suisse, voir notamment ATF 132 III 268, c. 2.2.3, JdT 2006 I 564. Pour la Convention de Lugano, voir notamment CJUE 25.1.2018, C-498/16, Schrems, n° 27 ; CJUE 2.4.2020, C-500/18, Reliantco Investment, n° 47 ; ATF 134 III 218, c. 3.5. En doctrine, voir notamment P. PICHONNAZ (n. 15), art. 97, N 15.

Toutefois, en fonction de la *ratio legis* de la norme spécifique, une partie de la doctrine est prête à admettre qu'une personne morale soit qualifiée de consommateur. Lorsque la norme en question cherche à protéger les intérêts économiques de la partie faible, la personne morale pourrait entrer dans son champ d'application, tandis que lorsque le but poursuivi est la santé du consommateur, par exemple, il est évident qu'il ne peut s'agir que d'une personne physique⁵⁰. Certains auteurs laissent même la porte ouverte à une application du droit de la consommation aux PME, tout en restant minoritaires⁵¹. La doctrine majoritaire admet tout au plus que des personnes morales à but non lucratif entrent dans le champ d'application des normes protégeant les consommateurs⁵².

Admettre qu'une personne morale bénéficie des protections procédurales fournies par le droit de la consommation semble d'ores et déjà une tâche peu aisée. La question de l'activité commerciale ou professionnelle vient encore noircir le tableau.

b) La problématique de l'activité commerciale

Une condition claire et transversale aux différentes législations est que pour qu'un contrat puisse être qualifié de contrat conclu avec un consommateur, il doit avoir été conclu à des fins personnelles et privées, voire familiales, par opposition à un but commercial ou professionnel.

Une vaste doctrine s'est développée quant aux contrats mixtes, mêlant un but privé et professionnel, et dont la solution majoritaire est qu'un tel contrat ne pourra être considéré de consommation que s'il est conclu de manière prépondérante pour un usage privé⁵³, ce qui démontre bien le rejet qu'a le droit de la consommation pour l'activité professionnelle ou commerciale.

Cumulé au fait d'être une personne morale, la PME agissant dans un but commercial ne peut pas être considérée comme un consommateur par le simple biais de l'interprétation des règles légales, du moins en l'état.

⁵⁰ P. PICHONNAZ (n. 15), art. 97, N 10.

⁵¹ Voir notamment D. HUG (n. 10), N 761.

⁵² Voir notamment P. PICHONNAZ (n. 15), art. 97, N 10. Pour un avis encore plus tranché, voir B. DUTOIT/A. BONOMI (n. 7), art. 120, N 2, qui excluent également les personnes morales à but non lucratif.

⁵³ Voir notamment B. DUTOIT/A. BONOMI (n. 7), art. 120, N 3 ; P. PICHONNAZ (n. 15), art. 97, N 8.

IV. Les solutions envisageables pour offrir une protection procédurale à la PME utilisatrice

Il semble difficilement contestable que la personne morale contractant dans un but commercial soit exclue du champ d'application des règles procédurales protectrices du consommateur. Nous considérons toutefois qu'une personne morale se trouvant dans une situation d'infériorité très marquée vis-à-vis d'une autre partie devrait pouvoir bénéficier d'une protection au moins analogue à celle fournie par le droit de la consommation⁵⁴.

Cette impasse est peu satisfaisante d'un point de vue dogmatique⁵⁵. Quelles autres solutions pourraient être envisagées, afin de protéger de manière adéquate la PME utilisatrice d'un réseau social lorsqu'un litige survient entre ces deux parties ?

A. L'élargissement du champ d'application des mesures protectrices du consommateur

Le législateur s'est écarté à maintes reprises de la notion de consommateur en tant que telle lorsque, guidé par la volonté de réguler un secteur d'activité, il n'a pas voulu distinguer les clients entre eux⁵⁶. C'est le cas du voyage à forfait notamment⁵⁷. La fourniture de services en ligne par des plateformes ne devrait-elle pas devenir l'un de ces secteurs particuliers, dans lesquels on admet une forme d'égalité entre personnes physiques et morales utilisatrices ?

Il serait souhaitable que le législateur choisisse d'adopter un régime légal particulier pour le cas des contrats d'utilisation de plateforme en ligne. Le droit de la consommation serait ainsi modulé par la voie législative, afin de répondre de manière plus adéquate à la situation étudiée dans la présente contribution.

Faute d'intervention du législateur, une autre possibilité est de laisser la jurisprudence interpréter d'une nouvelle manière les normes déjà existantes. Une interprétation moins restrictive permettrait d'intégrer les PME au sein du droit de la consommation, du moins lorsque leur situation face aux géants de l'Internet justifie un besoin particulier de protection.

⁵⁴ Du même avis : D. HUG (n. 10), N 761. Contra : P. PICHONNAZ (n. 15), art. 97, N 10 ; A. BONOMI/E. LEIN (n. 44), N 16.10 ; A.-C. FORNAGE (n. 6), p. 177 ss.

⁵⁵ En ce sens, D. HUG (n. 10), N 2185.

⁵⁶ S. MARCHAND (n. 14), p. 24.

⁵⁷ Loi fédérale sur les voyages à forfait du 18 juin 1993, RS 944.3, notamment la Section 3.

B. L'avènement d'un nouveau droit

Par ailleurs, on pourrait imaginer – ou espérer – l'avènement d'un nouveau droit, régissant l'environnement des réseaux sociaux, ou plus largement des plateformes numériques. Ce nouveau cadre juridique pourrait octroyer des droits et obligations aux utilisateurs et aux plateformes, notamment en prévoyant des protections procédurales adaptées aux différents acteurs⁵⁸. Les règles protectrices s'appliqueraient aux utilisateurs, sans égard au fait qu'il s'agisse d'une personne physique ou morale ni faire de distinction fondée sur le type d'activité de l'utilisateur recourant aux services de la plateforme.

Une autre possibilité, qui serait à notre sens souhaitable, est l'émergence d'un droit des PME, tenant compte des caractéristiques de ces entreprises, notamment en matière procédurale. Élargir de manière « artificielle » le champ d'application des règles protectrices du consommateur afin d'englober le cas des PME est critiquable et critiqué. Il serait par conséquent préférable que les particularités de ces petites entreprises soient adressées par une législation spécifique⁵⁹.

C. La protection par l'art. 8 LCD

Si l'on s'extirpe de l'aspect purement procédural, une possibilité plus indirecte d'influer sur les questions de compétence et de droit applicable serait de passer par l'art. 8 LCD⁶⁰, notamment en qualifiant d'abusives les clauses non négociées élisant un for ou un droit autre que ceux prévus par le droit de la consommation⁶¹. Cette disposition aurait ainsi pour effet de faire tomber la clause considérée comme abusive, ce qui produirait indirectement un résultat protecteur de l'utilisateur dans la procédure.

⁵⁸ Notons que le droit européen semble prendre cette direction, notamment avec l'adoption du DSA (Règlement sur les services numériques – 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, 05.07.2022 (COM 2020 0825 – C9-0418/2020 – 2020/0361 COD)).

⁵⁹ Il existe des groupes de travail examinant ces questions et cherchant à établir un cadre législatif adapté aux PME, notamment au sein de la Commission des Nations Unies pour le droit commercial international. Voir UNCITRAL, Groupe de travail I : Micro-, petites et moyennes entreprises, https://uncitral.un.org/fr/working_groups/1/msmes (consulté le 31.8.2022).

⁶⁰ A.-C. FORNAGE (n. 6), p. 178.

⁶¹ Pour des développements concernant les clauses abusives, voir P. PICHONNAZ (n. 4), art. 8, N 6 ss.

La question de la possibilité d'appliquer cet article à une PME reste cependant ouverte, de même que son application dans un contexte international. Bien qu'il semble peu controversé qu'une telle entité puisse profiter de la protection de l'art. 8 LCD⁶², nous n'approfondirons pas cette question, car il ne s'agit pas d'une norme protectrice de nature purement procédurale, mais relevant principalement du droit matériel, ce qui l'exclut du cadre de la présente contribution.

V. Conclusion

Les réseaux sociaux, devenus centraux dans nos vies, ont modifié le monde. L'obligation implicite d'être présent sur les réseaux sociaux, alliée à la taille et au pouvoir immense acquis par ceux-ci, rend indéniable la nécessité de protéger les utilisateurs, notamment d'un point de vue procédural. Les PME n'échappent pas à cette obligation : elles sont en pratique contraintes d'avoir de la visibilité sur ces nouveaux médias, ce qui les oblige à contracter avec ces plateformes.

Le droit de la consommation permet de protéger de manière relativement satisfaisante les personnes physiques utilisatrices d'un réseau social. Mais qu'en est-il lorsque l'utilisateur est une PME ? Le droit de la consommation peut-il s'appliquer à ce type d'acteur ?

En dépit de certaines exceptions au principe selon lequel un consommateur doit être une personne physique contractant à des fins privées ou personnelles, nous sommes arrivés à la conclusion qu'en l'état actuel du droit, la PME ne pouvait se voir appliquer les dispositions protectrices de nature procédurale fournies par le droit de la consommation.

Toutefois, le besoin de protection reste et quelques pistes de réflexion peuvent être formulées. Les solutions pouvant être envisagées sont notamment que le législateur se saisisse du problème et légifère en faveur d'un élargissement du champ d'application du droit de la consommation, englobant la PME, du moins à certaines conditions.

La voie jurisprudentielle serait une autre possibilité. Par le biais de leurs décisions, les juges peuvent modifier l'interprétation que l'on a de la qualité de consommateur, incluant ainsi la PME dans l'acception du terme.

Enfin, si l'on ne se résout pas à élargir le champ d'application du droit de la consommation par une modification de la loi ou de la jurisprudence – notamment par peur de la tendance interventionniste croissante en la matière –, une autre solution pourrait être de favoriser l'avènement d'un nouveau domaine du

⁶² Voir notamment P. PICHONNAZ (n. 4), art. 8, N 129 ; D. HUG (n. 10), N 2183 ss.

droit. Un droit des plateformes numériques, accordant des droits et obligations spécifiques aux acteurs de cet écosystème si particulier et redistribuant les cartes entre eux, est en train de se façonner progressivement depuis quelques années. Ce droit des plateformes pourrait accorder des protections particulières aux utilisateurs de réseaux sociaux, non seulement en matière procédurale mais aussi plus largement. Cette voie semble encore quelque peu utopique en Suisse. La création d'un droit des PME serait également une option envisageable, probablement moins ambitieuse. On pourrait imaginer d'y intégrer des normes spéciales répondant au besoin de protection des PME agissant comme des consommateurs, dans des circonstances bien définies.

Bien que ces pistes de réflexion méritent d'être explorées, il convient de garder à l'esprit que leur mise en œuvre serait complexe, car elles exigent toutes un changement de paradigme dans la façon d'appréhender le droit de la consommation, respectivement la création d'un nouveau cadre normatif, deux phénomènes qui requièrent du temps et de l'investissement politique.

De plus, l'aspect international des relations juridiques avec un réseau social complique encore davantage la recherche d'une solution protectrice pour les PME, car cela requiert une intervention dans le droit de plusieurs États. En effet, dans le cas d'un réseau social dont le siège est en Irlande et une PME avec siège en Suisse, le législateur ou le juge tant européen que suisse devraient s'accorder pour que les mesures prises aient du sens en pratique. Le contexte international rend ainsi encore plus ardue cette évolution.

La situation risque dès lors de rester telle qu'elle est, laissant les PME dans une situation inconfortable, et insatisfaisante d'un point de vue juridique.

Enfants influenceurs et exploitation de leur image sur les réseaux sociaux par leurs parents

KARIN JORDAN

Doctorante en droit à l'Université de Genève | Assistante au sein de l'École d'avocature | Avocate au Barreau de Genève | Médiatrice FSA & FSM

HÉLÈNE BRUDERER

Docteure en droit | Chercheuse affiliée au Digital Law Center de l'Université de Genève | Avocate au Barreau de Zurich

Table des matières

I.	Introduction	64
II.	Contexte et notions	65
	A. Médias sociaux : conditions d'utilisation et limites	65
	B. Marketing d'influence et influenceur : définitions	67
	C. Protection particulière et risques spécifiques encourus par les enfants dont l'image figure sur les médias sociaux	69
III.	Protection de la personnalité de l'enfant en droit civil	71
	A. Droit à l'image de l'enfant et <i>sharenting</i> : atteinte à la personnalité de l'enfant et consentement comme motif justificatif	72
	1. Mineurs capables de discernement	75
	a) Capacité de discernement	76
	b) Appréciation dans les médias sociaux	77
	2. Mineurs incapables de discernement	79
	a) Conflit d'intérêts	80
	b) Consentement des deux parents	81
	B. Administration des biens de l'enfant	82
	C. Appréciation et mise en perspective	84
IV.	Droit du travail applicable aux enfants influenceurs dont l'image est exploitée par leurs parents	86
	A. Réglementation en France et au Royaume-Uni	87
	B. Pistes de solution en droit suisse	88
	1. Application des dispositions de droit privé	88
	2. Application des dispositions de droit public	89
	3. Conflits d'intérêts	92
	C. Appréciation et mise en perspective	92
V.	Conclusion	93

I. Introduction

À l'ère du numérique, les réseaux sociaux (tels que notamment Instagram, Twitter, Facebook, YouTube et TikTok) revêtent une importance fondamentale en tant que canaux marketing et publicitaire. À titre exemplatif, les montants investis sur le plan mondial dans la publicité par les marques au sein des réseaux sociaux atteindront USD 200 milliards en 2024¹. Les revenus générés par des créateurs de contenus ou influenceurs (à travers l'usage desdits réseaux sociaux) peuvent notamment découler de placement de produits, de partenariats ou de programmes d'affiliation. À cet égard, il existera souvent un contrat entre une marque souhaitant promouvoir un produit ou un service et la personne influenceuse, respectivement son agent, voire son représentant légal. En contrepartie du versement d'une somme définie par la marque, la personne influenceuse deviendra ainsi un « étendard » publicitaire pour le produit ou le service désigné.

Les médias sociaux ont ainsi démocratisé la possibilité de participer à un processus publicitaire, puisque tout un chacun peut, dans le confort de sa maison et sans matériel particulier – outre un téléphone portable disposant d'un appareil photo – alimenter ses réseaux.

Il va sans dire que les enfants et les produits qui gravitent autour de ces derniers n'ont pas échappé à ces nouvelles tendances du marketing d'influence. En effet, on observe aux États-Unis l'émergence d'une vague d'enfants influenceurs (en deçà de l'âge de 10 ans) dont les revenus atteignent plusieurs millions de dollars par année. Par exemple, Ryan Kaji, un enfant influenceur de 11 ans – connu pour se filmer en train de débiter des jouets depuis l'âge de 8 ans – est à la tête d'une fortune estimée à plus de USD 20 millions².

À cet égard, les questions juridiques soulevées par l'exploitation de l'image d'enfants à des fins publicitaires ne sont pas nouvelles. Néanmoins, par le passé, les campagnes publicitaires traditionnelles, telles que celles opérées uniquement sur des affiches, ne posaient pas d'épineuses questions quant à leur caractère ubiquitaire et permanent, contrairement aux campagnes publicitaires sur les réseaux sociaux dont les traces numériques seront difficiles à effacer dans le futur. Dès lors, l'exploitation de l'image d'enfants sur Internet et les réseaux sociaux soulève de nouvelles problématiques juridiques telles que la conciliation du bien de l'enfant avec les buts mercantilistes poursuivis, ce qu'il en est de la validité d'un consentement parental dans ce contexte, tout comme

¹ www.statista.com/topics/1538/social-media-marketing/#dossierKeyfigures (consulté le 22.08.2022).

² Ryan Kaji ne compte pas seulement une chaîne YouTube mais a également déjà conclu de multiples partenariats avec la chaîne Walmart : www.youtube.com/channel/UCGJGhZ9SOOHvBB0Y4DOO_w (consulté le 22.08.2022).

du cadre juridique applicable aux revenus provenant de ces activités. Telles sont les questions, parmi d'autres, que nous nous proposons d'aborder dans le cadre de la présente contribution.

Après avoir dressé un aperçu du contexte factuel et des notions (cf. *infra* I.), nous présenterons les règles applicables à l'aune du droit civil suisse (cf. *infra* II.) puis nous poursuivrons notre propos en analysant les dispositions du droit du travail suisse qui pourraient trouver application (cf. *infra* III.). Notre contribution abordera en outre des considérations de droit comparé au sein des sections idoines.

II. Contexte et notions

Notre article portant sur l'exploitation du droit à l'image des mineurs par leurs parents sur les réseaux sociaux, il nous est apparu judicieux – avant d'en venir aux aspects juridiques – de définir les notions de médias sociaux et leurs conditions d'utilisation et limites (cf. *infra* A.). Puis, nous présenterons en quoi consiste le marketing d'influence et ce que comprend la notion d'influenceur (cf. *infra* B.), avant d'aborder en détail ce qu'il en est de la protection et des risques concrets encourus par les enfants dont l'image est utilisée sur les réseaux sociaux (cf. *infra* C.).

A. Médias sociaux : conditions d'utilisation et limites

Selon un rapport du Conseil fédéral, les médias sociaux sont définis comme étant des « plateformes plus ou moins ouvertes, interactives et participatives, permettant de communiquer, d'établir des relations ou de les entretenir »³. Ces derniers sont donc protéiformes, et offrent différentes possibilités d'utilisation et d'interaction qui peuvent tant être orientées sur le contenu que sur les possibilités de créer des relations avec d'autres utilisateurs⁴.

Différents acteurs interviennent dans le cadre de l'utilisation des réseaux sociaux ; de manière schématique, l'utilisateur qui souhaite utiliser un réseau social devra

³ CONSEIL FÉDÉRAL, Cadre juridique pour les médias sociaux – Rapport du Conseil fédéral en réponse au postulat Amherd 11.3912 du 29 septembre 2011, p. 1-93, p. 2, disponible sous : www.jeunesetmedias.ch/fileadmin/user_upload/6_Fachwissen/Social_Media_Bericht_FR.pdf (consulté le 31.08.2022).

⁴ CONSEIL FÉDÉRAL (n. 3), p. 8.

accepter les conditions d'utilisation de la plateforme qui seront dictées par l'exploitant du réseau social⁵. Par ailleurs, les utilisateurs sur les réseaux sociaux auront besoin de disposer d'un accès à une infrastructure technique (à travers un fournisseur d'accès Internet (*access provider*) et d'un exploitant de l'infrastructure technique (hébergeur ou *host provider*)⁶.

La relation entre l'exploitant du réseau social (soit la plateforme) et l'utilisateur (soit l'enfant et/ou son parent) sera gouvernée par un contrat d'utilisation ou des conditions d'utilisation, qui comprennent déjà certaines limitations en lien avec l'âge de l'utilisateur, et certaines mesures qui visent à protéger les enfants.

Parmi les médias sociaux les plus célèbres et les plus utilisés, le réseau social Facebook précise dans ses conditions générales que toute personne âgée de 13 ans – sauf limite d'âge plus élevée prévue par le pays de résidence – et disposant d'une adresse e-mail est susceptible de se créer un compte⁷.

En outre, la possibilité existe pour tout un chacun de signaler le compte d'un enfant qui ne semble pas avoir l'âge requis⁸. Il est également possible pour un parent ou un représentant légal de l'enfant concerné de consulter les informations du compte de ce dernier⁹. Il n'est toutefois pas possible – y compris pour un parent – de requérir le retrait d'une image portant atteinte à la vie privée d'un enfant âgé de plus de 13 ans, à moins que ce dernier soit mentalement ou physiquement incapable de signaler le problème par lui-même¹⁰.

Deuxièmement, selon ses conditions générales d'utilisation, le réseau social Instagram est accessible aux enfants également à partir de 13 ans¹¹. Un guide à l'usage des parents est disponible sur le site de la plateforme afin d'apporter à ces derniers un accompagnement technique dans la gestion des différents paramètres (confidentialité, interactions, temps d'écran, sécurité, etc.)¹².

⁵ L'exploitant met à disposition des utilisateurs une plateforme (par exemple Bytedance (met à disposition la plateforme TikTok), Meta (met à disposition la plateforme Facebook) ou encore Twitter pour la plateforme du même nom).

⁶ CONSEIL FÉDÉRAL (n. 3), p. 8.

⁷ www.facebook.com/help/157793540954833 (consulté le 26.07.2022). Ainsi la Corée du Sud ou encore l'Espagne ont retenu un âge de 14 ans, cf. www.facebook.com/help/100532533374396/?helpref=uf_share (consulté le 26.07.2022).

⁸ www.facebook.com/help/contact/209046679279097 (consulté le 26.07.2022).

⁹ www.facebook.com/help/173734372685099?helpref=related (consulté le 26.07.2022).

¹⁰ www.facebook.com/help/383420348387540/?helpref=uf_share (consulté le 26.07.2022).

¹¹ Les conditions générales d'utilisation sont disponibles à l'adresse suivante : <https://help.instagram.com/581066165581870> (consulté le 23.07.2022).

¹² Le guide à l'usage des parents définit le média social Instagram comme « une application permettant de partager des photos, des vidéos et des messages avec une communauté d'individus qui s'y retrouvent autour de passions et de centres d'intérêt communs », cf. Guide d'Instagram à l'usage des parents, p. 11, disponible sous : <https://e-enfance.org/wp-content/uploads/2021/11/guide-insta.pdf> (consulté le 23.07.2022).

Troisièmement, la plateforme YouTube détenue par Google prévoit quant à elle, au sein de ses conditions d'utilisation, qu'il est nécessaire d'avoir 15 ans pour utiliser ses services¹³. Néanmoins, il est précisé que « les enfants de tous âges peuvent utiliser le Service et l'application YouTube Kids (le cas échéant), s'ils y ont été habilités par un parent ou tuteur légal »¹⁴. Autrement dit, il est nécessaire pour les personnes âgées de moins de 18 ans de requérir l'autorisation de leur représentant légal¹⁵. Cette plateforme a par ailleurs également développé de nombreuses ressources à l'attention des parents afin de les accompagner lors de son utilisation par leurs enfants¹⁶.

Finalement, la plateforme particulièrement populaire auprès de la jeunesse, TikTok détenue par Bytedance prévoit également un âge minimal de 13 ans au sein de ses conditions d'utilisation¹⁷.

Cette dernière a par ailleurs été rappelée à l'ordre par la *Federal Trade Commission* aux États-Unis qui lui a infligé une amende record de USD 5,7 millions pour avoir collecté et transmis des données d'enfants de moins de 13 ans sans le consentement de leurs parents¹⁸.

Au vu de ce qui précède, à titre liminaire, nous notons que la majorité des grandes plateformes précisent une limite d'âge minimale de 13 ans, ce qui correspond à ce que prévoit le § 6501 (1) du *Children's Online Privacy Protection Act* (ou « COPPA » de 1998) qui est applicable aux États-Unis et qui définit l'enfant comme un individu de moins de 13 ans¹⁹.

B. Marketing d'influence et influenceur : définitions

Les plateformes précitées qui comptent des millions d'utilisateurs sont également essentielles pour le marketing d'influence qui peut se définir comme étant « la stratégie de promotion de marques, de produits ou de services auprès

¹³ Les conditions générales d'utilisation sont disponibles à l'adresse suivante : www.youtube.com/static?template=terms&hl=fr&gl=FR (consulté le 22.08.22).

¹⁴ *Ibidem*.

¹⁵ *Ibidem*.

¹⁶ <https://support.google.com/youtube/answer/2802272> (consulté le 22.08.2022).

¹⁷ Les conditions générales d'utilisation sont disponibles à l'adresse suivante : www.tiktok.com/legal/terms-of-service-eea?lang=de (consulté le 22.08.2022).

¹⁸ www.ftc.gov/news-events/news/press-releases/2019/02/video-social-networking-app-musically-agrees-settle-ftc-allegations-it-violated-childrens-privacy (consulté le 27.08.2022) ; HUSI-STÄMPFLI S./JEDELHAUSER R., « Alles für ein "like" : Sharenting vs. Kindeswohl », *Jusletter* du 29 avril 2019, p. 1-24, p. 8.

¹⁹ Les dispositions du COPPA peuvent être consultées à l'adresse suivante : <http://uscode.house.gov/view.xhtml?req=granuleid%3AUSC-prelim-title15-section6501&edition=prelim> (consulté le 26.07.2022).

d'individus sélectionnés qui sont jugés les plus susceptibles d'exercer une influence significative sur les décisions d'achat au sein d'un marché cible particulier »²⁰.

Le phénomène de l'influence ou la culture dite d'influence n'est pas une nouveauté. En effet, depuis des temps immémoriaux certains individus connus – comme des acteurs, des politiciens ou encore des intellectuels – usent de leur pouvoir ou de leur notoriété pour influencer les opinions, les décisions et les actions d'autrui²¹. Ce qui a toutefois changé au cours des dernières années, c'est l'avènement des plateformes de médias sociaux qui ont permis la démocratisation et l'accessibilité à la culture d'influence à tout un chacun.

Il n'existe pas à notre connaissance de définition juridique ou de consensus entre les différentes plateformes concernant la notion d'influenceur, les termes « créateur de contenu », « YouTuber », « Instagramer » ou encore « TikToker » étant utilisés de manière analogue selon le réseau social concerné²².

Plusieurs éléments communs ressortent toutefois de ces différentes terminologies à savoir :

- L'utilisation principale de médias sociaux ;
- L'acquisition par ce biais d'une communauté en ligne ;
- La capacité à jouer un rôle actif dans l'élaboration d'opinions et de décisions de cette communauté²³.

Dans ce contexte, nous proposons de définir le terme « influenceur » comme une personne créatrice de contenu commercial et non commercial qui établit une relation de confiance avec une communauté en ligne à travers une diversité de sujets et ce au moyen d'un, voire de plusieurs médias sociaux²⁴.

Notons qu'un influenceur n'agit pas nécessairement de manière isolée, puisqu'à l'heure actuelle, il existe de nombreuses agences marketing qui œuvrent en tant qu'intermédiaires entre les marques et les influenceurs.

²⁰ Traduction libre de l'anglais, cf. HOUSE OF COMMONS, *Digital, Culture, Media and Sport Committee, Influencer culture : Lights, camera, inaction ? Twelfth Report of Session 2021-22*, p. 1-67, p. 4, disponible sous : <https://publications.parliament.uk/pa/cm5802/cmselect/cmcomeds/258/report.html> (consulté le 31.08.2022).

²¹ HOUSE OF COMMONS (n. 20), p. 3.

²² *Idem*, p. 4.

²³ *Ibidem*. Voir aussi l'enquête sur la culture d'influence disponible sous : <https://committees.parliament.uk/writtenevidence/35423/html/> (consulté le 22.08.2022).

²⁴ D'après le Larousse, un influenceur se définit comme une « [p]ersonne qui, en raison de sa popularité et de son expertise dans un domaine donné (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.) », cf. www.larousse.fr/dictionnaires/francais/influenceur/188535 (consulté le 30.07.2022) ; voir aussi : HOUSE OF COMMONS (n. 20), p. 4.

Par ailleurs, les marques peuvent conclure différents types de contrat, tels que des contrats d'affiliation (en vertu desquels une marque rétribue un influenceur en fonction du nombre de clics et de trafics Internet générés par une publication de ce dernier) ou des collaborations à court ou long terme (par exemple, par lesquelles l'influenceur met à disposition son image afin de promouvoir une marque)²⁵.

C. Protection particulière et risques spécifiques encourus par les enfants dont l'image figure sur les médias sociaux

Les enfants n'ont pas échappé au phénomène d'influence sur les médias sociaux, chaque foyer comptant en règle générale un, voire plusieurs ordinateurs ou tablettes tactiles et chaque adulte disposant par ailleurs d'un téléphone portable. C'est dans ce contexte qu'est apparu le *sharenting*, à savoir « la publication [d'images] d'enfants sur les médias sociaux par les parents »²⁶.

Or, de nombreux risques existent et, comme le rappelle le Préambule de la Convention relative aux droits de l'enfant, en vigueur en Suisse depuis le 26 mars 1997 (ci-après : « CDE »)²⁷, « l'enfant, en raison de son manque de maturité physique et intellectuelle, a besoin d'une protection spéciale et de soins spéciaux, notamment d'une protection juridique appropriée ». À cet égard, le respect de la vie privée de l'art. 8 § 1 de la Convention européenne des droits de l'homme (ci-après : « CEDH ») requiert, selon la Cour européenne des droits de l'homme (ci-après : « CourEDH »), que les États prennent des

²⁵ Pour d'autres exemples, cf. HOUSE OF COMMONS (n. 20), p. 15.

²⁶ D'après un rapport de l'UNICEF de 2017 basé sur une enquête datant de 2010, plus de 80 % des enfants de moins de 2 ans provenant de 10 pays possédaient déjà une empreinte digitale, cf. Rapport de l'UNICEF, *Children in a Digital World, 2017*, p. 1-205, p. 92, disponible sous : www.unicef.org/media/48581/file/SOWC_2017_ENG.pdf (consulté le 01.08.2022). Voir HUSI-STÄMPFLI/JEDELHAUSER (n. 18), p. 3 ; N. KUTSCHER/R. BOUILLON, *Studie – Kinder. Bilder. Rechte. Persönlichkeitsrechte von Kindern im Kontext der digitalen Mediennutzung in der Familie*, 2018, p. 1-97, p. 6 et 10, disponible sous : www.dkhw.de/fileadmin/Redaktion/1_Unsere_Arbeit/1_Schwerpunkte/6_Medienkompetenz/6.13_Studie_Kinder_Bilder_Rechte/DKHW_Schriftenreihe_4_KinderBilderRechte.pdf (consulté le 01.08.2022).

²⁷ Convention relative aux droits de l'enfant du 20 novembre 1989 (RS 0.107). Voir aussi l'art. 11 al. 1 de la Constitution fédérale suisse du 18 avril 1999 (ci-après : « Cst. » ; RS 101) qui précise que « [l]es enfants et les jeunes ont droit à une protection particulière de leur intégrité et à l'encouragement de leur développement ».

mesures lorsque des publications immorales (*in casu* une petite annonce non autorisée) portent atteinte à la vie privée d'un jeune²⁸.

En outre, le Comité des ministres du Conseil de l'Europe a adopté le 4 juillet 2018 des « Lignes directrices relatives au respect, à la protection et à la réalisation des droits de l'enfant dans l'environnement numérique » par le biais d'une Recommandation CM/Rec(2018)7 qui exige, d'une part, des États d'assumer leur rôle et de trouver un équilibre entre la protection de l'intérêt supérieur de l'enfant (art. 3 § 1 CDE) et le développement du monde numérique et, d'autre part, des particuliers de préserver les droits numériques fondamentaux, notamment des enfants dans leurs activités commerciales²⁹.

L'environnement numérique nécessite donc que les enfants – population particulièrement exposée – disposent d'une protection spécifique, eu égard à l'exploitation de leur image sur les réseaux sociaux, laquelle est susceptible d'engendrer des conséquences importantes également à l'âge adulte³⁰. La CourEDH a toutefois précisé dans sa jurisprudence récente qu'« un cadre juridique adapté offrant une protection n'implique pas toujours l'adoption de dispositions pénales efficaces »³¹.

Sur les médias sociaux, les enfants peuvent ainsi être alternativement (i) consommateurs de contenu, (ii) eux-mêmes créateurs de contenus ou (iii) acteurs dont l'image est gérée par un parent qui sera considéré comme étant lui-même créateur de contenu. Comme mentionné ci-avant, nous allons nous focaliser dans le cadre de la présente contribution sur la question de l'exploitation par les parents de l'image de leurs enfants sur les réseaux sociaux en leur qualité de représentants légaux.

Dans ce cadre, certaines études ont identifié les risques psychologiques concrets auxquels s'exposent les enfants dont les parents publient des images et/ou des vidéos sur les réseaux sociaux, tels que notamment les risques de violation de leur vie privée (et la divulgation d'informations sensibles), d'enlèvement ou

²⁸ Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales du 4 novembre 1950 (RS 0.101). CourEDH, arrêt *K.U c. Finlande* du 2 décembre 2008, Requête n° 2872/02.

²⁹ Les Lignes directrices sont disponibles à l'adresse suivante : <https://rm.coe.int/lignes-directrices-relatives-au-respect-a-la-protection-et-a-la-realisation/16808d881b> (consulté le 29.07.2022). Pour un approfondissement de la Recommandation CM/Rec(2018)7, cf. S. HUSI-STÄMPFLI, « Kinderrechte in der digitalen Welt », *digma* 2019, p. 84-89, p. 84-89.

³⁰ Outre les risques d'harcèlement en ligne qui sont d'ores et déjà connus et l'absence de protection effective y relative, les enfants doivent également être protégés en tant que consommateurs, le droit de la consommation ne prévoyant toutefois pas de protection particulière en la matière. Voir aussi HUSI-STÄMPFLI (n. 29), p. 84.

³¹ CourEDH, arrêt *Söderman c. Suède* du 12 novembre 2013, Requête n° 5786/08, § 84 s.

encore d'harcèlement moral en ligne sans parler de l'utilisation détournée de telles publications pouvant être faite par des tiers malintentionnés³².

III. Protection de la personnalité de l'enfant en droit civil

Sur les réseaux sociaux, selon les conditions générales d'utilisation des principales plateformes, il existe un âge minimal à remplir (souvent 13 ans, cf. *supra* I. A.). Néanmoins, il existe de nombreuses chaînes, par exemple sur YouTube, qui mettent en scènes des enfants en deçà de cet âge (en tant que personnage principal de la chaîne), en principe comme nous l'avons vu avec l'accord parental.

Dans pareil cas, ces chaînes ou profils sont généralement gérés par des parents qui s'attèlent à la tâche de photographier/filmer, éditer les extraits idoine, les mettre à disposition, voire les diffuser sur les réseaux sociaux. Par la même occasion, ils peuvent également conclure des contrats de partenariat avec des marques soit directement, ou alternativement *via* une agence.

Un autre exemple révélateur des défis qui existent concerne le cas des parents qui photographient ou filment leurs enfants à l'occasion de leurs propres activités d'influenceurs. Dans ce cadre, les enfants disposent plutôt d'un rôle secondaire. Néanmoins, force est de constater certaines dérives. On peut songer par exemple à un couple basé au Royaume-Uni qui a décidé de révéler au monde entier la transition de genre de leur enfant âgé de 8 ans ou encore qui partage de manière périodique des informations sur le développement physique et mental de leurs enfants mineurs, le tout savamment entrecoupé de publicité rémunérée³³.

Au risque d'énoncer l'évidence, ces exemples soulignent la tension et les conflits qui peuvent résider entre le rôle de parent (en principe détenteur de l'autorité parentale qui doit donc servir le bien de l'enfant) et la possibilité d'exercer une activité potentiellement lucrative en particulier grâce à la publication d'images et/ou de vidéos de sa progéniture.

³² HOUSE OF COMMONS (n. 20), p. 42 ; voir aussi plus généralement l'Avis du Comité économique et social européen sur le thème « L'utilisation responsable des réseaux sociaux et la prévention de troubles associés » (avis d'initiative), JOUE C 351/31 du 15.11.2012, disponible sous : <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/FR/TXT/PDF/?uri=CELEX:52012IE0465&from=FR> (consulté le 27.08.2022) ; CONSEIL FÉDÉRAL (n. 3), p. 13.

³³ Chaîne des Saccone-Joly, disponible sous : www.youtube.com/watch?v=uBjsE3UGwdw (consulté le 22.08.2022).

À l'aune de la protection des mineurs, il conviendra de s'interroger sur la question juridique de l'effectivité des décisions des parents de l'enfant au sujet de la divulgation au public d'images et/ou de vidéos de ce dernier (cf. *infra* A.).

Dès lors qu'un éventuel revenu publicitaire est généré directement ou indirectement grâce à l'exploitation de l'image de l'enfant par ses parents, la question de son administration et d'une éventuelle dissociation des revenus se posera alors (cf. *infra* B.).

Finalement, nous exposerons notre appréciation de la situation juridique et prodiguerons des lignes directrices à l'aide d'exemples (cf. *infra* C.).

A. Droit à l'image de l'enfant et *sharenting* : atteinte à la personnalité de l'enfant et consentement comme motif justificatif

Protégeant les attributs essentiels de la personne humaine, les droits de la personnalité sont inhérents à chaque personne physique du seul fait de sa naissance³⁴. Ils sont donc incessibles et intransmissibles³⁵. Leur exercice peut toutefois être cédé par le biais d'une cession d'usage dans un contrat et revêtir ainsi une valeur économique³⁶.

Le droit à l'image d'une personne fait partie des droits de la personnalité de tout individu protégé par l'art. 28 du Code Civil suisse (ci-après : « CC »)³⁷. D'après la jurisprudence de la CourEDH, « [l]e droit de la personne à la protection de son image constitue [...] l'une des composantes essentielles de son épanouissement personnel et présuppose principalement la maîtrise par l'individu de son image »³⁸. Ce droit s'applique indépendamment du fait qu'il s'agisse

³⁴ O. GUILLOD, *Droit des personnes*, 5^e éd., Neuchâtel 2018, p. 1-374, p. 97 ; J. ROUVINEZ, *La licence des droits de la personnalité – Étude de droit privé suisse*, Recherches juridiques lausannoises (R JL) n° 50, p. 18 et 53.

³⁵ ROUVINEZ (n. 34), p. 18.

³⁶ BUCHER A., *Personnes physiques et protection de la personnalité*, 5^e éd., Bâle 2009, n° 482 ; ROUVINEZ (n. 34), p. 54.

³⁷ Code civil suisse du 10 décembre 1907 (RS 210). La protection des droits de la personnalité a fait son apparition aux art. 27 et 28 CC lors de leur introduction dans le CC de 1907, cf. PAPAUX VAN DELDEN Marie-Laure, « Le "droit à l'intégrité numérique" du point de vue de la protection de droit civil de la personnalité », in F. GUILLAUME/P. MAHON (édit.), *Le droit à l'intégrité numérique*, Bâle/Neuchâtel 2021, p. 65-85, p. 67.

³⁸ CourEDH, arrêt *Reklos et Davourlis c. Grèce* du 15 janvier 2009, Requête n° 1234/05, § 40.

d'une image et/ou d'une vidéo récente ou ancienne³⁹. Il est en outre une composante du droit à la personnalité sociale qui comprend également notamment le droit au nom, à l'honneur, au respect de la vie privée et la protection des données⁴⁰.

L'art. 28 al. 2 CC précise que toute atteinte à la personnalité est illicite, « à moins qu'elle ne soit justifiée par le consentement de la victime, par un intérêt prépondérant privé ou public, ou par la loi »⁴¹.

Dès lors, la publication et/ou l'exploitation d'une photographie et/ou d'une vidéo peuvent constituer une atteinte à la personnalité de l'enfant susceptible d'être justifiée par un motif justificatif (art. 28 al. 2 CC), notamment le consentement de ce dernier⁴². Nous allons principalement examiner le consentement en tant que motif justificatif dans le cadre des activités d'influenceur rémunérées d'un enfant. En effet, il n'existe pas, selon nous, d'intérêt privé ou public prépondérant susceptible de justifier une atteinte à la personnalité de l'enfant dans ce cadre.

En cas d'atteinte non justifiée par un motif justificatif, la personne concernée pourra se prévaloir de moyens de droit défensifs⁴³ et réparateurs⁴⁴.

³⁹ HUSI-STÄMPFLI/JEDELHAUSER (n. 18), p. 10.

⁴⁰ P. MEIER, *Droit des personnes : personnes physiques et morales, art. 11-89a CC*, 2^e éd., Genève/Zurich/Bâle 2021, p. 331.

⁴¹ Constitue une telle atteinte tout « trouble d'une certaine intensité que subit une personne dans sa personnalité du fait du comportement d'un tiers », cf. ATF 120 II 369, consid. 2 ; BUCHER (n. 36), n° 492 ; GUILLOD (n. 34), N 165 ; PAPAUX VAN DELDEN (n. 37), p. 78 ; P.-H. STEINAUER/Ch. FOUNTOULAKIS, *Droit des personnes physiques et de la protection de l'adulte*, Berne 2014, N 553.

⁴² Néanmoins, toute personne qui se prévaut d'un motif justificatif doit le prouver, cf. ATF 136 III 410, consid. 2.3. Voir aussi BUCHER (n. 36), n° 496 ; N. HELLE, « Publication de l'image de l'enfant sur les réseaux sociaux : de quel(s) droit(s) ? », *RMA* 2019, p. 500-511, p. 504 s. ; S. MÉTILLE, *Internet et droit – Protection de la personnalité et questions pratiques*, *Quid juris ?*, p. 95 ; PAPAUX VAN DELDEN (n. 37), p. 79.

⁴³ En cas d'atteinte, la personne lésée peut requérir trois actions défensives d'après l'art. 28a al. 1 CC permettant à l'autorité compétente, soit de constater le caractère illicite de l'atteinte (action en constatation), soit de la faire cesser si elle est en cours (action en cessation), soit d'interdire un comportement futur de nature à causer une telle atteinte (action en prévention), cf. MÉTILLE (n. 42), p. 96 ; PAPAUX VAN DELDEN (n. 37), p. 79 s.

⁴⁴ Il est également possible de requérir un dédommagement sur la base des actions réparatrices de l'art. 28a al. 3 CC, en particulier des dommages-intérêts (art. 47 ss CO), du tort moral (art. 49 CO), ou encore une éventuelle remise du gain (art. 423 al. 1 CO) si une telle atteinte a généré des revenus. Il peut toutefois être compliqué de chiffrer une telle prétention, en particulier si le fait attentatoire à la personnalité n'est que l'un des éléments à l'origine du gain réalisé, cf. MÉTILLE (n. 42), p. 97 ; PAPAUX VAN DELDEN (n. 37), p. 81 s.

En matière de données personnelles, la Loi fédérale sur la protection des données (ci-après : « LPD »)⁴⁵ prévoit un système juridique calqué sur l'art. 28 CC qui concrétise cette disposition (voir art. 13 LPD)⁴⁶.

Il importe également de distinguer les droits de la personnalité auxquels une atteinte consentie est possible de ceux relevant du noyau dur de la personne et qui, sous peine d'entraîner une atteinte intolérable auxdits droits, ne sauraient être l'objet d'une quelconque aliénation (art. 27 CC)⁴⁷.

La législation rappelle que les personnes mineures jouissent des droits civils et disposent ainsi de la « capacité civile passive » dès leur naissance (art. 11 CC cum art. 17 CC) mais n'ont pas l'exercice desdits droits, soit la « capacité civile active » avant d'être capables de discernement et d'atteindre la majorité, à savoir 18 ans révolus en Suisse (art. 12 CC cum art. 13, 14 et 16 CC)⁴⁸.

L'absence de capacité civile active oblige les enfants mineurs à agir par le biais ou avec le consentement de leurs parents⁴⁹. L'art. 11 al. 2 Cst. rappelle que les mineurs exercent eux-mêmes leurs droits dans la mesure où ils sont capables de discernement (cf. *infra* 1.a).

À cet égard, il convient de distinguer les droits patrimoniaux, soit « les droits subjectifs privés portant sur le patrimoine de la personne », c'est-à-dire « l'ensemble des biens ayant une valeur économique » qui nécessitent l'exercice des droits civils (art. 19 al. 1 CC), des droits strictement personnels, soit « les droits subjectifs privés qui portent sur les attributs essentiels de la personne » qui peuvent être exercés de manière autonome dès que la capacité de discernement est donnée (art. 19c CC)⁵⁰.

On parle à ce propos d'incapacité restreinte, voire de capacité conditionnelle lorsque les enfants mineurs capables de discernement peuvent exercer certains

⁴⁵ Loi fédérale sur la protection des données du 19 juin 1992 (LPD ; RS 235.1).

⁴⁶ MEIER (n. 40), p. 557 ss.

⁴⁷ ATF 136 III 401, consid. 5.4. S. MANAI, *Les attributs de la personnalité du sportif et leur commercialisation dans le contexte du contrat de sponsoring individuel, étude de droit privé suisse*, thèse, Lausanne 2008, n° 122 ; ROUVINEZ (n. 34), p. 14.

⁴⁸ Selon l'art. 1^{er} CDE, « un enfant s'entend de tout être humain âgé de moins de dix-huit ans, sauf si la majorité est atteinte plus tôt en vertu de la législation qui lui est applicable ». Voir aussi GUILLOD (n. 34), p. 77 et 82 ss ; MEIER (n. 40), p. 47 et 58 ; ROUVINEZ (n. 34), p. 33.

⁴⁹ MEIER (n. 40), p. 46 s.

⁵⁰ GUILLOD (n. 34), p. 80 s. ; voir aussi HELLE (n. 42), p. 505 ; STEINAUER/FOUNTOULAKIS (n. 41), n° 210.

droits avec le consentement de leurs parents ou lorsque la loi leur reconnaît une capacité spéciale en la matière (art. 19 al. 1 et 2 cum art. 19c al. 2 CC)⁵¹.

Consentir ou s'opposer à une atteinte aux droits de sa personnalité est un droit strictement personnel proprement dit, ce qui signifie que le mineur capable de discernement peut consentir de manière valable indépendamment du consentement de son représentant légal⁵². Il s'agit par ailleurs d'un droit strictement personnel relatif, ce qui signifie que le représentant légal peut exercer ce droit si le titulaire est incapable de discernement⁵³. Dès lors, il conviendra de distinguer les deux hypothèses suivantes que nous allons analyser successivement :

D'une part, le cas où le mineur est capable de discernement (cf. *infra* 1.). Dans ce cas, l'enfant sera en principe, en mesure de déterminer par lui-même s'il consent à ce qu'une image et/ou une vidéo de lui soit postée sur les médias sociaux. En effet, les enfants mineurs n'ont pas l'exercice des droits civils mais disposent d'une capacité inconditionnelle en ce qui concerne l'exercice de leurs droits strictement personnels proprement dits dont font partie les droits de la personnalité et, par conséquent, le droit à l'image.

Puis, d'autre part, l'hypothèse du mineur incapable de discernement (cf. *infra* 2.). Dans ce cas, nous verrons les situations dans lesquelles l'enfant pourra valablement être représenté par ses parents.

1. Mineurs capables de discernement

Un mineur capable de discernement peut exercer seul son droit à l'image et consentir valablement à l'usage qui en est fait (art. 11 al. 2 Cst.)⁵⁴. Autrement dit, l'enfant mineur capable de discernement peut consentir à une atteinte à l'un de ses droits⁵⁵. Il doit toutefois en avoir été préalablement informé de manière appropriée selon le traitement qui en sera fait (art. 4 al. 5 LPD) sous peine de violation de son droit à l'autodétermination informationnelle⁵⁶. Il n'est donc pas prévu que les parents puissent requérir le consentement de

⁵¹ Un tel consentement du représentant légal n'est soumis à aucune forme particulière et peut donc être donné de manière expresse, tacite ou par actes concludants, cf. GUILLOD (n. 34), p. 85, 92 et 93 ; MEIER (n. 40), p. 125 et 128.

⁵² MEIER (n. 40), p. 117.

⁵³ *Idem*, p. 105.

⁵⁴ HELLE (n. 42), p. 506 ; S. HUSI-STÄMPFLI, « Kinder in der digitalen Welt – neue Herausforderungen für den Persönlichkeitsschutz – Teil 2 », *RSJ* 117/2021, p. 1090-1097, p. 1091 ; ROUVINEZ (n. 34), p. 59.

⁵⁵ GUILLOD (n. 34), p. 97.

⁵⁶ HUSI-STÄMPFLI/JEDELHAUSER (n. 18), p. 13 et 18.

l'enfant sous la menace ou la contrainte⁵⁷. En outre, la pertinence du consentement n'est nullement amoindrie par l'information préalable⁵⁸.

Il conviendra donc de déterminer quelles sont les modalités de la capacité de discernement de l'enfant mineur (cf. *infra* a), que nous expliciterons en matière de médias sociaux (cf. *infra* b).

a) Capacité de discernement

La capacité de discernement se compose de deux éléments cumulatifs, à savoir la pensée et la volonté⁵⁹. Ainsi, pour être capable de discernement au sens de l'art. 16 CC, il convient non seulement d'avoir la faculté d'agir raisonnablement « en se fondant sur une appréciation raisonnable de la signification, de l'opportunité et de la portée d'une action déterminée »⁶⁰, mais également de ne pas en être privé en raison du jeune âge, de déficience mentale, de troubles psychiques, d'ivresse ou de toute autre cause semblable susceptible d'altérer cette faculté⁶¹. La capacité de discernement est ainsi une notion relative, le « jeune âge » devant être apprécié en fonction de la personne concernée et d'après les circonstances du cas d'espèce⁶¹.

⁵⁷ HUSI-STÄMPFLI/JEDELHAUSER (n. 18), p. 22.

⁵⁸ *Idem*, p. 23.

⁵⁹ ATF 134 II 235, consid. 4.3.2 ; ATF 124 III 5, consid. 1a, JdT 1998 I 361 ; GUILLOD (n. 34), p. 86.

⁶⁰ ROUVINEZ (n. 34), p. 45 ; voir aussi HUSI-STÄMPFLI/JEDELHAUSER (n. 18), p. 13 s.

⁶¹ Cela étant, la personne mineure doit être en mesure d'appréhender la situation concrètement et d'évaluer également les conséquences qui en découlent afin d'agir en fonction de son appréciation, cf. HUSI-STÄMPFLI/JEDELHAUSER (n. 18), p. 15. On parle à cet égard de principe de la relativité du discernement, cf. GUILLOD (n. 34), p. 88. Voir aussi ATF 124 III 5, consid. 1a, JdT 1998 I 361 ; ATF 117 II 231, consid. 2a ; P. BREITSCHMID, « Art. 16 », in P. BREITSCHMID/A. JUNGO (édit.), *Personen- und Familienrecht – Partnerschaftsgesetz – Art. 1-456 ZGB – PartG, CHK – Handkommentar zum Schweizer Privatrecht*, 3^e éd., Zurich 2016, p. 71-75, N 5 ; E. BUCHER/R. E. AEBI-MÜLLER, « Art. 16 », in E. BUCHER/R. E. AEBI-MÜLLER (édit.), *Die natürlichen Personen, Art. 11-19d ZGB – Rechts- und Handlungsfähigkeit Schweizerisches Zivilgesetzbuch, BK – Berner Kommentar*, 2^e éd., Berne 2017, p. 195-215, N 86 ss ; R. FANKHAUSER, « Art. 16 », in T. GEISER/Ch. FOUNTOLAKIS (édit.), *Basler Kommentar – Zivilgesetzbuch I – Art. 1-456 ZGB*, 7^e éd., Bâle 2022, p. 1-16, N 14 ss et 34 ; R. FANKHAUSER/A. BLEICHENBACHER, « Art. 16 », in J. KREN KOSTKIEWICZ/S. WOLF/M. AMSTUTZ/R. FANKHAUSER (édit.), *ZGB Kommentar Schweizerisches Zivilgesetzbuch, Orell Füssli Kommentar (OFK)*, 4^e éd., Zurich 2021, p. 119-125, N 8 ; HUSI-STÄMPFLI (n. 54), p. 1092 ; HUSI-STÄMPFLI/JEDELHAUSER (n. 18), p. 15 ; MEIER (n. 40), p. 65 ; ROUVINEZ (n. 34), p. 45.

Partant, il est intéressant de noter qu'en droit suisse, il n'existe pas d'âge minimal fixe ancré dans la loi pour déterminer si un mineur est capable de discernement ou non. La capacité de discernement s'apprécie donc *in concreto*.

Contrairement au droit suisse, relevons qu'au niveau européen, l'art. 8 § 1 du Règlement UE 2016/679 du Parlement européen et du Conseil du 26 avril 2017 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, RGPD) précise que « le traitement des données à caractère personnel relatives à un enfant est licite lorsque l'enfant est âgé d'au moins 16 ans. Lorsque l'enfant est âgé de moins de 16 ans, ce traitement n'est licite que si, et dans la mesure où, le consentement est donné ou autorisé par le titulaire de la responsabilité parentale à l'égard de l'enfant. Les États membres peuvent prévoir par la loi un âge inférieur pour ces finalités pour autant que cet âge inférieur ne soit pas en dessous de 13 ans »⁶².

En Suisse, d'après la doctrine, les enfants sont généralement capables de discernement vers 8 ans, en ce qui concerne leur argent de poche, et vers 14-16 ans en ce qui concerne les actes juridiques contractuels de longue durée ou de grande importance⁶³.

D'après la jurisprudence du Tribunal fédéral, la capacité de discernement de l'enfant est généralement donnée aux alentours de 12-14 ans⁶⁴.

b) Appréciation dans les médias sociaux

Dans le domaine des médias sociaux, FANKHAUSER et FISCHER suggèrent pour leur part un âge minimal de 14 ans⁶⁵.

À notre sens, il n'est pas adéquat d'arrêter un âge limite fixe – la capacité de discernement de chaque enfant devant s'apprécier au cas par cas – bien qu'il

⁶² JOUE L 119 du 4 mai 2016, p. 1.

⁶³ R. HAUSHEER/H. AEBI-MÜLLER, *Das Personenrecht des Schweizerischen Zivilgesetzbuches*, 5^e éd., Berne 2020, n° 182 ; HUSI-STÄMPFLI/JEDELHAUSER (n. 18), p. 15.

⁶⁴ 13 ans et deux mois, cf. ATF 134 II 235, consid. 4.3 ; 12 ans et 2 mois, cf. ATF 90 II 9, consid. 4 ; 13 ans, cf. ATF 102 II 363, consid. 4 ; 9 ans, cf. ATF 104 II 184, consid. 2.

⁶⁵ R. FANKHAUSER/N. FISCHER, « Kinderfotos auf Facebook oder wenn Eltern die Persönlichkeitsrechte ihrer Kinder verletzen », in R. FANKHAUSER/R. E. REUSSER/I. SCHWANDER (édit.), *Brennpunkt Familienrecht. Festschrift für Thomas Geiser zum 65. Geburtstag*, Zurich 2017, p. 193-215, p. 209.

ressorte de certaines études que les enfants sont capables d'effectuer des évaluations différenciées dès l'âge de 6 ou 7 ans concernant ce qu'ils ressentent face à une prise de vue ou selon la personne à laquelle celle-ci est destinée⁶⁶.

Ainsi, d'après une autre partie de la doctrine, l'enfant devrait disposer d'une certaine capacité de discernement en matière de captation d'image dès l'âge de 6 ans, était précisé qu'entre 4 et 14 ans, celle-ci est évolutive et dépendante du rythme propre de chaque enfant⁶⁷. Cela étant, la capacité de discernement de l'enfant dans l'environnement numérique, par rapport à sa propre image, doit être donnée bien plus tôt que dans le cadre d'actes juridiques quotidiens⁶⁸.

Ceci est d'autant plus vrai en ce qui concerne les enfants influenceurs qui sont amenés à mettre à profit leur droit à l'image de façon très soutenue et sont donc particulièrement sensibilisés à la problématique, et particulièrement au fait de l'utilisation et du fonctionnement des médias sociaux. Reconnaître une capacité de discernement à un âge plus précoce permettrait également une plus grande protection de l'enfant en bas âge dont le consentement deviendrait alors un prérequis à l'utilisation faite de son droit à l'image.

Au vu des explications qui précèdent, il convient toutefois de distinguer à notre sens le cas d'une photo qui est postée ponctuellement sur le compte d'un parent dont le cercle d'amis est limité et dont la diffusion est réservée à ces derniers (*i.e.* une diffusion qui n'est pas publique) sans contreprestation économique : dans un tel cas de figure, on peut admettre une certaine capacité de discernement aux alentours de 6 ans pour la diffusion d'une telle photo.

En revanche, s'il s'agit de publications répétées et dont la diffusion est quasiment publique (car le parent par exemple est influenceur et/ou souhaite monétiser ses publications), l'enfant ne sera pas en mesure d'apprécier toute la portée des conséquences de son consentement et encore moins les enjeux économiques y relatifs. Il sera en effet difficile pour l'enfant d'appréhender et de comprendre par exemple les conséquences de l'association de son image avec une marque.

En outre, lorsque nous connaissons l'impact que peuvent avoir les traces numériques et le caractère délétère d'informations et/ou d'images divulguées sur les réseaux sociaux – susceptibles d'être reproduites à l'infini et téléchargées par des particuliers –, il ne fait pas l'ombre d'un doute qu'il sera difficile, voire impossible d'exercer par la suite un pouvoir de contrôle sur une image diffusée à si large échelle.

⁶⁶ HUSI-STÄMPFLI/JEDELHAUSER (n. 18), p. 15 ; KUTSCHER/BOUILLON (n. 26), p. 53 ss.

⁶⁷ HELLE (n. 42), p. 506 ; HUSI-STÄMPFLI (n. 54), p. 1092 ; HUSI-STÄMPFLI/JEDELHAUSER (n. 18), p. 17.

⁶⁸ HUSI-STÄMPFLI/JEDELHAUSER (n. 18), p. 23.

Nous estimons dans ce cas qu'un enfant ne sera pas forcément capable d'appréhender toute la portée de son consentement et des conséquences y relatives avant l'âge approximatif de 12 ans, étant rappelé que la capacité de discernement est une notion qui s'apprécie en fonction de l'enfant et des circonstances propres au cas d'espèce.

En tout état, les enfants ne pourront, en principe, pas disposer d'un compte sur les médias sociaux en deçà de l'âge de 13 ans. Dès lors, les publications d'enfants en dessous de cet âge interviendront toujours au travers de comptes de tiers. Ainsi, ce sont généralement les parents qui sont acteurs de la production et du partage d'images et/ou de vidéos de leurs enfants sur les réseaux sociaux⁶⁹. Or, les parents ne sont pas toujours capables de mesurer les conséquences des éventuelles publications de leurs enfants dont ils ne sont pas peu fiers et donc de les juger avec le recul suffisant⁷⁰. En outre, ces derniers sont souvent peu familiarisés avec les risques et même parfois dépassés, en particulier en raison de la complexité technologique⁷¹.

Au demeurant, à notre sens, même lorsque l'enfant n'est pas capable de discernement, un parent qui souhaite diffuser une photo de lui sur ses médias sociaux, devrait toujours requérir au préalable l'avis de l'enfant dès que celui-ci est en âge de s'exprimer (*cf. infra* 2.).

Finalement, notons que la LPD ne prévoit ni dispositions ni directives spécifiques sur le traitement des données personnelles dans le cadre des médias sociaux⁷².

2. Mineurs incapables de discernement

La personne incapable de discernement – mineure ou non – n'a pas la capacité de donner des effets juridiques à ses actes, sauf exception (art. 18 CC)⁷³. Néanmoins et comme déjà mentionné, en tant que droit strictement personnel relatif, le droit à l'image est susceptible de représentation⁷⁴. La personne mineure incapable de discernement peut donc être représentée légalement soit par ses parents (art. 304 CC) voire, à défaut, par un tuteur

⁶⁹ HUSI-STÄMPFLI/JEDELHAUSER (n. 18), p. 6.

⁷⁰ Ainsi, des publications que les parents peuvent trouver amusantes risquent d'engendrer du harcèlement pour l'enfant, voire une baisse d'estime de soi ou encore une orientation des valeurs sur l'apparence physique, *cf.* HUSI-STÄMPFLI/JEDELHAUSER (n. 18), p. 4.

⁷¹ HUSI-STÄMPFLI/JEDELHAUSER (n. 18), p. 18 et 20 ; KUTSCHER/BOUILLON (n. 26), p. 84 s.

⁷² ATF 118 Ia 236, consid. 2c.

⁷³ ATF 118 Ia 236, consid. 2c.

⁷⁴ HELLE (n. 42), p. 507 ; MEIER (n. 40), p. 105 ; P. MEIER/M. STETTLER, *Droit de la filiation*, 6^e éd., Genève 2019, p. 1-1218, n° 1187.

(art. 327a CC)⁷⁵. Autrement dit, le représentant légal exerce le droit à l'image de l'enfant « par procuration »⁷⁶.

Dans ce contexte, il est notamment attendu du représentant légal qu'il agisse au nom de l'enfant pour le protéger⁷⁷. Ainsi, selon le Tribunal fédéral, le représentant légal de l'enfant incapable de discernement ne peut pas consentir valablement à des atteintes à la personnalité de ce dernier lorsqu'elles sont d'une gravité particulière⁷⁸. Dans tous les cas, l'intérêt de l'enfant, voire la protection de la personnalité de ce dernier, doit être au centre de toute décision de publication⁷⁹.

Néanmoins, il y aura des cas où il pourra exister un conflit d'intérêts entre les parents et l'enfant, en particulier dans le cadre d'une exploitation commerciale du droit à l'image de ce dernier (cf. *infra* a). Il conviendra donc de déterminer les cas dans lesquels le consentement des deux parents est requis (cf. *infra* b).

a) Conflit d'intérêts

Un conflit d'intérêts peut survenir entre les intérêts de l'enfant et ceux de ses parents⁸⁰. Ceci est d'autant plus vrai en ce qui concerne les enfants influenceurs qui génèrent un revenu par le biais des réseaux sociaux au moyen du marketing d'influence (cf. *supra* I. B.). En effet, dans ce cas, un parent qui serait attiré par la possibilité d'effectuer un gain pourrait publier davantage d'images, de vidéos ou d'informations en lien avec son enfant afin de fidéliser par exemple son audience et d'augmenter ainsi la taille de sa communauté. De telles publications porteraient en toute hypothèse davantage atteinte à la personnalité de l'enfant (et peuvent également susciter des risques, par exemple d'harcèlement ou encore d'atteinte au bien-être psychique de l'enfant, cf. *supra* I. C.).

L'art. 306 al. 2 CC prévoit cependant que lorsque « les père et mère sont empêchés d'agir ou si, dans une affaire leurs intérêts entrent en conflit avec ceux de l'enfant, l'autorité de protection de l'enfant nomme un curateur ou prend

⁷⁵ Dans l'exercice de l'autorité parentale, les parents doivent servir le bien de l'enfant et favoriser et protéger le développement corporel, intellectuel et moral de ce dernier (art. 296 al. 1 CC et art. 302 al. 1 CC). Voir aussi GUILLOD (n. 34), p. 79 ; MEIER (n. 40), p. 91.

⁷⁶ Comme le relève très justement HELLE, il revient aux parents « d'avoir conscience qu'en publiant une image de leur enfant, ils ne font qu'exercer un droit par procuration : le droit à l'image de l'enfant », cf. HELLE (n. 42), p. 511.

⁷⁷ ROUVINEZ (n. 34), p. 59.

⁷⁸ ATF 114 Ia 350, consid. 7 ; GUILLOD (n. 34), p. 104.

⁷⁹ HUSI-STÄMPFLI (n. 54), p. 1093.

⁸⁰ FANKHAUSER/FISCHER (n. 65), p. 210 ; MEIER/STETTLER (n. 74), n° 1228 et n. 2867.

elle-même les mesures nécessaires ». Dans ce cadre, lorsqu'un conflit d'intérêts survient, un curateur devrait être nommé à l'enfant.

Néanmoins, la question se pose de savoir comment il est possible de mettre en place et d'identifier de tels conflits en pratique. À notre sens, d'autres mécanismes de régulation pourraient permettre de protéger les enfants au mieux, tel que l'assujettissement des enfants influenceurs aux règles de droit du travail à travers une obligation d'annonce aux autorités compétentes (cf. *infra* III.).

b) Consentement des deux parents

Se pose également la question de savoir ce qu'il en est lorsque les deux parents – en particulier en cas de divorce ou de séparation – titulaires de l'autorité parentale conjointement sur l'enfant ne sont pas d'accord sur l'utilisation et la publication de photographies et/ou de vidéos de ce dernier.

La question de savoir si une publication par un parent sur un réseau social contre l'avis de l'autre parent constitue une atteinte ou non à la personnalité de l'enfant n'a pas été tranchée par le Tribunal fédéral à notre connaissance⁸¹. Une décision neuchâteloise du 29 mars 2016 a toutefois été rendue par la Cour des mesures de protection de l'enfant et de l'adulte qui a retenu *in casu* qu'une interdiction générale faite à l'un des parents de publier des photographies de son enfant sur sa page Facebook était disproportionnée⁸².

Nous aurions tendance à considérer qu'au vu des risques encourus et de l'exercice d'un droit qui appartient à l'enfant incapable de discernement, il se justifie que la publication de photographies et/ou de vidéos sur un réseau social soit dépendante de l'accord des deux parents en cas d'autorité parentale conjointe⁸³. Une telle publication ne pouvant en outre être considérée comme une décision courante ou urgente (art. 301, al. 1^{bis} CC). À cet égard, nous rappelons qu'à l'égard des tiers (de bonne foi), chaque parent est présumé agir avec le consentement de l'autre parent (art. 304 al. 2 CC).

Plusieurs décisions rendues dans des pays voisins viennent par ailleurs appuyer cette position. Ainsi, dans un arrêt du 25 juin 2015, la Cour d'appel de Versailles en France a retenu que « la publication de photographies de l'enfant et de commentaires relatifs à celui-ci sur le site Facebook ne constitue pas un acte usuel

⁸¹ En ce sens également, cf. HELLE (n. 42), p. 504.

⁸² CMPEA.2016.4, consid. 5b, disponible sous : https://entscheidsuche.ch/kantone/ne_trican/NE-trican-CMPEA-2016-4-638.html (consulté le 26.07.2022).

⁸³ Il est vrai que nous pourrions également nous interroger par rapport au cercle de personnes susceptibles d'avoir accès à de telles publications. Toutefois, même en cas de cercle restreint, les images ou vidéos publiées peuvent finir par être accessibles à des tiers.

mais nécessite l'accord des deux parents »⁸⁴. Le 19 septembre 2017, le tribunal de Mantova en Italie a également jugé en ce sens en considérant toute publication sur les réseaux sociaux effectuée sans l'accord des deux parents comme illicite⁸⁵.

Si nous partageons ce point de vue, la réflexion est toutefois plus complexe à notre sens en ce qui concerne les enfants influenceurs disposant d'ores et déjà d'une communauté et qui génèrent, par ce biais, des revenus. Dans un tel cas de figure, nous considérons – hormis si le bien de l'enfant est menacé – qu'un parent qui a consenti, dans un premier temps, à ce que son enfant soit exposé sur les réseaux sociaux au point que ce dernier dispose d'une communauté en ligne ne peut pas, dans un second temps, simplement revenir sur son consentement sans motif objectif ou fait nouveau – par exemple suite à une séparation – en particulier si cela vise en premier lieu à nuire à l'autre parent. Il nous paraît en effet difficilement acceptable de refuser à l'un des parents – en raison du refus de l'autre parent – de poursuivre une activité qui, jusque-là, permettait de générer des revenus pour la famille. Bien plus, conviendra-t-il d'apprécier la situation à l'aune des limitations mises en exergue par nos soins ci-après (cf. *infra* II. C.).

B. Administration des biens de l'enfant

Comme déjà mentionné, les réseaux sociaux soulèvent également des questions en ce qui concerne les revenus qui sont générés en particulier par ce biais (cf. *supra* I. B.). Les enfants influenceurs acquièrent en principe une rémunération au moyen de leurs publications. Cependant, lorsqu'un parent prend des photographies et/ou des vidéos de son enfant influenceur et investit également un temps important pour les retoucher puis les poster sur les médias sociaux, nous pouvons nous interroger sur la question de savoir à qui appartiennent effectivement les revenus qui en découlent.

Si l'image de l'enfant dispose d'une certaine valeur patrimoniale, le temps que le parent a investi à dynamiser sa communauté, et éventuellement à éditer des photos et/ou des vidéos ainsi qu'à conclure des contrats de partenariat mérite, à notre sens, également rémunération. Dès lors, il conviendra de prendre en considération les circonstances – comme la capacité de discernement de l'enfant – et de ventiler les revenus générés en tenant également compte de l'apport

⁸⁴ CA Versailles, 2^e Chambre Sect. 1, 25 juin 2015, n° 13/08349, *JurisData* n° 2015-015861.

⁸⁵ Arrêt disponible sous : www.ilcaso.it/giurisprudenza/archivio/18226.pdf (consulté le 27.07.2022).

du parent, ce dernier ayant, dans une telle hypothèse, concouru de manière prépondérante à acquérir cette rémunération. Nous reviendrons ci-après sur l'éventuelle application du droit du travail à la relation en cause (cf. *infra* III.).

Une fois que la part de revenus appartenant à l'enfant est déterminée, le droit suisse prévoit des règles en matière d'administration des biens des enfants par leurs parents (art. 318 ss CC)⁸⁶.

La possibilité est ainsi offerte aux parents d'utiliser les revenus découlant des biens de l'enfant pour son entretien, son éducation et sa formation, ou les besoins du ménage (art. 319 al. 1 CC). Lorsque ces biens découlent du produit de son travail, l'enfant en a l'administration et la jouissance (art. 323 al. 1 CC). Toutefois, les parents peuvent exiger de l'enfant qu'il contribue équitablement à son entretien par ce biais lorsqu'ils font ménage commun (art. 323 al. 2 CC).

Si les parents répondent de la restitution des biens de l'enfant à la fin de l'administration par leurs soins, ils ne sont toutefois tenus à aucune indemnité pour les prélèvements qu'ils étaient en droit de faire pour l'enfant ou pour le ménage (art. 327 al. 1 et 3 CC).

Il est toutefois possible pour l'Autorité de protection de l'enfant et de l'adulte (ci-après : « APEA ») d'ordonner l'établissement d'un inventaire des biens ou une remise périodique de comptes et de rapports si elle le juge opportun (art. 318 al. 3 CC). En outre, si une administration diligente n'est pas suffisamment assurée par les parents, l'autorité prend les mesures nécessaires pour protéger les biens de l'enfant, notamment en donnant des instructions et en exigeant une consignation ou des sûretés (art. 324 CC), voire en confiant leur administration à un curateur (art. 325 CC).

En outre, demeure possible en cas d'atteinte illicite à la personnalité de l'enfant l'action en remise du gain de l'art. 28a al. 3 CC qui renvoie aux dispositions sur la gestion d'affaires des art. 419 ss du Code des obligations suisse (ci-après : « CO »)⁸⁷. De telles actions pécuniaires nécessitent toutefois le consentement du représentant légal⁸⁸.

⁸⁶ Par biens de l'enfant, il faut comprendre « tous les droits de nature patrimoniale dont l'enfant est titulaire : biens mobiliers et immobiliers, créances, droits réels limités, droits de propriété intellectuelle », cf. M.-L. PAPAUX VAN DELDEN, « Art. 318 », in P. PICHONNAZ/B. FOËX (édit.), *Commentaire romand, Code civil I, Art. 1-456 CC*, Bâle 2010, N 1.

⁸⁷ Loi fédérale complétant le Code civil suisse (Livre cinquième : Droit des obligations) du 30 mars 1911 (CO ; RS 220). Voir GUILLOD (n. 34), p. 151.

⁸⁸ MEIER (n. 40), p. 115.

C. Appréciation et mise en perspective

Lors de la publication d'une image sur un réseau social, celle-ci est susceptible d'être vue, utilisée et partagée par un nombre conséquent de personnes, l'auteur perdant ainsi tout contrôle sur la diffusion et l'utilisation qui en est faite⁸⁹. Il existe ainsi dans les faits une véritable difficulté en lien avec la possibilité d'exercer un pouvoir d'autodétermination sur ces informations.

Or, il est essentiel de déterminer dans quelle mesure l'autorité parentale peut avoir une portée sur la représentation d'un enfant incapable de discernement dans les médias sociaux⁹⁰. Les parents de l'enfant doivent toujours agir dans l'intérêt de celui-ci. Néanmoins, en postant une image de leur enfant sur les réseaux sociaux, les parents peuvent également l'exposer à des risques, comme à celui de la réutilisation de ces publications à des fins non prévues – y compris criminelles – par des tiers, indépendamment du lieu de publication et de son caractère privé, sans possibilité ensuite de contrôler ou de supprimer le contenu partagé⁹¹.

Cela étant, les parents doivent être conscients de la problématique et s'interroger quant à l'utilisation des données de leurs enfants dans le monde numérique tout en sensibilisant ces derniers et en les impliquant autant que possible dans le processus de décision⁹². Ceci est d'autant plus vrai lorsqu'un enfant dispose de sa propre communauté en ligne.

Finalement, en partageant de nombreuses informations personnelles relatives à l'enfant, les parents ne lui permettent pas de disposer de sa propre identité numérique mais, au contraire, lui en imposent une, sans parler des éventuelles conséquences futures que cela pourrait engendrer pour ce dernier⁹³. C'est la raison pour laquelle la « course aux likes » ne doit pas aboutir à une atteinte toujours plus importante de la sphère privée des enfants par leurs parents⁹⁴. Ainsi, ceux-ci ne doivent pas oublier l'intérêt public prépondérant à la protection particulière des enfants mineurs, ce indépendamment de la volonté exprimée ou non par l'enfant. Comme le souligne HUSI-STÄMPFLI, les enfants ont un droit à un avenir sans restrictions et un droit à développer leur personnalité

⁸⁹ HELLE (n. 42), p. 510.

⁹⁰ HUSI-STÄMPFLI/JEDELHAUSER (n. 18), p. 25.

⁹¹ On peut penser notamment à des réseaux pédophiles et aux facilités qui existent de procéder à des montages. Voir aussi HUSI-STÄMPFLI/JEDELHAUSER (n. 18), p. 4 et 27.

⁹² HUSI-STÄMPFLI (n. 54), p. 1093.

⁹³ HUSI-STÄMPFLI/JEDELHAUSER (n. 18), p. 6 et 8.

⁹⁴ *Idem*, p. 6.

de manière autodéterminée sans être marqués par une empreinte numérique déterminée par des tiers⁹⁵.

En tout état, le pouvoir de représentation parental n'est pas sans limites. En effet, le Tribunal fédéral a reconnu que le représentant légal de l'enfant incapable de discernement ne peut pas consentir valablement à des atteintes à la personnalité de ce dernier qui sont d'une gravité particulière⁹⁶. C'est l'intérêt de l'enfant, voire la protection de la personnalité de ce dernier qui doit être au centre de toute décision de publication⁹⁷.

Dès lors, à la lumière de ce qui précède, les parents de mineurs incapables de discernement doivent à notre sens respecter les cautions et limites suivantes (avant de publier ou de consentir à l'exploitation de l'image de leurs enfants), qui dépendent de la gravité potentielle de l'atteinte à la personnalité de ces derniers :

- Fréquence : À notre sens, la fréquence des publications influe sur la gravité de l'atteinte à la personnalité de l'enfant, une publication ponctuelle consistant en une atteinte à la personnalité de moindre gravité que des publications récurrentes.
- Diffusion : À notre sens, plus la diffusion des images est à grande échelle (par exemple en raison d'une large communauté ou encore en raison de paramètres d'un compte public), plus le risque d'atteinte à la personnalité est élevé.
- Mise en scène : Dans tous les cas, les parents ne sont pas habilités à mettre en scène les enfants de manière dégradante (à l'instar de la publication de la photographie d'un enfant assis sur des toilettes, ou pire encore, de ce dernier nu). Dans pareil cas, il peut même s'agir d'une atteinte à l'honneur de l'enfant et l'atteinte à la personnalité sera particulièrement grave. En outre, de telles publications ne tendent pas à garantir le bien de l'enfant.
- Informations personnelles accompagnant les publications : Si les publications sur les médias sociaux sont couplées d'informations concernant le développement de l'enfant (par exemple la croissance, ses performances scolaires ou encore sa santé), il ne s'agira plus uniquement d'une atteinte au droit à l'image de l'enfant, mais bien plus à sa sphère privée (voire intime si le parent divulgue des informations sensibles ou médicales). Dans pareil cas, il pourra s'agir d'une atteinte à la personnalité d'une gravité particulière, qui ne peut pas faire l'objet d'une représentation par le parent.

⁹⁵ « Kinder haben ein Recht auf eine offene Zukunft und ein Recht darauf, ihre Persönlichkeit selbstbestimmt zu entwickeln, ohne von einem – fremdbestimmten – digitalen Fussabdruck vorgeprägt zu sein », cf. HUSI-STÄMPFLI (n. 54), p. 1097.

⁹⁶ ATF 114 Ia 350, consid. 7 ; GUILLOD (n. 34), p. 104.

⁹⁷ HUSI-STÄMPFLI (n. 54), p. 1093.

En prenant l'hypothèse d'un enfant qui est utilisé comme égérie d'une marque de couches-culottes (mise en scène), si celui-ci n'apparaît pas de manière fréquente sur les réseaux sociaux de ses parents (fréquence) qui partagent leur contenu à un cercle limité de personnes (diffusion) et si son nom n'est pas divulgué (informations personnelles), il pourra, en principe, se développer par la suite de manière relativement sereine sans répercussions à l'âge adulte. *A contrario*, lorsqu'un enfant apparaît de manière fréquente sur les réseaux sociaux de ses parents avec la mention de son nom et d'autres informations personnelles, il s'agira d'une violation d'une gravité plus importante.

Dans tous les cas, il convient pour le parent de prendre en compte l'opinion du mineur incapable de discernement concerné après lui avoir fourni une explication intelligible des conséquences d'une telle publication.

Concernant les atteintes à la personnalité de gravité plus importante, celles-ci ne peuvent à notre sens pas faire l'objet d'une représentation légale justifiée ; ainsi conviendra-t-il d'attendre que l'enfant soit capable de discernement pour que ce dernier puisse octroyer son consentement libre et éclairé à la diffusion de telles images.

IV. Droit du travail applicable aux enfants influenceurs dont l'image est exploitée par leurs parents

Si le droit civil offre des solutions face au rôle des parents et des enfants dans le cadre du consentement au partage d'images sur les réseaux sociaux, on peut se poser la question de la relation qui lie l'enfant à ses parents, lorsque ceux-ci touchent un revenu sur la base des photos publiées sur les réseaux sociaux.

Considérant le fait que les activités publicitaires ou artistiques menées par les enfants peuvent déjà être considérées comme relevant du droit du travail, et partant faire l'objet de certaines protections de droit public (âge minimal ou horaires de travail), qu'en est-il des activités menées par les enfants influenceurs ? Les dispositions relevant du droit du travail peuvent-elles s'appliquer à ces derniers ?

Nous verrons que sous d'autres latitudes (soit en France et au Royaume-Uni), les législateurs réglementent ou souhaitent réglementer les activités des enfants influenceurs sous l'angle du droit du travail (cf. *infra* A.). Nous allons par la suite explorer ces considérations à l'aune du droit suisse (cf. *infra* B.), avant d'apprécier et de mettre en perspective la pertinence de cette démarche (cf. *infra* C.).

A. Réglementation en France et au Royaume-Uni

En France, le législateur a réglementé la question avec la Loi n° 2020-1266 du 19 octobre 2020 visant à encadrer l'exploitation commerciale de l'image d'enfants de moins de seize ans sur les plateformes en ligne ainsi qu'avec l'entrée en vigueur du Décret n° 2022-727 du 28 avril 2022⁹⁸. Ladite loi s'applique ainsi à tous les mineurs de moins de 16 ans dont l'image est diffusée sur les réseaux sociaux moyennant rémunération⁹⁹. Dans ce cadre, il est nécessaire de déclarer aux autorités compétentes de droit du travail ces activités si les revenus ou la fréquence du contenu excèdent un certain seuil¹⁰⁰.

Le Décret considère pour sa part les activités de ces mineurs influenceurs en deçà de 16 ans comme relevant du droit du travail¹⁰¹. En outre, les revenus découlant de ces collaborations doivent être consignés sur un compte distinct dont les enfants toucheront les revenus une fois majeurs¹⁰². Des horaires de tournages doivent également être respectés¹⁰³.

Ces développements législatifs français ont eu des échos à l'étranger, puisque la réglementation française a été saluée dans un rapport de la *House of Commons* du Parlement du Royaume-Uni¹⁰⁴. Ledit rapport a par ailleurs constaté les lacunes juridiques existant en droit anglais, a conclu qu'il existait un besoin de légiférer en la matière – à la lumière du droit du travail – et a, de ce fait, invité le gouvernement britannique à prendre les mesures qui s'imposent¹⁰⁵. Il sera donc intéressant de suivre de près les développements à venir.

⁹⁸ Loi n° 2020-1266 du 19 octobre 2020 visant à encadrer l'exploitation commerciale de l'image d'enfants de moins de seize ans sur les plateformes en ligne, JORF n° 0255 du 20 octobre 2020, disponible sous : www.legifrance.gouv.fr/jorf/id/JORFTEXT000042439054 (consulté le 27.08.2022) ; Décret n° 2022-727 du 28 avril 2022 relatif à l'encadrement de l'exploitation commerciale de l'image d'enfants de moins de seize ans sur les plateformes en ligne, JORF n° 0100 du 29 avril 2022, disponible sous : www.legifrance.gouv.fr/jorf/id/JORFTEXT000045696257 (consulté le 27.08.2022).

⁹⁹ Art. 3 de la Loi n° 2020-1266 (n. 98).

¹⁰⁰ Art. 1 et 3 de la Loi n° 2020-1266 (n. 98).

¹⁰¹ Art. 1 de la Loi n° 2020-1266 (n. 98).

¹⁰² Art. 3 de la Loi n° 2020-1266 (n. 98).

¹⁰³ *Ibidem*.

¹⁰⁴ HOUSE OF COMMONS (n. 20), p. 47 ss.

¹⁰⁵ *Idem*, p. 49. Voir aussi <https://committees.parliament.uk/committees/378/digital-culture-media-and-sport-committee/news/170678/influencer-culture-mps-call-for-action-on-advertising-and-employment-rules-to-protect-children-and-online-performers/> (consulté le 24.08.2022).

B. Pistes de solution en droit suisse

Dès lors que le droit français régleme la question à l'aune du droit du travail, on peut se demander dans quelle mesure les dispositions de droit privé suisse peuvent s'appliquer dans ce cadre (cf. *infra* 1.), si les conditions pour l'application des dispositions de droit public sont réunies (cf. *infra* 2.), et de quelle manière les éventuels conflits d'intérêts entre les parents et leur enfant influenceur peuvent être appréhendés (cf. *infra* 3.).

1. Application des dispositions de droit privé

Tout d'abord, il convient de se demander si les dispositions de droit du travail sont applicables à la relation entre les parents et leur enfant influenceur. À cet égard, en droit suisse, selon l'art. 319 al. 1 CO, quatre conditions sont requises pour qu'un rapport puisse être qualifié de contrat de travail, à savoir (i) une prestation de travail, (ii) un rapport de subordination, (iii) un élément de durée ainsi (iv) qu'une rémunération¹⁰⁶.

À notre sens, ces quatre conditions pourraient être remplies dans le cadre d'un rapport entre l'enfant influenceur et ses parents qui publieraient des images de ce dernier sur les réseaux sociaux. En effet, un enfant qui se ferait filmer ou photographier par ses parents avec un certain professionnalisme, fournit une prestation de travail¹⁰⁷. Il faudrait en outre que ces activités dénotent une certaine durée, et que l'enfant soit soumis aux instructions de ses parents ou d'une agence (par exemple si l'un des parents donne de nombreuses instructions relatives à la prise de vue ou au sujet des poses à adopter ou encore dans le cadre de la détermination des horaires)¹⁰⁸. S'agissant du montant de la rémunération, il ne devrait pas nécessairement être déterminé à l'avance¹⁰⁹.

En tout état, si les parents se font rémunérer pour de telles publications qu'ils effectuent sur les réseaux sociaux et qu'ils n'ont pas prévu de rétribuer l'enfant en contrepartie, il est intéressant de noter que d'après l'art. 334 al. 1 et 2 CC, l'enfant qui vit en ménage commun avec ses parents ou grands-parents ne perçoit pour son travail qu'une indemnité équitable dont le montant peut être arrêté par l'autorité compétente en cas de contestation¹¹⁰. Malheureusement, comme

¹⁰⁶ Voir aussi A. MEIER, « Art. 319 », in L. THÉVENOZ/F. WERRO (édit.), *Commentaire romand, Code des obligations I – Art. 1-529 CO*, 3^e éd., Bâle 2021, N 1 ss.

¹⁰⁷ Il en irait de même à l'inverse d'un parent qui mettrait ses services à disposition de son enfant influenceur.

¹⁰⁸ MEIER (n. 106), N 10.

¹⁰⁹ *Idem*, N 11.

¹¹⁰ A. WITZIG, « Les jeunes en droit du travail et des assurances sociales », *Responsabilité et assurance* 2017, p. 47-55, p. 52.

l'indique WITZIG, « le travail accompli en famille n'est [...] rémunéré qu'à la marge, voire même pas du tout »¹¹¹. Cette indemnité dépend par ailleurs de plusieurs facteurs subjectifs tels que la situation financière des personnes en cause ou encore la valeur du travail fourni¹¹².

2. Application des dispositions de droit public

Pour que les dispositions de droit public qui figurent au sein de la Loi fédérale sur le travail dans l'industrie, l'artisanat et le commerce (ci-après : « LTr »)¹¹³ s'appliquent, il faut que trois éléments soient remplis : (i) l'existence d'une entreprise, (ii) l'existence d'un employeur n'entrant pas dans l'une des catégories d'exceptions (art. 2 LTr) et (iii) l'existence d'un travailleur n'entrant pas dans l'une des catégories d'exception (art. 3 LTr). La notion de relation de travail retenue dans la LTr est ainsi plus large que celle du CO¹¹⁴.

Selon l'art. 1 al. 2 LTr, il existe une entreprise « lorsqu'un employeur occupe un ou plusieurs travailleurs de façon durable ou temporaire, même sans faire usage d'installations ou de locaux particuliers ». Selon le Tribunal fédéral, cette définition est interprétée de manière très large¹¹⁵. Tous les travailleurs au sens du droit privé sont soumis à la LTr, étant précisé que la validité du contrat de travail au sens du CO n'est pas déterminante, car c'est la relation de fait qui est protégée¹¹⁶.

Il est intéressant de noter que selon l'art. 2 al. 1 let. g LTr, cette dernière ne s'applique pas aux ménages privés. Néanmoins, l'art. 2 al. 4 LTr prévoit que

¹¹¹ WITZIG (n. 110), p. 53. Dans tous les cas, le travailleur qui vit dans le ménage de l'employeur doit se voir offrir une nourriture suffisante et un logement convenable (art. 32 al. 2 LTr et 328a CO).

¹¹² S. SPAHR, « Art. 334 », in P. PICHONNAZ/B. FOËX (édit.), *Commentaire romand, Code civil I, Art. 1-456 CC*, Bâle 2010, N 13 s.

¹¹³ Loi fédérale sur le travail dans l'industrie, l'artisanat et le commerce du 13 mars 1964 (RS 822.11).

¹¹⁴ SECRÉTARIAT D'ÉTAT À L'ÉCONOMIE (ci-après : « SECO »), *Commentaire de la loi sur le travail et des ordonnances 1 et 2, avril 2022*, « art. 1 », p. 1-2, disponible sous : www.seco.admin.ch/dam/seco/fr/dokumente/Publikationen_Dienstleistungen/Publikationen_Formulare/Arbeit/Arbeitsbedingungen/wegleitungen_arbeitsgesetz/wegleitung_argv_1_2.pdf.download.pdf/loi_travail_ordonnances_1_2_2022_fr.pdf (consulté le 27.08.2022). J.-P. DUNAND/P. MAHON/A. WITZIG, *Avis de droit sur le champ d'application de la loi sur le travail dans le contexte des nouvelles formes d'emploi induites par les technologies numériques*, p. 1-36, p. 18, disponible sous : <https://archive-ouverte.unige.ch/unige:138206> (consulté le 27.08.2022) ; WITZIG (n. 110), p. 48.

¹¹⁵ ATF du 20 juin 2016, 2C_703/2015, consid. 2.1 ; DUNAND/MAHON/WITZIG (n. 114), p. 14.

¹¹⁶ DUNAND/MAHON/WITZIG (n. 114), p. 16 s.

les « dispositions de la loi et de ses ordonnances relatives à l'âge minimal s'appliquent aux entreprises au sens de l'al. 1, let. d à g. ».

Par ailleurs, l'art. 4 al. 1 LTr prévoit que la « loi ne s'applique pas aux entreprises dans lesquelles sont seuls occupés le conjoint ou le partenaire enregistré du chef de l'entreprise, ses parents en ligne ascendante et leurs conjoints ou leurs partenaires enregistrés, ainsi que les enfants du conjoint ou du partenaire enregistré du chef de l'entreprise ». Selon le Commentaire du SECO, la *ratio legis* de cette disposition est de ne pas s'immiscer dans les relations familiales, puisque celles-ci sont pensées dans une relation et une optique d'entraide¹¹⁷.

Selon l'art. 4 al. 3 LTr, il est toutefois prévu que certaines « prescriptions de la loi peuvent, par ordonnance être rendues applicables à des jeunes gens membres de la famille du chef de l'entreprise selon l'al. 1, si c'est nécessaire pour protéger leur vie ou leur santé ou pour sauvegarder leur moralité ». En outre, en vertu de l'art. 3 al. 2 de l'Ordonnance sur la protection des jeunes travailleurs (ci-après : « OLT 5 »)¹¹⁸, les dispositions de la loi sur le travail sont applicables aux « jeunes qui sont membres de la famille du chef d'entreprise lorsqu'ils sont occupés conjointement à d'autres travailleurs ».

Dès lors, dans ce cadre, si les conditions de l'art. 4 al. 1 LTr sont remplies (soit l'exception pour les entreprises familiales), les dispositions suivantes ne sont pas applicables :

- Âge minimal : En vertu de la Convention n° 138 concernant l'âge minimum d'admission à l'emploi de l'Organisation internationale du travail¹¹⁹, entrée en vigueur en Suisse le 17 août 2000, l'âge minimal d'admission à l'emploi des jeunes travailleurs a été fixé par le législateur suisse dans la LTr à 15 ans, y compris pour le travail à domicile (art. 30 al. 1 LTr)¹²⁰. Des exceptions existent à cette limite d'âge, en particulier les jeunes gens de moins de 15 ans peuvent être affectés à un travail dans le cadre de manifestations culturelles, artistiques ou sportives ainsi que dans la publicité, pour autant qu'une telle activité n'ait aucune répercussion négative sur leur santé, leur sécurité et leur développement physique et psychique ainsi que sur leur scolarité (art. 30 al. 2 let. b LTr *cum* art. 7 al. 1 de l'OLT 5). À cet égard, on peut se demander si le harcèlement sur les réseaux sociaux et les commentaires négatifs ne tombent pas sous le coup de cette exception. Dès lors, afin de pouvoir se prévaloir de cette exception, il faudra mettre en œuvre des mesures de protection.

¹¹⁷ SECO (n. 114), Art. 4, p. 4-1.

¹¹⁸ Ordonnance sur la protection des jeunes travailleurs du 28 septembre 2007 (OLT 5 ; RS 822.115).

¹¹⁹ Convention n° 138 concernant l'âge minimum d'admission à l'emploi du 26.06.1973 (RS 0.822.723.8).

¹²⁰ WITZIG (n. 110), p. 48.

- Obligation d'annonce : En outre, l'exercice d'une activité lucrative doit être annoncé 14 jours avant le début de la prestation de travail aux autorités cantonales compétentes qui disposent d'un droit de veto (art. 7 al. 2 OLT 5).
- Horaire de travail : Si des limitations sont prévues en matière de durée de travail pour les jeunes travailleurs, des dérogations aux restrictions sont toutefois possibles pour les manifestations culturelles, artistiques, sportives ou dans la publicité (art. 31 al. 2 LTr)¹²¹.

Partant, si par hypothèse, ces dispositions trouvaient à s'appliquer, ce cadre juridique est très similaire à la nouvelle loi française s'agissant de l'obligation de notification à une autorité et des horaires de travail (cf. *supra* III. A.). Néanmoins, l'application de ces dispositions aux activités d'influence d'un enfant exercées avec ses parents peut se trouver confrontée aux deux écueils potentiels suivants :

- L'art. 2 al. 1 let. g LTr prévoit que la loi ne s'applique pas aux ménages privés, à l'exception des dispositions de la loi et de ses ordonnances relatives à l'âge minimal (art. 2 al. 4 LTr). À notre sens, les activités d'influence rémunérées dépassent la sphère du « ménage privé » visé par l'art. 2 al. 1 let. g LTr. En effet, elles ont bien plus trait à l'exploitation d'une entreprise si ces activités s'inscrivent dans une certaine durée. Dès lors, selon nous, ces activités ne tombent pas sous le coup de cette disposition.
- Le fait que la LTr ne soit pas applicable aux entreprises familiales (art. 4 al. 1 LTr) est bien plus problématique, puisque les activités de l'enfant influenceur sont susceptibles de tomber sous le coup de cette exception lorsque les parents de l'enfant sont seuls occupés dans l'entreprise. À notre sens, il conviendrait d'introduire une disposition au sein de l'ordonnance OLT 5 afin d'étendre le champ d'application des dispositions applicables à la protection des jeunes travailleurs influenceurs même lorsqu'ils occupent cette activité dans une entreprise familiale.

Il n'en demeure pas moins que le droit suisse ne protège pas suffisamment les enfants quant à la rémunération qui peut découler des partenariats que les parents concluent avec des tiers. En effet, nous l'avons vu, l'art. 334 al. 1 et 2 CC prévoit uniquement une indemnité équitable en faveur de l'enfant. Par ailleurs, dans le cadre de l'administration des biens de l'enfant, une partie peut être utilisée pour son entretien. Par contraste, le droit français stipule désormais très clairement qu'une partie des revenus doit obligatoirement être versée sur un compte au nom de l'enfant.

Dès lors, force est de constater que le droit suisse n'a pas prévu de disposition spécifique permettant d'appréhender la situation des enfants influenceurs et des

¹²¹ Voir notamment les art. 31 al. 1 LTr, 10, 11 et 16 al. 1 OLT 5.

revenus qu'ils génèrent qui sont gérés par leurs parents. Cette situation peut d'ailleurs générer des conflits d'intérêts (cf. *infra* 3.).

3. Conflits d'intérêts

Comme nous venons de le voir, il n'est pas exclu que les activités d'enfants influenceurs puissent être considérées comme relevant du droit du travail, si les parents exploitent leur image (cf. *supra* III. B. 1). Dans ce cadre, il peut exister un conflit d'intérêts, en particulier lorsque l'enfant mineur est incapable de discernement. Le contrat de travail pourrait ainsi être considéré comme un contrat avec soi-même (dans lequel est partie le parent qui agit comme représentant légal de l'enfant et le parent qui agit en son nom).

Ainsi, dans pareille hypothèse, une curatelle sur cette question spécifique pourrait être mise en œuvre au sens des art. 306 al. 2 et 308 CC par l'APEA compétente afin de sauvegarder les intérêts de l'enfant¹²².

À notre sens, il conviendra également que ladite autorité ordonne l'établissement d'un inventaire ou la remise périodique de comptes et de rapports concernant les avoirs de l'enfant influenceur qui génère un revenu important en application de l'art. 318 al. 3 CC.

C. Appréciation et mise en perspective

À notre connaissance, les tribunaux suisses n'ont pas encore appliqué les dispositions relatives au droit du travail aux enfants influenceurs dont l'image serait exploitée économiquement par leurs parents.

Au vu des explications qui précèdent, nous sommes favorables à l'application des normes de protection de droit du travail, puisque ces activités doivent faire l'objet d'une notification auprès des autorités de droit du travail et d'une surveillance par ces dernières.

Ceci permettra de protéger l'enfant mineur selon des prescriptions bien précises (qui contiennent des limitations en termes de nombre d'heures de travail). Ainsi, une activité d'influence menée par l'enfant ne sera pas uniquement régie par l'appréciation de ses parents.

En tout état, en cas d'activités menées dans le cadre d'une entreprise familiale au sens de l'art. 4 al. 3 LTr, selon nous, une disposition au sein de l'ordonnance

¹²² CH. CHAPPUIS, « Art. 306 », in P. PICHONNAZ/B. FOËX (édit.), *Commentaire romand, Code civil I, Art. 1-456 CC*, Bâle 2010, N 6.

de droit du travail (OLT 5) devra être adoptée afin de rendre applicables lesdites prescriptions aux enfants influenceurs.

V. Conclusion

Si l'activité d'influence est susceptible de générer des risques psychologiques chez les jeunes enfants, le droit suisse peut protéger les enfants sous deux prismes, tout d'abord celui du droit civil (à travers les mécanismes ordinaires de la protection de la personnalité), mais également potentiellement sous l'angle des dispositions de droit public du travail (qui visent à protéger la santé des travailleurs).

Au niveau du droit civil, les parents peuvent exploiter l'image de leurs enfants, mais les limitations suivantes existent :

- Pour le mineur capable de discernement, il faudra collecter le consentement éclairé de ce dernier (cf. *supra* II. A. 1). Nous avons par ailleurs déterminé que pour la publication ponctuelle d'une photo à destination d'un public restreint, la capacité de discernement peut être donnée dès l'âge de 6 ans. Néanmoins, si l'image de l'enfant est exploitée à plusieurs reprises et diffusée à large échelle et, en particulier, à des fins lucratives, la capacité de discernement pourra, à notre sens, être donnée plutôt aux alentours de 12 ans, étant rappelé qu'il s'agit d'un âge indicatif, la capacité de discernement devant s'apprécier en fonction de l'enfant concerné et des circonstances du cas d'espèce.
- Pour le mineur incapable de discernement, le parent pourra le représenter pour la part qui a trait à certains aspects de son droit à l'image, néanmoins en cas d'atteinte d'une gravité particulière à la personnalité, la représentation ne sera pas possible (cf. *supra* II. A. 2.). Pour ce faire, nous avons déterminé un certain nombre de critères à prendre en considération (tels que par exemple la fréquence, la mise en scène, l'envergure de la diffusion ou encore les informations personnelles accompagnant les publications, cf. *supra* II. C.).

Sur le plan du droit du travail, celui-ci prévoit un certain nombre de dispositions pour protéger la santé des travailleurs. Lorsque l'activité entreprise par l'enfant s'inscrit dans la durée et a lieu sur une base régulière, il n'est pas exclu que les dispositions de droit public de droit du travail s'appliquent. Néanmoins, il existe un certain nombre de limitations en lien avec l'application de ces dispositions, par exemple en raison de l'exception des entreprises familiales (cf. *supra* III. B. 2). À notre sens, il conviendrait d'introduire une disposition au sein de

l'ordonnance OLT 5 afin d'étendre le champ d'application des dispositions applicables à la protection des jeunes travailleurs même en cas d'activités d'influence exercées au sein d'une entreprise familiale.

En tout état, n'oublions pas que le bien de l'enfant doit demeurer au cœur des préoccupations. En effet, tel que l'art. 32 § 1 CDE le rappelle « les États parties reconnaissent le droit de l'enfant d'être protégé contre l'exploitation économique et de n'être astreint à aucun travail comportant des risques ou susceptible de compromettre son éducation ou de nuire à sa santé ou à son développement physique, mental, spirituel, moral ou social ».

La modération de contenu par les réseaux sociaux

Les droits procéduraux des utilisateurs à la merci du pouvoir décisionnel des plateformes numériques

LEONEL CONSTANTINO FERREIRA

Assistant doctorant en droit international privé et droit des successions | LexTech Institute | Faculté de droit | Université de Neuchâtel

Table des matières

I.	Introduction	96
II.	L'obligation des réseaux sociaux de modérer le contenu publié par leurs utilisateurs.....	97
	A. Le régime juridique de l'Union européenne	98
	1. Les dérogations en matière de responsabilité.....	98
	2. L'interdiction d'imposer une obligation de surveillance générale.....	100
	3. Le Règlement sur les services numériques.....	102
	B. Le régime juridique des États-Unis d'Amérique	104
	1. L'immunité des plateformes : la section 230 du Communications Decency Act	104
	2. La clause du « bon samaritain »	107
III.	Les mécanismes de modération de contenu	108
	A. La modération de contenu automatisée.....	109
	1. Le rôle des algorithmes.....	109
	2. La correspondance.....	110
	3. Le machine learning	112
	B. Les modérateurs humains.....	113
	1. Les signalements des utilisateurs.....	113
	2. Les équipes chargées de modérer le contenu.....	115
	C. Les droits procéduraux des utilisateurs face au pouvoir des réseaux sociaux	117
	1. Les voies de recours contre les décisions de modération... ..	117
	2. Le droit des utilisateurs à un recours effectif	119
	3. L'obligation de l'État de garantir les droits procéduraux des utilisateurs face aux réseaux sociaux	123
IV.	Conclusion.....	123

I. Introduction

En 2018, trois millions de publications ont été quotidiennement analysées par *Facebook* ; 300 000 ont été maintenues ou supprimées à tort par le réseau social, ce qui traduit un taux d'erreur de 10 %¹. Il faut dire que la modération de contenu est un exercice complexe. Le terme « modérer » est défini comme l'action de diminuer l'intensité d'un phénomène et de réduire à sa juste mesure ce qui excessif². Sur les réseaux sociaux, l'activité de modération vise à réduire, souvent par le biais d'algorithmes, l'intensité de la parole des utilisateurs. Mais comment déterminer ce qui est excessif ? Qui détient le pouvoir pour ce faire ? L'État et son appareil coercitif ou les réseaux sociaux et leurs conditions générales ? Doit-on interdire les contenus haineux, la nudité, la désinformation ou censurer l'utilisateur qui déclare, sur un ton sarcastique, qu'il va faire exploser un aéroport en raison de la fermeture inattendue de ce dernier³ ?

La modération de contenu désigne les activités entreprises par les plateformes numériques destinées à détecter et à supprimer les contenus illicites ou indésirables publiés par des tiers (*i.e.* les utilisateurs)⁴. Les réseaux sociaux adoptent des mécanismes de modération dans le but de réguler la parole de leurs utilisateurs et ainsi assurer à ces derniers qu'ils ne soient pas confrontés à des contenus illicites ou choquants. Ces mécanismes ont une nature « hybride », dans le sens où ils combinent les outils technologiques et l'expertise humaine dans le but d'apprécier le caractère illicite d'une publication. Des algorithmes prédictifs sont notamment utilisés pour repérer et supprimer certains contenus.

Les législateurs nationaux (et supranationaux) ont fixé, dans leur droit positif, des régimes de responsabilité des plateformes numériques pour le contenu publié par leurs utilisateurs (responsabilité indirecte). Les régimes de responsabilité indirecte déterminent à quelles conditions une plateforme numérique est responsable pour ne pas avoir supprimé les contenus illicites publiés par ses

¹ P. BARRETT, *Who Moderates the Social Media Giants? A Call to End Outsourcing*, 2020, https://issuu.com/nyusterncenterforbusinessandhumanri/docs/nyu_content_moderation_report_final_version/1, consulté le 31.08.2022.

² Dictionnaire Le Petit Robert, Paris 2022.

³ Cet exemple fait référence au *Twitter joke trial*, dans lequel un utilisateur a été condamné par les tribunaux britanniques pour « propos menaçants », en raison de la publication du *tweet* suivant : « *Crap ! Robin Hood airport is closed. You've got a week and a bit to get your shit together otherwise I am blowing the airport sky high !!* ». Cette condamnation a toutefois été annulée en appel (*Chambers v. Director of Public Prosecutions* du 27 juillet 2012, High Court of Justice of England and Wales, EWHC 2157, par. 38).

⁴ La modération de contenu ne vise pas uniquement la suppression des contenus. D'autres « remèdes » sont également utilisés pour réduire la visibilité ou l'accessibilité du contenu ou le démonétiser (voir E. GOLDMAN, « Content Moderation Remedies », *Michigan Technology Law Review*, 2022, p. 1-59, p. 23 s.).

utilisateurs. Toutefois, les approches des législateurs varient, certains offrant une protection plus large aux plateformes, d'autres, comme le législateur suisse, ne prévoyant pas de régime juridique spécifique en matière de responsabilité indirecte.

Dans un premier temps, nous présenterons le régime de responsabilité indirecte prévu en droit européen et en droit américain. Les législateurs européen et américain ont instauré des régimes d'exemption de responsabilité pour les intermédiaires d'Internet qui stockent et diffusent des contenus publiés par leurs utilisateurs. Ces régimes juridiques préviennent toute responsabilité dans le chef des intermédiaires et leur imposent, à tout le moins indirectement, une obligation de modérer le contenu.

Dans un second temps, nous présenterons les mécanismes de modération mis en place par les réseaux sociaux, ainsi que les voies de recours offertes aux utilisateurs afin de contester les décisions de modération. Notre analyse portera finalement sur l'effectivité de ces mécanismes au regard du droit des utilisateurs à un procès équitable.

II. L'obligation des réseaux sociaux de modérer le contenu publié par leurs utilisateurs

Entre les années 1990 et 2000, les législateurs nationaux (et supranationaux) ont introduit des régimes juridiques de responsabilité des plateformes numériques pour le contenu publié par leurs utilisateurs (responsabilité indirecte)⁵. Les régimes de responsabilité indirecte fixent les conditions auxquelles une plateforme a l'obligation de supprimer ou de rendre inaccessible le contenu publié par ses utilisateurs, autrement dit de modérer ledit contenu. Par conséquent, la question de la responsabilité indirecte est intimement liée à l'obligation des réseaux sociaux de modérer le contenu publié par leurs utilisateurs.

Ne souhaitant pas introduire de réglementation spécifique concernant la responsabilité des plateformes numériques, le législateur suisse estime qu'il est plus judicieux que les tribunaux procèdent à un examen au cas par cas, en

⁵ J. M. BALKIN, « The Future of Free Expression in a Digital Age », *Pepperdine Law Review*, 2009, p. 427-444, p. 434.

application de la réglementation générale existante⁶, notamment les art. 28 CC⁷ et 28 CP⁸.

Nous limiterons dès lors notre propos aux deux principaux régimes de responsabilité indirecte qui ont été réglementés, à savoir d'une part celui de l'Union européenne (A.) et, d'autre part, celui des États-Unis d'Amérique (B.).

A. Le régime juridique de l'Union européenne

1. Les dérogations en matière de responsabilité

Au sein de l'Union européenne, la responsabilité indirecte des plateformes numériques est régie par la Directive sur le commerce électronique de 2000 (Directive e-commerce)⁹. La Directive e-commerce s'applique aux prestataires de « services de la société de l'information », notion qui englobe des services prestés à distance au moyen d'équipements électroniques de traitement et de stockage des données, à la demande individuelle d'un destinataire de services et, en principe, contre rémunération¹⁰. Au demeurant, les réseaux sociaux sont rémunérés par le biais du traitement des données personnelles de leurs utilisateurs, notamment à des fins publicitaires¹¹.

La section 4 du chapitre II de la Directive e-commerce prévoit des dérogations en matière de responsabilité pour les « prestataires intermédiaires »¹². La notion de prestataires intermédiaires englobe les simples transports au sens de l'art. 12, les fournisseurs de cache au sens de l'art. 13 et les fournisseurs d'hébergement

⁶ OFCOM, *Rapport sur les intermédiaires et plateformes de communication – Effets sur la communication publique et approches de gouvernance*, 17 novembre 2021, p. 49 (cité : Rapport OFCOM) ; CONSEIL FÉDÉRAL SUISSE, *Rapport sur la responsabilité civile des fournisseurs de services Internet*, 11 décembre 2015, p. 19 et 29 ss ; F. ZELLER, « Art. 28 CP », in M. A. NIGGLI/H. WIPRÄCHTIGER (édit.), *Strafrecht I, Basler Kommentar*, vol. II, Bâle 2018, N 103a, p. 522.

⁷ Code civil suisse du 10 décembre 1907 (RS 201).

⁸ Code pénal suisse du 21 décembre 1937 (RS 311.0).

⁹ Directive 2000/31/CE du Parlement européen 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 e-commerce ; JO L 178).

¹⁰ Art. 1 par. 1 let. b de la Directive (UE) 2015/1535 du Parlement européen 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 (JO L 241) ; CJUE C-324/09, *L'Oréal c. eBay* du 12 juillet 2011, point 109.

¹¹ Consid. 18 de la Directive e-commerce.

¹² Art. 12 à 15 de la Directive e-commerce. La Directive e-commerce ne régit que les dérogations en matière de responsabilité, en laissant aux États membres le soin de déterminer, dans leur droit interne, à quelles conditions la responsabilité des prestataires intermédiaires peut être engagée.

au sens de l'art. 14, les réseaux sociaux étant qualifiés de fournisseurs d'hébergement au sens de cette dernière disposition¹³. Les fournisseurs d'hébergement délivrent un service consistant à stocker des informations fournies par un destinataire du service (*i.e.* l'utilisateur), à la demande de ce dernier¹⁴.

Au fil de sa jurisprudence, la Cour de justice de l'Union européenne a été amenée à préciser le champ d'application de l'art. 14 de la Directive e-commerce, en appliquant le critère de la *neutralité* du prestataire de services. Pour pouvoir bénéficier des dérogations en matière de responsabilité, un prestataire de services de la société de l'information doit être défini comme « prestataire intermédiaire », en ce sens que son activité est purement technique, automatique et passive¹⁵. Il convient ainsi d'examiner si le rôle exercé par le prestataire de services est neutre, ce qui implique l'absence de connaissance du contenu qu'il stocke¹⁶. A contrario, si ledit prestataire joue un rôle actif de nature à lui conférer une connaissance du contenu stocké, il ne peut pas bénéficier des dérogations en matière de responsabilité prévues par la Directive¹⁷.

Selon l'art. 14 par. 1 de la Directive e-commerce, un fournisseur d'hébergement n'est pas responsable des informations stockées à la demande des utilisateurs, à condition que le fournisseur n'ait pas une *connaissance effective* du caractère illicite de l'activité ou de l'information stockée ou, en cas de demande en dommages-intérêts, n'ait pas la connaissance de faits ou de circonstances selon lesquels le caractère illicite de l'activité ou de l'information est *apparent*¹⁸. En outre, le fournisseur n'est pas responsable lorsque, dès le moment où

¹³ CJUE C-18/18, *Glawischign-Piesczek c. Facebook* du 3 octobre 2019, point 22 ; S. STALLA-BOURDILLON, « Des intermédiaires de l'Internet aux plateformes en ligne en passant par les fournisseurs d'hébergement : repenser le paradigme “de la neutralité” à l'aune des droits fondamentaux », in J. SÉNÉCHAL/J. ROCHFELD (édit.), *Rôle et responsabilité des opérateurs de plateforme en ligne : approche(s) transversale(s) ou approches sectorielles ? [actes du colloque du 24 novembre 2016]*, Paris 2018, p. 61-86, p. 62 ; P. VAN EECKE, « Online Service Providers and Liability : a Plea for a Balanced Approach », *Common Market Law Review*, 2011, p. 1455-1502, p. 1462 s.

¹⁴ Art. 14 par. 1 de la Directive e-commerce.

¹⁵ Consid. 42 de la Directive e-commerce ; CJUE C-324/09 *L'Oréal c. eBay* (n. 10), points 112 s.

¹⁶ CJUE C-682/18 et C-683/18, *Peterson c. Google* du 22 juin 2021, points 105 s. ; C-324/09 *L'Oréal c. eBay* (n. 10), points 115 s. ; C-236/08 à C-238/08, *Google c. Vuitton* du 23 mars 2010, point 114.

¹⁷ CJUE C-682/18 et C-683/18 *Peterson c. Google* (n. 16), point 106 ; C-324/09 *L'Oréal c. eBay* (n. 10), point 113.

¹⁸ CJUE C-682/18 et C-683/18 *Peterson c. Google* (n. 16), point 113 ; VAN EECKE (n. 13), p. 1465. En d'autres termes, le caractère illicite de l'activité doit être concrètement établi ou, en cas de demande de dommages-intérêts, aisément identifiable.

il a connaissance du caractère illicite de l'activité ou de l'information, il agit sans délai (« promptement ») pour supprimer cette dernière¹⁹.

En présence d'une demande de dommages-intérêts, il suffit, pour que le fournisseur d'hébergement soit privé du bénéfice de l'exonération de responsabilité prévue à l'art. 14, que le caractère illicite du contenu soit *apparent*²⁰. Sont ainsi visées, par exemple, les situations dans lesquelles l'exploitant d'un réseau social découvre l'existence d'un contenu illicite à la suite d'un examen effectué de sa propre initiative, ainsi que celles dans lesquelles l'existence d'un tel contenu lui est notifiée par un utilisateur²¹. À elle seule, la notification de l'existence d'une information illicite ne saurait toutefois écarter le bénéfice de l'exemption de responsabilité, étant donné que des notifications d'informations prétendument illicites peuvent se révéler erronées ou insuffisamment précises et étayées²². En effet, encore faut-il que la notification contienne suffisamment d'éléments pour permettre au prestataire de services de s'assufer, sans examen juridique approfondi, du caractère illicite du contenu²³.

En ce qui concerne les demandes qui n'ont pas pour objet des prétentions en dommages-intérêts, les fournisseurs d'hébergement doivent avoir une connaissance *effective* du caractère illicite pour être privés des dérogations en matière de responsabilité. À cet égard, le simple fait que l'exploitant d'une plateforme de partage de vidéos (en l'occurrence, *YouTube*) mette en œuvre des mesures techniques et automatisées visant à indexer et recommander des vidéos aux utilisateurs, ainsi qu'à détecter le contenu susceptible de porter atteinte aux droits de propriété intellectuelle, n'implique pas que, ce faisant, cet exploitant joue un rôle actif de nature à lui conférer la connaissance concrète du contenu illicite téléversé sur cette plateforme²⁴.

2. L'interdiction d'imposer une obligation de surveillance générale

Dans le cadre de leurs activités, les prestataires de services intermédiaires ne sauraient se voir imposer par les États membres une obligation générale de surveiller les informations qu'ils transmettent ou stockent ou de

¹⁹ Le législateur allemand impose aux réseaux sociaux d'agir dans un délai de 24 heures dès le signalement pour supprimer un contenu manifestement illicite (§ 3 ch. 2 du *Netzwerkdurchsetzungsgesetz*, *NetzDG* ; BGBl. I, p. 3352). Pour les autres cas de contenus illicites, ce délai est en principe de sept jours (§ 3 ch. 3 *NetzDG*).

²⁰ CJUE C-324/09, *L'Oréal c. eBay* (n. 10), point 120.

²¹ CJUE C-682/18 et C-683/18, *Peterson c. Google* (n. 16), point 115.

²² CJUE C-324/09, *L'Oréal c. eBay* (n. 10), point 122.

²³ CJUE C-682/18 et C-683/18, *Peterson c. Google* (n. 16), point 116.

²⁴ CJUE C-682/18 et C-683/18, *Peterson c. Google* (n. 16), points 114 à 118.

rechercher activement les faits ou les circonstances relevant d'activités illicites²⁵. En effet, une obligation de filtrage systématique des contenus serait disproportionnée et risquerait de pousser les intermédiaires à mettre en place un système de surveillance contraire à la liberté d'expression²⁶.

L'interdiction pour les États membres de l'Union européenne d'imposer aux prestataires de services une obligation de surveillance ne vaut toutefois que pour les obligations à caractère général²⁷. Ainsi, rien n'empêche les autorités étatiques d'imposer aux prestataires des obligations de surveillance applicables à des cas spécifiques ou d'émettre des injonctions permettant de prévenir ou de mettre un terme à des activités illicites²⁸.

La portée des injonctions émises par les juridictions nationales s'étend aux informations stockées par un fournisseur d'hébergement, dont le contenu est *identique* ou *équivalent* à celui d'une information déclarée au préalable comme étant illicite²⁹. En d'autres termes, lorsqu'une juridiction nationale estime, en vertu de son droit interne, qu'une information stockée par un réseau social est illicite, elle peut exiger de celui-ci qu'il supprime non seulement le contenu identique mais aussi le contenu équivalent à l'information déclarée au préalable comme étant illicite³⁰.

Le critère de l'équivalence vise des informations qui véhiculent un message dont le contenu diverge très peu de celui ayant donné lieu au constat initial d'illicéité³¹. L'injonction d'une juridiction nationale doit ainsi pouvoir s'étendre aux contenus formulés de manière légèrement différente par rapport aux contenus déclarés illicites, en raison notamment des mots employés ou de leur combinaison³².

²⁵ Art. 15 par. 1 de la Directive e-commerce.

²⁶ CourEDH, *Magyar Tartalomszolgáltatók Egyesülete and Index.hu Zrt c. Hongrie* du 2 février 2016 (requête n° 22947/13), par. 82.

²⁷ Consid. 47 de la Directive e-commerce.

²⁸ Consid. 45 et 47 et art. 14 par. 3 de la Directive e-commerce ; CJUE C-18/18, *Glawischnig-Piesczek* (n. 13), point 25 ; VAN EECKE (n. 13), p. 1464.

²⁹ CJUE C-18/18, *Glawischnig-Piesczek c. Facebook* (n. 13), motifs.

³⁰ CJUE C-18/18, *Glawischnig-Piesczek c. Facebook* (n. 13), motifs. Par ailleurs, il est intéressant de noter que la CJUE accorde aux injonctions nationales une portée extraterritoriale, en ce sens que les juridictions des États membres peuvent obliger un fournisseur d'hébergement à rendre inaccessible des informations illicites au niveau mondial (CJUE C-18/18, *Glawischnig-Piesczek c. Facebook* (n. 13), points 48 à 50).

³¹ CJUE C-18/18, *Glawischnig-Piesczek c. Facebook* (n. 13), point 39.

³² CJUE C-18/18, *Glawischnig-Piesczek c. Facebook* (n. 13), points 40 s. On pense notamment à des propos diffamatoires publiés sur les réseaux sociaux et qui visent une seule et même personne, dans un contexte bien défini.

3. Le Règlement sur les services numériques

En décembre 2020, la Commission européenne a proposé l'adoption d'un Règlement régissant les services numériques (*Digital Services Act*)³³. Le projet, tel que modifié par le Parlement européen en juillet 2022³⁴, a été adopté dans sa version finale en octobre 2022³⁵. Le Règlement a notamment pour objectif de renforcer les possibilités de recours des utilisateurs de plateformes numériques, en imposant à celles-ci des obligations précises de modération de contenu³⁶.

À l'instar du Règlement européen sur la protection des données³⁷, le *Digital Services Act* a un champ d'application extraterritorial, dans la mesure où il s'applique aux services fournis à des citoyens européens, indépendamment du lieu d'établissement des fournisseurs de services³⁸. En outre, les services fournis par la plateforme doivent avoir un lien substantiel avec le territoire de l'Union. Un tel lien est réputé exister notamment lorsque le fournisseur de services dirige ses activités vers un ou plusieurs États membres³⁹.

³³ COMMISSION EUROPÉENNE, *Proposition de Règlement du Parlement et du Conseil relatif à un marché intérieur des services numériques (Législation sur les services numériques) et modifiant la directive 2000/31/CE*, 15.12.2020 (COM 2020/0361 COD).

³⁴ PARLEMENT EUROPÉEN, *Règlement sur les services numériques – 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*, 05.07.2022 (COM 2020 0825 – C9-0418/2020 – 2020/0361 COD).

³⁵ Règlement (UE) 2022/2065 du Parlement européen et du Conseil du 19 octobre 2022 relatif à un marché unique des services numériques et modifiant la directive 2000/31/CE (DSA ; JO L 277). Dans la suite de cette contribution, les termes de Règlement sur les services numériques et de *Digital Services Act* (DSA) désignent le Règlement dans sa version finale.

³⁶ COMMISSION EUROPÉENNE (n. 33), p. 14.

³⁷ Art. 3 par. 2 du Règlement (UE) 2016/679 du Parlement européen et du Conseil du 27 avril 2016 relatif à la protection des personnes physiques à l'égard du traitement des données à caractère personnel et à la libre circulation de ces données, et abrogeant la directive 95/46/CE (Règlement général sur la protection des données, RGPD ; JO L 119).

³⁸ Art. 2 par. 1 DSA. En ce qui concerne le champ d'application du RGPD, voir L. PAILLER, « L'applicabilité spatiale du Règlement général sur la protection des données (RGPD) – Commentaire de l'article 3 », *Journal du droit international* (Clunet), 2018, p. 823-850, p. 829 et 839 ss.

³⁹ Art. 3 let. d et e DSA.

En matière de responsabilité indirecte, le Règlement sur les services numériques reprend, dans les grandes lignes, la systématique de la Directive e-commerce⁴⁰. Le Règlement distingue, en tant que fournisseurs de services intermédiaires⁴¹, les simples transports, les fournisseurs de cache et les fournisseurs d'hébergement⁴². Toutefois, un nouveau système dit de « gradation » est introduit par le législateur européen. Ce système prévoit d'imposer des obligations de modération de contenu en fonction du type et de la nature des services proposés par les prestataires intermédiaires. Quatre catégories de fournisseurs de services sont distinguées, de la catégorie la plus large (les prestataires intermédiaires) à la catégorie la plus étroite (les très grandes plateformes en ligne).

Les *prestataires intermédiaires*⁴³ sont soumis à une obligation de transparence en ce qui concerne, d'une part, les modalités d'application de leurs conditions générales⁴⁴ et, d'autre part, leurs activités de modération de contenu⁴⁵. Certaines obligations s'appliquent spécifiquement à la catégorie des *fournisseurs d'hébergement*⁴⁶. Ces derniers devront établir des mécanismes permettant à toute personne de leur notifier, par voie électronique, la présence de contenus considérés comme illicites⁴⁷. Les décisions rendues par les modérateurs devront également être suffisamment motivées, tant factuellement que juridiquement⁴⁸.

Le Règlement prévoit, en outre, une série d'obligations spécifiques à charge des *plateformes en ligne*⁴⁹ et des *très grandes plateformes en ligne*⁵⁰. Les plateformes en ligne (ou plateformes numériques) sont définies comme des fournisseurs d'hébergement qui, à la demande d'un destinataire du service (*i.e.* l'utilisateur), stockent des informations et les diffusent au public⁵¹. Les très grandes plateformes en ligne sont des plateformes en ligne qui ont une incidence sociétale et économique particulière. Au sens du Règlement, une plateforme en ligne

⁴⁰ Chapitre II, DSA. Les art. 12 à 15 de la Directive e-commerce seront supprimés et remplacés par les art. 4 à 6 et 8 du Règlement sur les services numériques (art. 89 DSA).

⁴¹ La Directive e-commerce utilise la notion de « prestataires intermédiaires » (voir *supra*, A.1.).

⁴² Art. 4 à 6 DSA.

⁴³ Section 1, Chapitre III, DSA.

⁴⁴ Art. 14 par. 1 DSA.

⁴⁵ Selon l'art. 15 par. 1 DSA, les fournisseurs d'hébergement doivent établir, au moins une fois par an, un rapport clair et facilement compréhensible sur leurs activités de modération de contenu.

⁴⁶ Section 2, Chapitre III, DSA.

⁴⁷ Art. 16 par. 1 et 2 DSA.

⁴⁸ Art. 17 et 20 par. 5 DSA.

⁴⁹ Sections 2 et 3, Chapitre III, DSA.

⁵⁰ Section 5, Chapitre III, DSA.

⁵¹ Art. 3 let. i DSA et consid. 13 DSA. Par « diffusion au public », il faut entendre le fait de mettre des informations à la disposition d'un nombre potentiellement illimité de tiers, à la demande du destinataire du service et sans l'intervention de ce dernier (art. 3 let. k DSA ; consid. 14 DSA).

est « très grande » lorsqu'elle fournit mensuellement ses services à au moins 45 millions d'utilisateurs actifs au sein de l'Union⁵². Les très grandes plateformes en ligne auront l'obligation de lutter contre les risques systémiques, tels que la diffusion de contenus illicites, ainsi que tout effet négatif sur le discours civique ou le processus électoral⁵³.

B. Le régime juridique des États-Unis d'Amérique

1. L'immunité des plateformes : la section 230 du Communications Decency Act

Afin d'engager la responsabilité des intermédiaires d'Internet, les tribunaux américains ont longtemps appliqué le critère du contrôle éditorial⁵⁴. En effet, l'intermédiaire qui exerçait un contrôle éditorial sur le contenu publié par autrui était considéré comme l'éditeur (ou le *publisher*) d'une publication⁵⁵. En d'autres termes, les intermédiaires qui mettaient en place des mécanismes de modération de contenu étaient considérés comme responsables du contenu illégitime publié par autrui sur leur site⁵⁶.

Le critère du contrôle éditorial s'est rapidement révélé être problématique, dans la mesure où il assimile les intermédiaires en ligne à des médias traditionnels (journalisme, radio et télévision). Ces derniers exercent effectivement un contrôle éditorial de l'information publiée, qui se doit d'être qualitative, objective et véridique, dans un but d'utilité sociale⁵⁷. Les intermédiaires d'Internet

⁵² Art. 33 par. 1 DSA.

⁵³ Art. 34 par. 1 DSA.

⁵⁴ R. D. BASTIAN, « Content Moderation Issues Online : Section 230 Is Not to Blame », *Texas A&M Journal of Property Law*, 2022, p. 43-72, p. 49 s. ; K. KLONICK, « The New Governors : The People, Rules, and Processes Governing Online Speech », *Harvard Law Review*, p. 1598-1670, p. 1604 ; T. ROMANOFF, *The Future of Intermediary Liability and Content Moderation*, *Bipartisan Policy Center*, 16.03.2022, <https://bipartisanpolicy.org/blog/the-future-of-intermediary-liability-and-content-moderation/>, consulté le 31.08.2022.

⁵⁵ *Stratton-Oakmont v. Prodigy Servs. Co.* du 26 mai 1995, US Supreme Court of New York (1995 N.Y. Misc. LEXIS 229), par. 10 s.

⁵⁶ *Stratton-Oakmont v. Prodigy Servs.* (n. 55), par. 10 s. ; *Cubby, Inc. v. Compuserve, Inc.* du 29 octobre 1991, US District Court for the Southern District of New York (776 F. Supp. 135), par. 140, dans lequel le tribunal n'a pas considéré comme responsable du contenu illicite publié par des tiers le simple « distributeur » d'une information ; KLONICK (n. 54), p. 1605.

⁵⁷ En Suisse, l'activité journalistique est régie par un Code de déontologie, qui impose notamment une obligation de véracité de l'information (CONSEIL SUISSE DE LA PRESSE, *Droits et devoirs du/de la journaliste*, <https://presserat.ch/fr/code-de-deontologie-des-journalistes/erklaeungen/>, consulté le 31.08.2022). En matière de radio et télévision, l'art. 4 al. 1 et 2 de la loi fédérale sur la radio et la télévision (LRTV ; RS 784.40)

publient, quant à eux, des informations générées par leurs utilisateurs⁵⁸. Par conséquent, conditionner la responsabilité des intermédiaires d'Internet au critère du contrôle éditorial risque soit de les dissuader de modérer le contenu publié par leurs utilisateurs, soit d'engendrer une censure caractérisée par une suppression excessive dudit contenu, ceci dans le but d'échapper à toute forme de responsabilité⁵⁹.

Afin de remédier à l'insécurité juridique générée par le critère du contrôle éditorial, le Congrès américain a adopté la section 230 du *Communications Decency Act* (CDA) en 1996⁶⁰. La section 230 CDA et son interprétation par les tribunaux américains ont largement façonné la liberté d'expression sur Internet⁶¹. En effet, cette loi représente le « socle » sur la base duquel les géants du numérique ont construit et développé leur politique et leur système de modération de contenu⁶².

Le droit américain garantit aux plateformes numériques une large immunité pour le contenu publié par leurs utilisateurs⁶³. Souvent qualifiée de « loi fondamentale pour la parole sur le Web »⁶⁴, la section 230 CDA traduit la conception libérale des États-Unis en matière de liberté d'expression, protégée par le Premier Amendement de la Constitution⁶⁵. L'importance de la liberté d'expression

souligne que les émissions doivent respecter les droits fondamentaux et représenter les événements de manière fidèle.

⁵⁸ E. DOUEK, *Content Moderation as System Thinking*, 2022, p. 5, https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=4005326, consulté le 31.08.2022 (à paraître dans la *Harvard Law Review*) ; J. C. YORK/E. ZUCKERMAN, « Moderating the Public Sphere », in R. F. JØRGENSEN, *Human Rights in the Age of Platforms*, Cambridge/Londres 2019, p. 137-161, p. 137.

⁵⁹ BALKIN (n. 5), p. 436 ; S. M. CORDERO, « Damnum Absque Injuria : Zeran v. AOL and Cyberspace Defamation Law », *Fordham Intellectual Property, Media and Entertainment Law Journal*, 1999, p. 775-882, p. 792 ; KLONICK (n. 54), p. 1605 et 1608.

⁶⁰ US Code, Titre 47, § 230 du 8 février 1996 (Pub. L. 104-104 ; cité : 47 USC § 230 CDA) ; CORDERO (n. 59), p. 795, citant le Congrès américain : « [O]ne of the specific purposes of [section 230] is to overrule [past decisions] which have treated such providers and users as [p]ublishers or speakers of content that is not their own because they have restricted access to objectionable material ».

⁶¹ BASTIAN (n. 54), p. 49 ; KLONICK (n. 54), p. 1604.

⁶² ROMANOFF (n. 54).

⁶³ *Doe v. Backpage.com, LLC* du 14 mars 2016, US Court of Appeals for the First Circuit (817 F.3d 12), par. 18 ; *Universal Commun. Sys. v. Lycos, Inc.* du 23 février 2007, US Court of Appeals for the First Circuit (478 F.3d 413), par. 419 ; E. B. LAIDLAW, « What Is a Joke ? – Mapping the Path of a Speech Complaint on Social Networks », in D. MANGAN/L. E. GILLIES (édit.), *The Legal Challenges of Social Media*, Cheltenham/Northampton 2017, p. 127-154, p. 139 s.

⁶⁴ KLONICK (n. 54), p. 1604.

⁶⁵ Sur la conception libérale de la liberté d'expression aux États-Unis, voir A. KOLTAY, *New media and freedom of expression : rethinking the constitutional foundations of the public sphere*, Oxford/Chicago 2019, p. 24 s.

a pour corollaire une certaine hostilité à l'égard de toute forme de régulation du contenu diffusé sur Internet⁶⁶.

Selon la section 230 CDA, « *no provider or user of an interactive computer service shall be treated as the publisher or speaker of any information provided by another information content provider* »⁶⁷. Dès lors que l'activité de l'exploitant implique des fonctions éditoriales dites « traditionnelles », celui-ci est immunisé pour le contenu publié par ses utilisateurs⁶⁸. En revanche, lorsque l'opérateur génère, contrôle ou modifie activement le contenu publié sur son site, l'immunité cesse de trouver application⁶⁹.

Les tribunaux américains ont interprété la section 230 CDA de façon large et ambiguë⁷⁰, accordant une immunité aux intermédiaires même lorsque ceux-ci facilitent la diffusion de contenu à caractère pédopornographique⁷¹ ou le trafic sexuel d'êtres humains⁷². Dans l'affaire *MySpace*, l'exploitant d'un réseau social a été considéré comme n'étant pas responsable du fait que, sur son site, des prédateurs sexuels puissent entrer en contact avec des personnes mineures et commettre des infractions sexuelles⁷³. En revanche, a été considéré comme responsable de discriminations, l'exploitant d'un site de recherche de colocataires qui permet aux utilisateurs de rechercher des colocataires en fonction de leurs caractéristiques personnelles (couleur de peau, sexe, orientation sexuelle, etc.)⁷⁴. Selon la Cour d'appel en charge de l'affaire, l'opérateur en question était suffisamment impliqué dans la conception et les opérations du moteur de recherche et du système d'email de la plateforme – conçue pour limiter l'accès

⁶⁶ M. MACCARTHY, « A Consumer Protection Approach to Platform Content Moderation in the United States », in B. PETKOVA/T. OJANEN (édit.), *Fundamental Rights Protection Online*, Cheltenham/Northampton 2020, p. 115-139, p. 116.

⁶⁷ 47 USC § 230 (c) (1).

⁶⁸ *Doe v. Backpage.com, LLC* (n. 63), par. 21 ; *Universal Commun. Sys. v. Lycos, Inc.* (n. 63), par. 422 ; *Zeran v. America Online, Inc.* du 12 novembre 1997, US Court of Appeals for the Fourth Circuit (129 F.3d 327), par. 330 ; KOLTAY (n. 65), p. 99.

⁶⁹ KOLTAY (n. 65), p. 164 ; LAIDLAW (n. 63), p. 140.

⁷⁰ *Malwarebytes, Inc. v. Enigma Software Grp. USA, LLC* du 13 octobre 2020, US Supreme Court (141 S. Ct. 13), par. 15 ; KOLTAY (n. 65), p. 99 ; LAIDLAW (n. 63), p. 140, n. 66, qui souligne que « [t]he line between [traditional] acceptable editing content and editing content that loses the immunity is not clear, although the Electronic Frontier Foundation (EFF) advises the focus is likely on whether the edit changes the meaning of the information [...] ».

⁷¹ *Doe v. America Online* du 8 mars 2001, US Supreme Court of Florida (783 So. 2d 1010), par. 1018.

⁷² *Doe v. Backpage.com, LLC* (n. 63). En 2017, le législateur a toutefois modifié la section 230 CDA en introduisant une exemption d'immunité pour les cas de trafic sexuel d'êtres humains (47 USC § 230 (e) (5)).

⁷³ *Doe v. MySpace Inc.* du 16 mai 2008, US Court of Appeals for the Fifth Circuit (528 F.3d 413), par. 420 à 422.

⁷⁴ *Fair Housing Council of San Fernando Valley v. Roommates.com LLC* du 3 avril 2008, US Court of Appeals for the Ninth Circuit (521 F.3d 1157).

au logement sur la base de caractéristiques protégées – pour ne pas être au bénéfice de l'immunité garantie par la section 230 CDA⁷⁵.

Contrairement au droit européen⁷⁶, le fait que l'intermédiaire possède une connaissance effective ou apparente du contenu illicite publié sur sa plateforme n'exclut pas l'application de l'immunité prévue par le *Communications Decency Act*⁷⁷. En effet, le fait d'imposer aux plateformes numériques une responsabilité dépendant de la connaissance du caractère illicite du contenu entraînerait une censure sur Internet⁷⁸. Les réseaux sociaux seraient potentiellement responsables à chaque fois qu'ils recevraient un signalement de la part des utilisateurs. Chaque signalement demanderait un examen minutieux et rapide des circonstances qui entourent la publication, un examen juridique du caractère illicite de cette dernière et une décision éditoriale qui risquerait d'entraîner la responsabilité de la plateforme, dans le cas où le contenu se révélerait être effectivement illicite⁷⁹.

La portée de l'immunité garantie par la section 230 CDA n'est cependant pas illimitée⁸⁰. En effet, l'immunité ne s'applique pas à des contenus qui violent le droit pénal fédéral, le droit relatif à la propriété intellectuelle et la législation sectorielle des différents États américains⁸¹.

2. La clause du « bon samaritain »

La section 230 CDA prévoit une protection contre toute forme de responsabilité pour les « bons samaritains », c'est-à-dire les intermédiaires qui recherchent activement et suppriment le contenu illicite et indésirable publié par leurs utilisateurs⁸². En effet, les fournisseurs de services en ligne (*interactive computer service*) ne doivent pas être tenus pour responsables des actions de

⁷⁵ *Id.*, par. 1170.

⁷⁶ Art. 14 par. 1 de la Directive e-commerce (voir *supra*, II.A.1.).

⁷⁷ KOLTAY (n. 65), p. 99 ; LAIDLAW (n. 63), p. 140.

⁷⁸ *Zeran v. America Online, Inc.* (n. 68), par. 333 : « Because service providers would be subject to liability only for the publication of information, and not for its removal, they would have a natural incentive simply to remove messages upon notification, whether the contents were defamatory or not. Thus, like strict liability, liability upon notice has a chilling effect on the freedom of Internet speech ».

⁷⁹ *Zeran v. America Online, Inc.* (n. 68), par. 333.

⁸⁰ LAIDLAW (n. 63), p. 140.

⁸¹ 47 USC § 230 (e) CDA ; LAIDLAW (n. 63), p. 140. En matière de propriété intellectuelle, l'exception d'immunité vaut autant pour le droit fédéral que pour le droit des États américains (47 USC § 230 (e) (2) CDA ; *Hepp v. Facebook* du 23 septembre 2021, US Court of Appeals for the Third Circuit, 14 F.4th 204).

⁸² KLONICK (n. 54), p. 1605.

modération entreprises pour restreindre l'accès à des contenus obscènes, violents, haineux ou autrement répréhensibles⁸³.

Le Congrès américain a adopté la clause du bon samaritain dans le but d'encourager l'autorégulation de la parole en ligne par les plateformes numériques⁸⁴. Ces dernières sont incitées par le législateur à utiliser des mécanismes de modération, sans craindre d'engager leur responsabilité⁸⁵. L'objectif est d'inciter la suppression des contenus illicites, tout en protégeant la liberté d'expression des utilisateurs sur Internet⁸⁶.

Le droit de modérer le contenu généré par ses utilisateurs constitue un droit fondamental de la plateforme, protégé par le Premier Amendement de la Constitution et la section 230 CDA⁸⁷. Les plateformes numériques restent toutefois libres de mettre en place des mécanismes de modération de contenu et de supprimer les contenus illicites⁸⁸.

En pratique, la majorité des réseaux sociaux ont mis en place des mécanismes de modération de contenu afin d'éviter que leurs utilisateurs ne soient confrontés à des contenus illicites ou choquants. Ces mécanismes combinent les outils technologiques et l'expertise humaine afin de détecter certains contenus et d'apprécier leur caractère illicite ou indésirable.

III. Les mécanismes de modération de contenu

Au niveau temporel, on peut différencier la modération *ex ante* ou algorithmique (A.) de la modération *ex post* ou humaine (B.). La modération *ex ante* intervient avant que le contenu ne soit publié sur la plateforme, tandis que la modération *ex post* intervient après la publication⁸⁹. Tant la modération

⁸³ 47 USC § 230 (c) (2) (A).

⁸⁴ *Batzel v. Smith* du 24 juin 2003, United States Court of Appeals for the Ninth Circuit (333 F. 3d 1018), par. 1028 ; KLONICK (n. 54), p. 1607.

⁸⁵ *Doe v. Backpage.com LLC* (n. 63), par. 19 ; BASTIAN (n. 54), p. 50.

⁸⁶ 47 USC § 230 (b) (4) : « It is the policy of the United States [...] to remove disincentives for the development and utilization of blocking and filtering technologies that empower parents to restrict their children's access to objectionable or inappropriate online material » ; *Zeran v. America Online, Inc.* (n. 68), par. 331.

⁸⁷ *NetChoice, LLC v. Paxton* du 31 mai 2022, US Supreme Court (142 S. Ct. 1715) ; *Manhattan Cmty. Access Corp v. Halleck* du 17 juin 2019, US Supreme Court (139 S. Ct. 1921), par. 1932 (reconnaissant le droit de certaines entités privées d'exercer un contrôle éditorial sur le contenu publié par autrui sur leur plateforme) ; A. CALLAMARD, « The Human Rights Obligations of Non-State Actors », in R. F. JØRGENSEN, *Human Rights in the Age of Platforms*, Cambridge/Londres 2019, p. 191-225, p. 208.

⁸⁸ BASTIAN (n. 54), p. 53.

⁸⁹ GOLDMAN (n. 4), p. 51 ; KLONICK (n. 54), p. 1635.

ex ante que la modération *ex post* peuvent être proactives ou réactives⁹⁰. Dans le premier cas, des algorithmes ou des équipes spécialisées de modérateurs recherchent activement les contenus illicites (par exemple, en matière de terrorisme)⁹¹ ou contraires aux conditions générales de la plateforme (par exemple, la nudité)⁹². Dans le second cas, un algorithme ou un utilisateur signale le contenu aux modérateurs humains, à charge pour ces derniers d'en déterminer le caractère illicite ou contraire aux conditions générales⁹³.

Les mécanismes de modération de contenu doivent respecter certains standards procéduraux afin d'être effectifs (C.). Les réseaux sociaux garantissent notamment à leurs utilisateurs la possibilité de contester les décisions de modération de contenu. Le futur Règlement sur les services numériques va encore plus loin, en imposant aux plateformes numériques des obligations précises en matière de modération.

A. La modération de contenu automatisée

1. Le rôle des algorithmes

Les réseaux sociaux ont recours à des moyens automatisés afin de repérer, traquer et supprimer les contenus illicites⁹⁴. À vrai dire, la majorité du contenu illicite et contraire aux conditions générales est repérée par des moyens automatisés, sans qu'un modérateur humain n'en prenne connaissance⁹⁵. Selon le groupe *Meta*, la technologie permettrait de détecter, dans plus de 90 % des cas, le caractère illicite d'un contenu⁹⁶.

⁹⁰ KLONICK (n. 54), p. 1635.

⁹¹ D. MADHOK, *How Social Media Is Dealing with the Taliban Takeover*, CNN, www.cnn.com/2021/08/17/tech/facebook-twitter-taliban-hnk-intl/index.html, consulté le 31.08.2022 ; KLONICK (n. 54), p. 1638.

⁹² META, *Standards de la communauté Facebook – Nudité et activités sexuelles chez les adultes*, <https://transparency.fb.com/fr-fr/policies/community-standards/adult-nudity-sexual-activity/>, consulté le 31.08.2022.

⁹³ KLONICK (n. 54), p. 1638.

⁹⁴ H. BLOCH-WEHBA, « Automation in Moderation », *Cornell International Law Journal*, 2020, p. 41-96, p. 41 ; K. SWISHER, « Zuckerberg : The Recode Interview », *Vox*, 18.07.2018, www.vox.com/2018/7/18/17575156/mark-zuckerberg-interview-facebook-recode-kara-swisher, consulté le 31.08.2022.

⁹⁵ KLONICK (n. 54), p. 1636.

⁹⁶ META, *Comment la technologie détecte-t-elle les infractions ?*, <https://transparency.fb.com/fr-fr/forcement/detecting-violations/technology-detects-violations/>, consulté le 31.08.2022.

Les systèmes automatisés sont justifiés par la quantité et la variété des contenus diffusés sur les réseaux sociaux, ainsi que par la rapidité à laquelle l'information se propage sur Internet⁹⁷. Afin de modérer l'océan de contenu publié sur les réseaux sociaux, les exploitants des plateformes ont adopté une approche industrielle de la modération de contenu, qui crée une sorte « d'usine des décisions »⁹⁸. En effet, l'utilisation de méthodes d'intelligence artificielle (IA) permet de détecter et bloquer un contenu illicite avant même que celui-ci ne soit publié sur la plateforme⁹⁹. La modération automatisée a ainsi lieu entre le téléchargement du contenu et sa publication (modération de contenu *ex ante*)¹⁰⁰. De plus, l'IA identifie les contenus les plus choquants, comme les traitements dégradants et inhumains, les contenus à caractère pédopornographique, les meurtres, les suicides et les viols. Ainsi, les modérateurs humains sont moins confrontés à ce type de contenus et peuvent se concentrer sur l'analyse du contenu moins dommageable pour leur état de santé¹⁰¹.

Les réseaux sociaux utilisent des techniques issues des statistiques et de l'informatique pour analyser le caractère illicite des informations et, cas échéant, supprimer ces dernières¹⁰². Dans le cadre de cette contribution, nous nous limiterons à analyser deux méthodes de modération automatisée, la correspondance (*matching*) et le *machine learning*.

2. La correspondance

La correspondance (*matching*) consiste à comparer l'empreinte numérique de deux documents¹⁰³. Cette méthode implique un « hachage » de la publication analysée, à savoir un processus cryptographique qui permet, par le

⁹⁷ N. APPELMAN *et al.*, *Access to Digital Justice : In Search of an Effective Remedy for Removing Unlawful Online Content*, 2021, p. 9, https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3961390, consulté le 31.08.2022 (à paraître dans : X. KRAMER *et al.* (édit.), *Frontiers in Civil Justice*, Cheltenham/Northampton 2022) ; T. GILLESPIE, « Content Moderation, AI, and the Question of Scale », *Big Data & Society*, 2020, p. 1.

⁹⁸ R. CAPLAN, « Content or Context Moderation : Artisanal, Community-Reliant, and Industrial Approaches », *Data & Society*, 2020, p. 24 ; DOUEK (n. 56), p. 11.

⁹⁹ GILLESPIE (n. 97), p. 1.

¹⁰⁰ KLONICK (n. 54), p. 1636.

¹⁰¹ GILLESPIE (n. 97), p. 4.

¹⁰² R. GORWA/R. BINNS/C. KATZENBACH, « Algorithmic Content Moderation : Technical and Political Challenges in the Automation of Platform Governance », *Big Data & Society* 2020, p. 3.

¹⁰³ GILLESPIE (n. 97), p. 4, qui décrit cette méthode comme la comparaison d'un nouveau contenu avec des exemples de contenus illicites conservés dans une liste noire.

biais d'une fonction de *hash*, d'attribuer à la publication une empreinte numérique (un *hash*)¹⁰⁴. Une fonction de *hash* est une fonction mathématique qui permet de représenter une donnée – un *tweet*, une image, un document – en une valeur cryptographique unique et propre à cette donnée¹⁰⁵.

De nombreux réseaux sociaux utilisent des méthodes de *matching*, notamment pour lutter contre le contenu à caractère pornographique ou le terrorisme¹⁰⁶. Le programme *PhotoDNA*, développé par *Microsoft*, permet de comparer les valeurs de *hash* d'images et de vidéos publiées et téléchargées par des utilisateurs avec une base de données qui contient des valeurs de *hash* d'images et de vidéos à caractère pédopornographique¹⁰⁷. Si le *hash* du contenu en question correspond aux *hash* de la base de données, il s'agit d'un contenu à caractère pédopornographique¹⁰⁸.

La plateforme *YouTube* a développé *Content ID*, un système automatisé d'identification des contenus protégés par le droit d'auteur¹⁰⁹. Grâce à ce système, le titulaire d'un droit d'auteur détient une empreinte numérique du contenu protégé par son droit. Lorsque le système identifie une correspondance entre l'empreinte numérique d'une vidéo litigieuse et l'empreinte détenue par le titulaire du droit d'auteur, ce dernier peut choisir de bloquer la vidéo, de la monétiser ou de suivre ses statistiques de visionnage¹¹⁰.

La correspondance est une méthode efficace pour détecter les contenus répétitifs et identiques. Toutefois, en raison de leur sensibilité aux altérations, les fonctions de *hash* basées sur la cryptographie sont peu utiles en matière de modération de contenu¹¹¹. En effet, une manipulation minimale du contenu analysé (par exemple, dans la couleur des pixels d'une image) peut modifier le *hash*

¹⁰⁴ N. DUARTE/E. LLANSO/A. LOUP, *Mixed Messages ? The Limits of Automated Social Media Content Analysis*, 2017, p. 9 ; GORWA/BINNS/KATZENBACH (n. 102), p. 4 ; YORK/ZUCKERMAN (n. 58), p. 150.

¹⁰⁵ DUARTE/LLANSO/LOUP (n. 102), p. 9 ; GORWA/BINNS/KATZENBACH (n. 102), p. 4.

¹⁰⁶ BLOCH-WEHBA (n. 94), p. 57 s. ; GILLESPIE (n. 97), p. 3 ; H. WESTERMANN, *An Interactive Guide to the Blockchain, Part II – Hash Functions*, *Laboratoire de cyberjustice*, www.cyberjustice.ca/2020/05/26/an-interactive-guide-to-the-blockchain-part-ii-hash-functions/, consulté le 31.08.2022.

¹⁰⁷ BLOCH-WEHBA (n. 94), p. 58 ; MICROSOFT, *PhotoDNA*, www.microsoft.com/en-us/photodna, consulté le 31.08.2022.

¹⁰⁸ BLOCH-WEHBA (n. 94), p. 58.

¹⁰⁹ YOUTUBE, *Fonctionnement de Content ID*, <https://support.google.com/youtube/answer/2797370?hl=fr>, consulté le 31.08.2022 ; voir ég. BLOCH-WEHBA (n. 94), p. 64.

¹¹⁰ YOUTUBE (n. 107). La (dé)monétisation vise à partager, entre le titulaire d'un droit d'auteur et l'auteur d'une publication illicite, les gains économiques liés au visionnage de celle-ci.

¹¹¹ GORWA/BINNS/KATZENBACH (n. 102), p. 4.

udit contenu et ainsi altérer la correspondance entre celui-ci et le *hash* du contenu illicite, identifié au préalable¹¹². Pour cette raison, des méthodes non cryptographiques sont utilisées et visent à calculer les « similarités » entre deux informations, plutôt que de véritables correspondances¹¹³.

3. *Le machine learning*

Alors que la correspondance implique la collecte et la conservation, dans une base de données, des valeurs de *hash* correspondant à des exemples individuels de contenus illicites, la classification implique de généraliser les caractéristiques d'un set de données, au sein duquel des contenus futurs peuvent être classés automatiquement, par « prédiction »¹¹⁴.

La classification implique des méthodes de *machine learning*. Par « apprentissage » (*learning*), on entend un traitement inductif qui utilise des approches statistiques pour construire, à partir d'un set de données, des modèles qui peuvent réaliser des « prédictions » avec de nouvelles données d'entrée¹¹⁵. Dans l'une de ses contributions, ÉRIC TALLEY décrit, en six étapes, une méthode de classification dans le cadre de l'analyse de documents¹¹⁶. L'objectif principal de cette méthode est l'extraction d'entrées (*inputs*) parmi un set de données (des documents), dans l'objectif d'arriver à un certain résultat (*output*)¹¹⁷. Ces données sont ensuite « purifiées »¹¹⁸, puis analysées par le biais de méthodes statistiques et de calculs de probabilités¹¹⁹.

Le *machine learning* utilisé par les réseaux sociaux pour modérer le contenu est, en principe, « supervisé ». On parle d'apprentissage supervisé, dans le sens où un set de données préexistant est labélisé dans différentes catégories (par exemple, discours haineux ou discours licite) afin d'entraîner l'algorithme à

¹¹² GORWA/BINNS/KATZENBACH (n. 102), p. 4.

¹¹³ *Ibid.*

¹¹⁴ GORWA/BINNS/KATZENBACH (n. 102), p. 5.

¹¹⁵ GORWA/BINNS/KATZENBACH (n. 102), p. 5 ; Y. MENECEUR/C. BARBARO, « Artificial Intelligence and the Judicial Memory : The Great Misunderstanding », *AI and Ethics*, 2022, p. 260-275. p. 270.

¹¹⁶ E. L. TALLEY, « Is the Future of Law a Driverless Car ? : Assessing How the Data-Analytics Revolution Will Transform Legal Practice », *Journal of Institutional and Theoretical Economics*, 2018, p. 183-205, p. 189 ss.

¹¹⁷ TALLEY (n. 116), p. 189 s.

¹¹⁸ TALLEY (n. 116), p. 190. La ponctuation (virgules, points d'exclamation, etc.) est supprimée. Les termes qui se ressemblent sont réduits en un terme commun (par exemple, les termes *walking*, *walked*, *walks* et *walkable* sont réduits au terme *walk*).

¹¹⁹ TALLEY (n. 116), p. 190 ss.

« apprendre » quelles caractéristiques amènent à classer une information dans l'une ou l'autre des catégories¹²⁰.

Selon le type de contenu en cause et la précision de la prédiction opérée par la technologie, l'algorithme n'a qu'une fonction de filtre, en ce sens que la décision de modération revient *in fine* aux modérateurs humains¹²¹. En effet, dans la plupart des cas, l'algorithme n'est qu'un soutien à la prise de décision, c'est-à-dire un moyen de détection du contenu illicite¹²². Dans un futur proche, il n'est toutefois pas exclu que la technologie puisse rendre des décisions de modération sans l'intervention d'un être humain¹²³.

B. Les modérateurs humains

1. Les signalements des utilisateurs

Les utilisateurs d'un réseau social sont de véritables « filtres » de l'information. Bien que jugés par certains comme inefficaces¹²⁴, les signalements (*flagging*) jouent un rôle fondamental dans l'activité de modération de contenu¹²⁵. Un signalement est un mécanisme qui permet à un utilisateur d'exprimer son avis au sujet d'un contenu qu'il estime être illicite ou contraire aux conditions générales¹²⁶.

¹²⁰ GORWA/BINNS/KATZENBACH (n. 102), p. 5.

¹²¹ YORK/ZUCKERMAN (n. 58), p. 157.

¹²² K. KLONICK, « The Facebook Oversight Board : Creating an Independent Institution to Adjudicate Online Free Expression », *The Yale Law Journal*, 2021, p. 2418-2499, p. 2431 ; GILLESPIE (n. 97), p. 4 ; YORK/ZUCKERMAN (n. 58), p. 150.

¹²³ META, *Comment les solutions de contrôle fonctionnent-elles ?*, <https://transparency.fb.com/fr-fr/enforcement/detecting-violations/how-enforcement-technology-works/>, consulté le 31.08.2022 ; plus nuancé : A. HUQ, « A Right to a Human Decision », *Virginia Law Review*, 2020, p. 611-688.

¹²⁴ COMMISSION EUROPÉENNE (n. 33), p. 10, qui relève qu'une grande partie des utilisateurs qui notifient des contenus illégaux aux fournisseurs de services numériques sont insatisfaits de la réponse apportée et de l'inefficacité des mécanismes de notification ; HATEAID, *Transparenzberichte : Wie Social-Media-Plattformen unsere Rechte umgehen*, 2022, <https://hateaid.org/transparenzberichte-social-media-plattformen>, consulté le 31.08.2022. Entre 8 et 15 % du contenu signalé en Allemagne est effectivement supprimé par les plateformes de réseaux sociaux.

¹²⁵ KLONICK (n. 122), p. 2432.

¹²⁶ KLONICK (n. 54), p. 1638 ; A. KUCZERAWY, « From "Notice and Takedown" to "Notice and Stay Down" : Risks and Safeguards for Freedom of Expression », in G. FROSIO (édit.), *Oxford Handbook of Online Intermediary Liability*, Oxford 2020, p. 524-543, p. 528.

Des millions de contenus sont signalés chaque jour sur *Facebook*¹²⁷. En principe, le contenu signalé par les utilisateurs est ensuite stocké sur un serveur, dans l'attente d'être analysé par des modérateurs humains¹²⁸.

L'adoption d'un système de signalement permet à la plateforme d'externaliser ses activités, ce qui induit une véritable dilution du travail de détection des activités illicites¹²⁹. En effet, les signalements sont efficaces pour modérer un grand nombre de publications et ainsi réduire la charge de travail de la plateforme¹³⁰. De plus, les réseaux sociaux coopèrent avec des « signaleurs de confiance » (*trusted flaggers*), à savoir des utilisateurs privés, des autorités publiques ou des ONG qui signalent des contenus illicites ou indésirables aux plateformes¹³¹. Par exemple, en Suisse, certains réseaux sociaux accordent le statut de *trusted flaggers* à Office fédéral de la police (fedpol)¹³².

Par ailleurs, certains régimes juridiques sous-tendent la responsabilité indirecte des plateformes numériques à la connaissance du contenu illicite, en introduisant des systèmes de « *notice and takedown* » (voir *supra*, II.)¹³³. En droit européen, les signalements des utilisateurs sont présumés donner lieu à la connaissance du caractère illicite d'un contenu, lorsque ce caractère est apparent¹³⁴. En d'autres termes, lorsque le signalement permet aux modérateurs de constater, sans examen juridique approfondi, le caractère illicite du contenu signalé, l'exploitant du réseau social est présumé avoir la connaissance du contenu illicite et doit supprimer ce dernier, ceci afin de pouvoir bénéficier des exemptions de responsabilité prévues par la Directive e-commerce¹³⁵. À défaut, le réseau social pourra être tenu pour responsable du contenu illicite publié par l'utilisa-

¹²⁷ FACEBOOK, *Signaler un abus*, www.facebook.com/help/1380418588640631, consulté le 31.08.2022 ; KLONICK (n. 122), p. 2432.

¹²⁸ KLONICK (n. 122), p. 2433 ; KLONICK (n. 54), p. 1639 ; YORK/ZUCKERMAN (n. 58), p. 149, qui évoquent un travail de l'ombre du modérateur.

¹²⁹ En juin 2022, presque trois milliards d'utilisateurs étaient actifs sur *Facebook* mensuellement, ce qui représente une force de signalement considérable (voir META, *Meta Reports Second Quarter 2022 Results*, juillet 2022, <https://investor.fb.com/investor-news/press-release-details/2022/Meta-Reports-Second-Quarter-2022-Results/default.aspx>, consulté le 31.08.2022).

¹³⁰ KLONICK (n. 54), p. 1638.

¹³¹ Consid. 61 et art. 22 DSA.

¹³² Rapport de l'OFCOM (n. 6), p. 55.

¹³³ KUCZERAWY (n. 126), p. 526.

¹³⁴ Art. 16 par. 3 DSA, qui codifie la jurisprudence de la CJUE C-682/18 et C-683/18, *Peterson c. Google* (n. 16).

¹³⁵ Art. 14 par. 1 de la Directive e-commerce et art. 6 DSA.

teur, en application du droit interne des États membres de l'Union européenne¹³⁶. En matière de droit de propriété intellectuelle, le législateur américain a mis en place un régime similaire¹³⁷. Ce système permet aux titulaires de droit de propriété intellectuelle de signaler à l'exploitant du réseau social toute utilisation induite de leur droit. Si l'exploitant supprime rapidement le contenu signalé, il est exempté de toute responsabilité¹³⁸.

Les mécanismes permettant aux utilisateurs de signaler un contenu devraient être faciles d'accès et d'utilisation. Ils devraient notamment permettre aux utilisateurs de notifier aisément au réseau social les éléments d'information spécifiques permettant à ce dernier de déterminer le caractère illicite du contenu en question¹³⁹.

2. Les équipes chargées de modérer le contenu

Les réseaux sociaux externalisent leurs activités de modération de contenu dans le monde entier, dans ce qui ressemble à de véritables *call centers*¹⁴⁰. *Meta* emploie par exemple plus de 15 000 modérateurs¹⁴¹. Les modérateurs sont de véritables « fourmis ouvrières » de la régulation de la parole en ligne, travaillant dans l'ombre et dans des conditions extrêmement difficiles¹⁴².

L'activité des modérateurs consiste à interpréter et appliquer les conditions générales du réseau social relatives à la modération de contenu, auxquelles les utilisateurs sont liés contractuellement¹⁴³.

¹³⁶ Au sujet du régime de responsabilité indirecte prévu par la Directive e-commerce et le Règlement sur les services numériques, voir *supra*, II.A.

¹³⁷ Section 512 du *Digital Millennium Copyright Act* (DMCA) du 28 octobre 1998 (H.R. 2281, 112 Stat. 2860 ; cité : § 512 DMCA) ; LAIDLAW (n. 63), p. 140.

¹³⁸ § 512 (c) (1) (C) DMCA : « A service provider shall not be liable for infringement of copyright [...], if the service provider upon notification of claimed infringement [...], responds expeditiously to remove, or disable access to, the material that is claimed to be infringing or to be the subject of infringing activity ».

¹³⁹ Consid. 50 et art. 16 DSA.

¹⁴⁰ KLONICK (n. 54), p. 1640.

¹⁴¹ META, *Détecter les infractions*, <https://transparency.fb.com/fr-fr/enforcement/detecting-violations/>, consulté le 31.08.2022.

¹⁴² En effet, les modérateurs sont confrontés à des contenus choquants, qui peuvent engendrer un stress psychologique important (voir S. ROBERTS, *Behind the Screen : Content Moderation in the Shadows of Social Media*, New York 2019 ; RTSINFO, *Les « nettoyeurs » de Facebook, des travailleurs sous pression*, 2020, www.rts.ch/info/sciences-tech/11070120-les-nettoyeurs-de-facebook-des-travailleurs-sous-pression.html, consulté le 31.08.2022).

¹⁴³ META, *Standards de la communauté Facebook*, <https://transparency.fb.com/fr-fr/policies/community-standards>, consulté le 31.08.2022 ; KOLTAY (n. 65), p. 183.

La modération de contenu est un exercice complexe¹⁴⁴. En effet, il est souvent difficile de déterminer le caractère illicite ou la contrariété aux conditions générales de certains contenus, tels que les discours violents ou haineux et la désinformation¹⁴⁵. L'illicéité de ce type de contenu dépendra de nombreux facteurs, tels que l'origine et l'intention de l'auteur, mais également du contexte dans lequel la publication est réalisée¹⁴⁶ et du sens qui est donné à cette dernière¹⁴⁷. L'exemple introductif du « *Twitter joke trial* » est symptomatique de la difficulté de modérer le contenu (voir *supra*, I.). En effet, ce genre de déclaration se situe dans une « zone grise » et rend difficile la prise de décision¹⁴⁸. En outre, l'examen de certains contenus requiert des connaissances juridiques spécifiques, que n'ont pas nécessairement les modérateurs¹⁴⁹.

Le *Digital Services Act* impose aux plateformes numériques, notamment lorsqu'elles décident de supprimer des contenus, d'exposer les faits sur lesquels s'appuie leur décision et de motiver celle-ci, en application du droit ou de leurs conditions générales¹⁵⁰. La nécessité pour les modérateurs de procéder à un examen factuel et juridique du cas d'espèce est, à notre avis, inconciliable avec la vitesse à laquelle les modérateurs doivent rendre leur décision. En effet, ces derniers reçoivent quotidiennement des millions de signalements, qui doivent être analysés en quelques secondes seulement¹⁵¹. Le fait d'imposer aux réseaux sociaux de telles exigences de motivation nous semble particulièrement contraignant. Dans une perspective de sécurité juridique, il revient à notre avis au législateur européen et aux États membres de l'Union de désigner le type de contenus illicites pour lesquels une motivation juridique est exigée, soit en fonction de la gravité de l'infraction, soit en fonction des biens juridiques qui méritent une protection renforcée (par exemple, en matière de droits de propriété intellectuelle).

¹⁴⁴ GOLDMAN (n. 4), p. 58 ; YORK/ZUCKERMAN (n. 58), p. 149.

¹⁴⁵ CAPLAN (n. 98), p. 25 ; VAN EECKE (n. 13), p. 1465.

¹⁴⁶ CAPLAN (n. 98), p. 13 ; K. KLONICK/T. KADRI, *How to Make Facebook's « Supreme Court » Work*, New York Times, 2018, <https://perma.cc/T77K-B6K6>, consulté le 31.08.2022 ; VAN EECKE (n. 13), p. 1466.

¹⁴⁷ Par exemple, un sens humoristique ou politique.

¹⁴⁸ LAIDLAW (n. 63), p. 139.

¹⁴⁹ VAN EECKE (n. 13), p. 1466. On pense notamment aux atteintes aux droits de propriété intellectuelle.

¹⁵⁰ Art. 17 par. 1 et 3 let. b, d et e DSA.

¹⁵¹ R. F. JØRGENSEN, « Rights Talk : In the Kingdom of Online Giants », in R. F. JØRGENSEN, *Human Rights in the Age of Platforms*, Cambridge/Londres, 2019, p. 163-187, p. 171 ; A. PATI, *Facebook : Moderating 2 Billion. How Moderation Works and Where It Goes*, Medium, <https://medium.com/dsckiiit/facebook-moderating-2-billion-e67f3fbc1c15>, consulté le 31.08.2022.

C. Les droits procéduraux des utilisateurs face au pouvoir des réseaux sociaux

L'activité de modération de contenu est susceptible de restreindre les droits fondamentaux des utilisateurs, principalement leur liberté d'expression et leur liberté économique¹⁵². Une publication licite peut être supprimée car considérée comme contraire aux conditions générales de la plateforme, tandis qu'une publication illicite peut être maintenue à tort. Par ailleurs, lorsque le compte *Instagram* d'un influenceur¹⁵³ est supprimé, celui-ci n'est plus en mesure de gagner sa vie. Cette ambiguïté, combinée à la difficulté qu'ont les modérateurs, tant humains qu'automatisés, de déterminer le caractère illicite de certains contenus (voir *supra*, III.B.2.), risque de faire payer un lourd tribut aux libertés fondamentales des utilisateurs.

Par conséquent, il est à notre avis essentiel que les réseaux sociaux – et plus généralement, les plateformes numériques – respectent les droits procéduraux des utilisateurs, en mettant à leur disposition des voies de recours effectives à l'encontre des décisions de modération.

1. Les voies de recours contre les décisions de modération

Les réseaux sociaux mettent à disposition de leurs utilisateurs des moyens leur permettant de contester une décision de modération. Sur *Facebook*, une décision de modération peut, en principe, faire l'objet d'une demande d'examen¹⁵⁴. Dans le cas où la décision est confirmée, les utilisateurs ont la possibilité d'introduire un appel auprès du Conseil de surveillance de *Meta* (*oversight board*), qui est l'autorité suprême des réseaux sociaux *Facebook* et *Instagram*¹⁵⁵.

¹⁵² BASTIAN (n. 54), p. 53 ; KOLTAY (n. 65), p. 160 : « [T]he moderators [...] gave a far greater influence on the freedom of discussion and exchanges on the platform than does the dedicated government apparatus » ; YORK/ZUCKERMAN (n. 58), p. 137.

¹⁵³ Un influenceur est une personne qui influence l'opinion, la consommation par son audience sur les réseaux sociaux (Dictionnaire Le Petit Robert, Paris 2022).

¹⁵⁴ FACEBOOK, *Mode d'emploi : Je pense que Facebook n'aurait pas dû enlever ma publication*, www.facebook.com/help/209085633120301/?helpref=faq_content, consulté le 31.08.2022 ; KLONICK (n. 122), p. 2434. Un système d'appel est également prévu par *Twitter*, voir TWITTER, *Centre d'assistance : Notre gamme d'options pour l'application de nos politiques*, <https://help.twitter.com/fr/rules-and-policies/enforcement-options>, consulté le 31.08.2022.

¹⁵⁵ FACEBOOK (n. 154).

Lancé en 2019 par *Facebook*, le Conseil de surveillance est une entité extrajudiciaire de résolution des litiges indépendante et composée de juristes, de professeurs d'université et d'anciennes personnalités politiques¹⁵⁶. Le Conseil de surveillance peut être comparé à une institution arbitrale¹⁵⁷. En effet, ses décisions sont contraignantes pour les utilisateurs et aboutissent, en principe, soit au rétablissement du contenu supprimé, soit à la confirmation de la suppression¹⁵⁸. À ce jour, le Conseil de surveillance a rendu 26 décisions, majoritairement dans des affaires à caractère politique¹⁵⁹.

Le Conseil de surveillance sélectionne les appels qu'il souhaite traiter, en fonction de l'importance de l'affaire et de son impact prospectif sur les politiques de modération du groupe *Meta*¹⁶⁰. L'objectif est de créer des « précédents » qui serviront de base à la régulation de la parole sur Internet¹⁶¹. Les cas sélectionnés par le Conseil posent ainsi des questions qui ont trait aux libertés fondamentales des utilisateurs, principalement à leur liberté d'expression et d'opinion.

Il est intéressant de relever que le Conseil de surveillance, une entité privée créée à l'initiative de Mark Zuckerberg, applique un raisonnement similaire à celui d'un juge constitutionnel¹⁶². En effet, les réseaux sociaux s'engagent, notamment par le biais des Principes directeurs des Nations Unies relatifs aux entreprises et aux droits de l'Homme (UNGP), à respecter et à appliquer les droits fondamentaux dans les relations avec leurs utilisateurs¹⁶³. Dans l'affaire concernant la suspension des comptes *Facebook* et *Instagram* de Donald Trump en raison de l'attaque du Capitole¹⁶⁴, le Conseil de surveillance a appliqué le droit fondamental à la liberté d'expression tel que défini par l'art. 19 du

¹⁵⁶ CONSEIL DE SURVEILLANCE, *Le Conseil*, www.oversightboard.com/meet-the-board/, consulté le 31.08.2022. Pour un historique concernant la création du conseil de surveillance, voir KLONICK (n. 122), p. 2448 ss.

¹⁵⁷ KLONICK (n. 122), p. 2477.

¹⁵⁸ Art. 1 al. 4 par. 1 de la Charte du Conseil de surveillance, <https://oversightboard.com/governance/#authority-to-review>, consulté le 31.08.2022.

¹⁵⁹ CONSEIL DE SURVEILLANCE DE META, *Décisions du Conseil*, www.oversightboard.com/decision/, consulté le 31.08.2022.

¹⁶⁰ Art. 2 al. 1 par. 3 de la Charte du Conseil de surveillance (n. 158) ; C. GOANTA/P. ORTOLANI, « Unpacking Content Moderation : The Rise of Social Media Platforms as Online Civil Courts », 2021, p. 16, https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?Abstract_id=3969360, consulté le 31.08.2022 (à paraître dans : X. KRAMER *et al.* (édit.), *Frontiers in Civil Justice*, Cheltenham/Northampton 2022).

¹⁶¹ Art. 2 al. 2 par. 2 de la Charte du Conseil de surveillance (n. 158).

¹⁶² Voir L. GRADONI, *Constitutional Review via Facebook's Oversight Board : How platform governance had its Marbury v Madison*, *Verfassungsblog*, 2021, <https://verfassungsblog.de/fob-marbury-v-madison/>, consulté le 31.08.2022.

¹⁶³ ONU, *Principes directeurs des Nations Unies relatifs aux entreprises et aux droits de l'Homme*, New York/Genève 2011. Ces principes ne sont toutefois pas contraignants.

¹⁶⁴ CONSEIL DE SURVEILLANCE, Décision 2021.001.FB.FBR du 5 mai 2021, <https://oversightboard.com/decision/FB-691QAMHJ/>, consulté le 31.08.2022.

Pacte ONU II¹⁶⁵. L'analyse du Conseil a porté sur la légalité, l'intérêt public et la proportionnalité de la décision de suspendre indéfiniment les comptes *Facebook* et *Instagram* de Donald Trump¹⁶⁶. Dans le cas d'espèce, le Conseil a jugé qu'en maintenant une parole infondée quant à une fraude électorale et un appel persistant à agir, Donald Trump a créé un environnement propice à la violence, en légitimant les émeutes du Capitole. Même si la suspension des comptes était légitimée par un objectif de maintien de l'ordre public, sa durée indéfinie, elle, ne l'était pas. En effet, selon le Conseil, l'absence de limitation de durée de la suspension représentait une restriction disproportionnée à la liberté d'expression de l'utilisateur concerné¹⁶⁷.

La mise à disposition de mécanismes d'appel contre les décisions de modération, tels que ceux mis en place par *Meta*, garantit a priori un semblant d'équité procédurale aux utilisateurs¹⁶⁸. Toutefois, encore faut-il que ces mécanismes soient effectifs, c'est-à-dire qu'ils respectent certaines garanties procédurales et soient facilement accessibles, rapides et peu onéreux.

2. *Le droit des utilisateurs à un recours effectif*

Sur *Meta*, le premier appel consiste à demander aux modérateurs un (ré)examen de la décision. Cependant, toutes les demandes d'examen ne sont pas examinées, notamment pendant les périodes de forte activité¹⁶⁹. Le second appel se fait auprès du Conseil de surveillance, lequel sélectionne les cas traités en fonction de leur importance et qui, par conséquent, rend très peu de décisions (voir *supra*, III.C.1.).

Ainsi, même si certains réseaux sociaux mettent à disposition de leurs utilisateurs des mécanismes leur permettant de contester une décision de modération, ces derniers ne semblent pas être effectifs. En effet, dans la grande majorité des cas, les utilisateurs ne sont pas entendus et sont laissés à la merci du pouvoir

¹⁶⁵ Pacte international relatif aux droits civils et politiques du 16 décembre 1966 (RS 0.103.2).

¹⁶⁶ CONSEIL DE SURVEILLANCE, Décision 2021.001.FB.FBR (n. 164).

¹⁶⁷ *Ibid.*

¹⁶⁸ KLONICK (n. 122) ; *contra* : BLOCH-WEHBA (n. 94), p. 93, qui estiment que la procédure mise en place par le Conseil de surveillance n'offre qu'un « simulacre de procès équitable ».

¹⁶⁹ FACEBOOK (n. 154) : « Pendant les périodes d'activité intense, il ne nous est pas possible d'examiner toutes les demandes [...]. Si votre contenu a été retiré et que vous estimez qu'il ne va pas à l'encontre de nos Standards de la communauté, vous pouvez demander à ce qu'il soit examiné à nouveau et nous réétudierons notre décision si nous le pouvons [...]. Il est impossible de demander un nouvel examen pour certains types de contenu ».

décisionnel des modérateurs¹⁷⁰. De plus, on peut légitimement se demander si les modérateurs qui procèdent au réexamen des décisions de modération, au stade du premier appel, sont réellement indépendants et impartiaux.

Il est à notre avis essentiel d'établir un système de modération qui, d'une part, respecte des garanties procédurales minimales et, d'autre part, offre aux utilisateurs un accès à une forme de justice rapide, transparente et peu onéreuse¹⁷¹. À défaut, les droits fondamentaux des utilisateurs se verraient vidés de leur substance face au pouvoir décisionnel des plateformes numériques, ce qui conduirait à un déni de justice¹⁷². En ce sens, le Rapporteur spécial des Nations Unies sur la liberté d'expression a identifié l'obligation de fournir un recours effectif comme l'un des aspects les plus importants en ce qui concerne les activités de modération réalisées par les entreprises privées¹⁷³.

Définir précisément les principes procéduraux applicables en matière de modération de contenu sortirait du cadre de la présente contribution. Par conséquent, nous nous limiterons à énumérer, sans prétention aucune à l'exhaustivité, quelques principes procéduraux qui s'appliquent – ou devraient s'appliquer – aux procédures de modération de contenu.

Au préalable, les mécanismes de modération peuvent être analysés sous l'angle du cadre légal développé en matière de résolution alternative des litiges (*alternative dispute resolution*, ADR) et de résolution des litiges en ligne (*online dispute resolution*, ODR)¹⁷⁴. En droit européen, la Directive 2013/11/UE relative au règlement extrajudiciaire des litiges de consommation¹⁷⁵ et le Règle-

¹⁷⁰ HATEAID (n. 124) ; KOLTAY (n. 65), p. 182 ; M. SCHEFER/R. CUENI, *Öffentlichkeit Im Wandel : Überlegungen Aus Grundrechtlicher Sicht*, Rapport pour l'OFCOM, 2020, p. 56, <https://docplayer.org/199529362-Oeffentlichkeit-im-wandel-ueberlegungen-aus-grundrechtlicher-sicht.html>, consulté le 31.08.2022.

¹⁷¹ APPELMAN *et al.* (n. 97), p. 13 ; H. FELD, *Case for the Digital Platform Act : Market Structure and Regulation of Digital Platforms*, New York 2019, p. 29 ; R. VAN LOO, « Federal Rules of Platform Procedure », *The University of Chicago Law Review*, 2021, p. 829-895, p. 867.

¹⁷² APPELMAN *et al.* (n. 97), p. 1 ; GOANTA/ORTOLANI (n. 160), p. 8.

¹⁷³ CONSEIL DES DROITS DE L'HOMME, *Rapport du Rapporteur spécial sur la promotion et la protection du droit à la liberté d'opinion et d'expression*, 6 avril 2018 (A/HRC/38/35), par. 11, 38 et 58.

¹⁷⁴ GOANTA/ORTOLANI (n. 160), p. 7, qui soulignent l'intérêt d'examiner la modération de contenu à travers le prisme des ADR ; P. ORTOLANI, « Digital Dispute Resolution : Blurring the Boundaries of ADR », in L.A. DIMATTEO *et al.* (édit.), *The Cambridge Handbook of Lawyering in the Digital Age*, Cambridge 2021, p. 140-158, p. 148 ss, qui évoque les « plateformes en tant que fournisseurs de services de résolution des litiges ».

¹⁷⁵ Directive 2013/11/UE du Parlement européen et du Conseil du 21 mai 2013 relative au règlement extrajudiciaire des litiges de consommation (Directive ADR ; JO L 165/63).

ment 524/2013 du 21 mai 2013 relatif au règlement en ligne des litiges de consommation¹⁷⁶ fixent les exigences procédurales que doivent respecter les entités de règlement extrajudiciaire des litiges entre consommateurs et professionnels établies dans l'Union européenne¹⁷⁷. La CNUDCI a également émis, en 2017, des « Notes techniques » non contraignantes relatives aux ODR utilisés dans le cadre du e-commerce¹⁷⁸. Les ADR et ODR se doivent ainsi de respecter les exigences d'indépendance et d'impartialité¹⁷⁹, d'être accessibles, rapides et peu onéreux¹⁸⁰ et de garantir le droit des parties à un procès équitable¹⁸¹.

En 2018, plusieurs organisations privées ont adopté les Principes de Santa Clara relatifs à la transparence et la responsabilité en matière de modération de contenu¹⁸². Ces principes établissent des standards procéduraux que les intermédiaires en ligne doivent prendre en compte lors de leurs activités de modération¹⁸³. Des systèmes de notification et des voies de recours effectives doivent notamment être introduits¹⁸⁴. En outre, les modérateurs doivent être compétents et comprendre la langue, la culture et le contexte politico-social des publications qu'ils sont amenés à modérer¹⁸⁵.

Le Règlement sur les services numériques (DSA) fixe des obligations précises en matière de modération de contenu (voir *supra*, II.A.3.). Les plateformes numériques devront introduire des mécanismes permettant aux utilisateurs de contester les décisions de modération de contenu, par le biais d'un système interne de traitement des réclamations¹⁸⁶. Les décisions de modération devront

¹⁷⁶ Règlement 524/2013 du Parlement européen et du Conseil du 21 mai 2013 relatif au règlement en ligne des litiges de consommation (Règlement ODR ; JO L 165/1).

¹⁷⁷ La Directive ADR et le Règlement ODR sont deux instruments législatifs liés et complémentaires (Directive ADR, consid. 12). Toutefois, ces textes ne s'appliquent pas aux procédures de modération gérées par un réseau social (voir art. 2 par. 2 let. b de la Directive ADR).

¹⁷⁸ CNUDCI, *Notes techniques sur le règlement des litiges en ligne*, New York 2017. Même si les notes techniques ont pour champ d'application le e-commerce, celles-ci sont à notre avis utiles pour fixer un cadre procédural en matière de modération de contenu.

¹⁷⁹ Art. 6 de la Directive ADR ; CNUDCI (n. 178), par. 13 s., p. 3.

¹⁸⁰ Art. 8 de la Directive ADR ; CNUDCI (n. 178), par. 9, p. 2.

¹⁸¹ Art. 9 de la Directive ADR ; CNUDCI (n. 178), par. 7, p. 2 et par. 49c, p. 9.

¹⁸² The Santa Clara Principles on Transparency and Accountability in Content Moderation, version 2.0, 2021, <https://santaclaraprinciples.org/>, consulté le 31.08.2022. D'autres textes non contraignants ont été adoptés par des organisations privées (voir GOLDMAN (n. 4), p. 14 ss).

¹⁸³ Art. 1 des Principes de Santa Clara (n. 182) : « Companies should ensure that human rights and due process considerations are integrated at all stages of the content moderation process [...] ».

¹⁸⁴ Art. 5 des Principes de Santa Clara (n. 182).

¹⁸⁵ Art. 3 des Principes de Santa Clara (n. 182).

¹⁸⁶ Art. 20 DSA ; consid. 58 DSA.

être précisément motivées, tant factuellement que juridiquement¹⁸⁷. Le Règlement introduira également un mécanisme de certification des entités extrajudiciaires de résolution des litiges (ADR)¹⁸⁸. Afin d'être certifiées au sens du Règlement, ces entités devront offrir aux utilisateurs des garanties procédurales suffisantes, notamment être indépendantes et impartiales, disposer de l'expertise nécessaire pour analyser l'illicéité d'un contenu et offrir une procédure rapide et peu onéreuse¹⁸⁹.

Finalement, l'utilisation de mécanismes automatisés de modération (voir *supra*, III.A.) doit faire l'objet d'une transparence renforcée (*algorithmic accountability*)¹⁹⁰. Lorsque des moyens automatisés sont utilisés par la plateforme pour repérer, filtrer et supprimer du contenu, les utilisateurs doivent être informés de l'automatisation à la base de la décision, afin de pouvoir, cas échéant, demander un réexamen de la décision par un être humain. Ce « droit à une décision humaine »¹⁹¹ a d'ailleurs été consacré par le Conseil de surveillance de *Meta*, en application de l'art. 2 du Pacte ONU II relatif au droit à un recours effectif¹⁹². Selon le Conseil, lorsque *Facebook* recourt à des moyens automatisés pour modérer le contenu, la plateforme doit assurer à ses utilisateurs une possibilité de faire appel de la décision auprès d'un être humain¹⁹³.

¹⁸⁷ Art. 17 et 20 par. 5 DSA. Les modérateurs devront préciser les faits sur lesquels s'appuie la décision et, lorsque la décision concerne des contenus prétendument illicites, donner une référence au fondement juridique sous-jacent et des explications des motifs pour lesquels ces informations sont considérées comme des contenus illicites (art. 17 par. 3 let. *b* et *d* DSA).

¹⁸⁸ Art. 21 DSA.

¹⁸⁹ Art. 21 par. 3 DSA.

¹⁹⁰ Art. 15 par. 1 let. *c* et *e*, 16 par. 6, et 17 par. 3 let. *c* DSA.

¹⁹¹ HUQ (n. 123), p. 615 ; D. SANCHO, « Automated Decision-Making under Article 22 GDPR », in M. EBERS/S. NAVAS (édit.), *Algorithms and Law*, Cambridge 2020, p. 136-156, p. 147 ss.

¹⁹² CONSEIL DE SURVEILLANCE, Décision 2020-004-IG-UA du 28 janvier 2021, <https://oversightboard.com/news/682162975787757-oversight-board-overturms-original-face-book-decision-case-2020-004-ig-ua/>, consulté le 31.08.2022. Cette affaire concerne la suppression, par des moyens automatisés, d'une image publiée sur *Instagram* qui avait pour objectif de sensibiliser la population au dépistage du cancer du sein.

¹⁹³ CONSEIL DE SURVEILLANCE, Décision 2020-004-IG-UA (n. 192) ; voir ég. l'art. 20 par. 6 DSA, selon lequel « [l]es fournisseurs de plateformes en ligne veillent à ce que les décisions [rendues sur réclamation] soient prises sous le contrôle de collaborateurs dûment qualifiés, et pas uniquement par des moyens automatisés ».

3. L'obligation de l'État de garantir les droits procéduraux des utilisateurs face aux réseaux sociaux

L'État a une obligation positive de protéger les particuliers contre les atteintes à leurs libertés fondamentales par d'autres particuliers, notamment par le biais du droit positif¹⁹⁴. Cette obligation est accentuée lorsque les libertés fondamentales d'un grand nombre de personnes sont menacées par des entités privées socialement puissantes, telles que les grandes plateformes numériques¹⁹⁵. En effet, le fait que des acteurs privés, plutôt que des tribunaux étatiques, décident de la légalité de certains contenus soulève des préoccupations tant du point de vue de la liberté d'expression, que du droit à un procès équitable (*due process*)¹⁹⁶.

Par conséquent, il revient au législateur d'adopter des mesures permettant de protéger les utilisateurs dans le cadre d'une procédure de modération de contenu¹⁹⁷. En adoptant le Règlement sur les services numériques, le législateur européen prend les mesures visant à renforcer les droits procéduraux des utilisateurs dans leur relation de dépendance vis-à-vis des plateformes numériques¹⁹⁸.

Le législateur américain est également en passe de modifier son régime de responsabilité indirecte, en imposant des obligations plus strictes en matière de modération de contenu. Deux projets de loi ont pour objectif de réduire l'étendue de l'immunité accordée aux plateformes numériques en vertu de la section 230 CDA (voir *supra*, II.B.)¹⁹⁹.

IV. Conclusion

Le présent ouvrage a pour titre « la technologie, l'humain et le droit ». Afin de clore nos propos, nous proposons donc de reprendre ces trois éléments qui, à notre avis, sont centraux dans le cadre de la modération de contenu.

¹⁹⁴ CourEDH, *Mosley c. le Royaume-Unis* du 10 mai 2011 (requête n° 48009/08), par. 106 ; CONSEIL DES DROITS DE L'HOMME (n. 173), par. 6 ; CALLAMARD (n. 87), p. 199 et 201 ; P. MAHON, *Droit constitutionnel – Droits fondamentaux*, 3^e éd., vol. II, Bâle/Neuchâtel, N 28, p. 49.

¹⁹⁵ CONSEIL DES DROITS DE L'HOMME (n. 173), par. 6 ; Rapport OFCOM (n. 6), p. 31.

¹⁹⁶ JØRGENSEN (n. 151), p. 176.

¹⁹⁷ MACCARTHY (n. 66), p. 116 ; VAN LOO (n. 171), p. 875.

¹⁹⁸ COMMISSION EUROPÉENNE (n. 33), p. 14.

¹⁹⁹ CONGRÈS DES ÉTATS-UNIS D'AMÉRIQUE, *Projets de Digital Platform Commission Act of 2022* du 12 mai 2022 (S.4201) et de *21st Century FREE Speech Act* du 27 avril 2021 (S. 1384).

La *technologie* façonne la manière dont se déroule l'échange en ligne d'information et d'opinion. Le code (*i.e.* les algorithmes) dicte le *modus operandi* de la plateforme, dont l'objectif principal est de capitaliser sur les données personnelles de ses utilisateurs. Les algorithmes des réseaux sociaux sélectionnent ce que les utilisateurs reçoivent dans leur fil d'actualité, en fonction de leurs interactions précédentes sur la plateforme. De plus, des moyens automatisés sont utilisés à des fins de modération de contenu. L'usage croissant de la technologie à des fins de modération de contenu permet à la plateforme d'influencer l'opinion des *utilisateurs*. Ces derniers se trouvent à la merci du pouvoir décisionnel de la plateforme, de ses algorithmes et des modérateurs humains employés par celle-ci.

Par conséquent, on peut légitimement se demander quel est le rôle du *droit* dans le cadre de la modération de contenu. Il revient à notre avis au législateur la tâche – certes ardue mais essentielle – de trouver un juste équilibre entre, d'une part, la protection des justiciables sur Internet et, d'autre part, l'objectif de ne pas freiner le progrès technologique en fixant des exigences légales trop contraignantes aux plateformes. À l'instar du Règlement sur les services numériques, cet équilibre cherchera à fixer des standards minimaux applicables à une procédure de modération de contenu, tout en assurant que les utilisateurs aient accès à une forme de justice efficiente, rapide et peu onéreuse : une justice numérique.

Le juge, l'aléa et l'intelligence artificielle

GALAHAD DELMAS

Doctorant | Centre de Recherche sur la Justice et le Règlement des Conflits |
Université Paris II Panthéon-Assas

Tables des matières

I. Introduction	125
II. La modélisation de l'aléa judiciaire	127
A. La modélisation du raisonnement juridique.....	127
B. Distribution et explicabilité des résultats.....	129
III. Intérêt de la modélisation	130
A. Un outil au service des parties et du juge.....	130
B. Un outil nécessitant quelques précautions d'usage.....	131
IV. Conclusion	133

I. Introduction

Justice prédictive, justice simulative, justice actuarielle, jurimétrie. Source de nombreuses réactions, ces termes souvent peu ou mal définis¹ suscitent depuis plusieurs années commentaires, inquiétudes et fantasmes au sein de la sphère juridique². Ils représentent cependant plusieurs réalités qui ont pour point commun le recours à la science, et plus précisément à la technologie, dans l'objectif de maîtriser autant que faire se peut le risque judiciaire. Cette démarche n'est par ailleurs pas nouvelle : dès la fin du XVIII^e siècle, Condorcet tentait de réduire le risque d'erreur judiciaire grâce aux mathématiques et plus

¹ J. DUPRE/J. LEVY-VEHEL, « L'intelligence artificielle et la valorisation du patrimoine jurisprudentiel », *Daloz IP/IT* 2017, p. 500.

² B. DONDERO, « Justice prédictive : la fin de l'aléa judiciaire ? », *Daloz* 2017, p. 532 ; F. ROUVIERE, « La justice prédictive version moderne de la boule de cristal », *Revue trimestrielle de Droit civil* 2017, p. 527 ; A. GARAPON, « Les enjeux de la justice prédictive », *La Semaine Juridique Édition Générale*, n° 1-2, 9 janvier 2017, p. 31 ; T. COUSTET, « La réalité derrière le fantasme de la justice robot », *Daloz Actualités*, 15 avril 2019 ; A. ROCHER, « Considérations d'épistémologie juridique sur les *legal-techs* », *Revue trimestrielle de Droit commercial* 2022, p. 23.

précisément, aux probabilités, en jouant sur le rapport entre vote à la majorité et nombre de votants³.

Loin de se limiter à l'erreur judiciaire, le risque judiciaire repose avant tout sur un second facteur, désormais identifié et étudié, l'aléa judiciaire. Celui-ci trouve sa source dans la genèse même de la notion de litige puisqu'il suppose un désaccord naissant entre deux ou plusieurs parties. Chaque partie ayant sa propre vision de la réalité et ses propres prétentions qu'elle estime légitimes, le litige naît de l'opposition de ces réalités multiples. Il incombe alors au juge, tiers au litige, d'observer, de comparer, de confronter et d'apprécier toutes ces réalités. En rendant sa décision, le juge décide d'imposer tout ou partie des prétentions d'une partie à l'autre, afin d'en faire une réalité judiciaire s'imposant grâce à la force exécutoire conférée à la décision rendue.

Loin de l'action du juge automate de Beccaria⁴, une décision de justice est avant tout une décision humaine, elle est alors empreinte d'une part de subjectivité, ce qui donne tout son sens au pouvoir d'appréciation souveraine dévolu aux juges du fond. La conviction du juge, et donc le sens de la décision qu'il rendra, repose ainsi sur différents facteurs objectifs et subjectifs tels que les faits de l'espèce, les argumentaires des parties ainsi que les éléments de preuve sur lesquels ils s'appuient. Il a cependant été établi⁵ que d'autres éléments pouvaient avoir un impact sur la décision du juge. En effet, celui-ci pourra parfois être influencé, même inconsciemment, par l'apparition de biais cognitifs pouvant résulter par exemple du contexte dans lequel il prend sa décision, du dossier précédent au rôle, etc. C'est de cette part de subjectivité dans l'appréciation que résulte en partie l'aléa judiciaire.

L'anticipation de cet aléa semble dès lors présenter un intérêt crucial pour les parties dans leur approche du contentieux. C'est d'ailleurs ce qu'elles tentent de faire lorsqu'elles construisent leur argumentaire, voire lorsqu'elles formulent leurs demandes, qu'elles soient principales ou subsidiaires. Il est en effet usuel d'avoir recours à une recherche de jurisprudence pour étayer un argumentaire ou pour évaluer une prétention telle que le montant d'une demande indemnitaire. Il s'agit donc de s'appuyer sur une analyse empirique de la pratique afin de tenter d'en identifier les ressorts et ainsi d'adapter sa stratégie et ses prétentions en conséquence⁶. Il est cependant courant de voir les parties établir leurs prétentions en fonction de moyennes des montants attribués dans

³ N. DE CONDORCET, *Essai sur l'application de l'analyse à la probabilité des décisions rendues à la pluralité de voix*, 1784.

⁴ C. BECCARIA, *Des délits et des peines*, 1764.

⁵ S. DANZIGER/J. LEVAV/L. AVNAIM-PESSO, « "Qu'a mangé le juge à son petit-déjeuner ?" De l'impact des conditions de travail sur la décision de justice », *Les Cahiers de la Justice* 2015, n° 4, p. 579-587.

⁶ B. LAMON, « La profession d'avocat et la justice prédictive : un bel outil pour le développement du droit », *Dalloz* 2017, p. 808.

des dossiers semblant similaires. Cette approche statistique et par définition statique se révèle malheureusement peu adaptée à l'anticipation d'une prise de décision et relativement limitée, dès lors que l'on souhaite filtrer la jurisprudence d'une manière trop fine, tout en étant contraint par la nécessité de fonder ses calculs sur des décisions proches du cas d'espèce pour ne pas qu'ils soient faussés.

En réponse à cette problématique et s'inspirant des pratiques ayant cours dans d'autres domaines sujets à un aléa irréductible tel que la médecine, la finance ou la biologie, une nouvelle approche est apparue ces dernières années, la modélisation grâce à l'intelligence artificielle.

Cette méthode fondée sur la représentation ordonnée et systématisée d'un élément complexe, ici le raisonnement juridique, a pour visée principale d'en permettre la reproduction par des outils d'intelligence artificielle afin d'en analyser les comportements.

Inspirée du réalisme juridique, la démarche de modélisation de l'aléa judiciaire a pour objectif principal de proposer une reproduction brute de la pratique judiciaire par le biais d'une analyse fine du raisonnement juridique qui sera lui-même modélisé (II), offrant de nombreux avantages aux parties ainsi qu'au juge qui devront toutefois manier ces outils avec précaution (III).

II. La modélisation de l'aléa judiciaire

La modélisation de l'aléa judiciaire repose tout d'abord sur un travail de modélisation du raisonnement juridique suivi par la juridiction (A), afin de permettre à un outil d'intelligence artificielle d'en proposer une reproduction compréhensible et explicable (B).

A. La modélisation du raisonnement juridique

La modélisation du raisonnement juridique se fonde avant tout sur la compréhension, l'analyse et le découpage du raisonnement emprunté par le juge lorsque celui-ci est amené à statuer sur un sujet précis. Il s'agit dès lors d'identifier l'ensemble des éléments qui composent le raisonnement et de construire une grille de lecture transposable à toute décision rendue sur un sujet similaire⁷.

⁷ L. BELLEIL/J. LEVY-VEHEL, « Sur la modélisation des décisions de justice », in J.-P. CLAVIER, *L'algorithmisation de la justice*, Bruxelles, Larcier, 2020, p. 23-32.

Il convient alors, avant toute chose, de déterminer l'élément que l'on cherchera à quantifier, l'objet que l'on tentera de comprendre⁸. Il s'agit dans les faits de la réponse donnée par le juge à la question qui lui est posée, que nous appellerons « sortie ». Cette sortie consiste en une réponse booléenne de type oui/non (condamne/débouté, infirme/confirme, casse/rejette, etc.) et peut parfois être suivie d'une seconde réponse, chiffrée cette fois-ci, lorsqu'il s'agit d'évaluer un préjudice ou de fixer le montant d'une indemnité.

Pour chaque sortie, la modélisation suppose d'identifier tous les éléments qui serviront au juge pour statuer, les variables qui seront appelées « entrées ». Cet exercice périlleux et crucial suppose donc de définir la liste des critères permettant à une juridiction donnée de traiter un sujet donné. Si nombre d'entre eux peuvent être issus des dispositions légales ou réglementaires applicables à l'espèce, d'autres peuvent en revanche avoir une origine entièrement jurisprudentielle. Ainsi, la modélisation suppose, non seulement l'étude de la matière normative propre à une typologie de contentieux donnée, mais également, et surtout, celle de la pratique jurisprudentielle en la matière. Il s'agira alors d'identifier les entrées correspondant à chaque sortie, en conservant à l'esprit que certains critères seront propres à une sortie, alors que d'autres serviront à plusieurs reprises. À titre d'exemple, dans le cadre d'un contentieux indemnitaire, certaines informations permettront d'apprécier la caractérisation de la faute, d'autres celle de l'étendue du préjudice, alors que d'autres encore seront prises en compte dans les deux cas.

Pour permettre l'apprentissage par l'intelligence artificielle, la modélisation suppose la construction d'une catégorisation trouvant l'équilibre entre précision et répétabilité. S'il existe plusieurs catégories de critères (objectifs, subjectifs, factuels, chiffrés, etc.) l'une d'entre elles doit particulièrement attirer notre attention. En effet, certains critères sont dits « ineffables », ils correspondent aux informations issues de l'audience, aux éléments uniques du dossier ou non repris dans la décision qui ne pourront être saisis dans la modélisation et qui participent à la survie de l'aléa. Une attention particulière doit par ailleurs être prêtée à la question de la temporalité de la collecte de l'information. Modéliser un raisonnement à partir de décisions de justice suppose que l'analyse s'appuie sur un raisonnement complet, lequel pourra comprendre des éléments apparus ou précisés en cours de procédure. Il convient donc d'opérer une approche pragmatique et de prêter attention à identifier les éléments dont l'utilisateur final pourra disposer avant toute procédure et ceux dont il pourrait ne pas disposer avant l'exercice de l'action.

⁸ J. LEVY-VEHEL, « La croisée des savoirs – L'office du juge : Éclairage via la modélisation mathématique », *Les Cahiers de la Justice* 2020, n° 4, p. 751.

B. Distribution et explicabilité des résultats

La modélisation du raisonnement juridique et plus précisément judiciaire a pour principal objectif de permettre d'anticiper les différentes issues possibles d'un litige ainsi que leurs chances de réalisation. Cette approche suppose que l'information transmise à l'utilisateur final soit la plus pertinente et la plus compréhensible possible.

Jusqu'alors les professionnels du droit optaient le plus souvent pour une approche empirique fondée sur une étude statistique d'une typologie de contentieux, cherchant des décisions similaires et opérant des moyennes des montants de condamnation attribués. Cependant, bien que l'étude statistique d'un phénomène comportant une part d'aléa puisse permettre d'en analyser certains aspects grâce à la structuration d'informations passées, seule une approche probabiliste offre la possibilité d'anticiper la survenance d'un événement.

S'il est la plupart du temps possible d'anticiper la nature des différentes issues possibles d'un litige (condamnation ou non, fixation d'une indemnité, etc.) l'approche probabiliste permet en outre de déterminer les chances que chacune d'elles se réalise. Dès lors que la décision de justice comporte une part d'aléa irréductible, il semble par essence impossible de déterminer à l'avance quelle sera l'issue certaine du litige. Si tel était le cas, il y aurait alors peu d'intérêt à judiciariser un litige à l'issue indubitable. Il semble donc que chaque litige pourra conduire à la réalisation d'au moins deux issues distinctes, si ce n'est plus. L'approche probabiliste permet alors de compléter l'appréciation du risque et de l'aléa judiciaire en offrant la possibilité de déterminer les chances de réalisation de chacune de ces issues, proposant ainsi une distribution de solutions possibles, pondérées par la probabilité que chacune se réalise. L'utilisateur bénéficiera ainsi d'une information complète lui permettant d'apprécier l'importance de l'aléa dans son dossier, tout en sachant quelles sont les issues les plus et les moins probables.

La modélisation du raisonnement judiciaire permet donc une gestion du risque juridique par l'anticipation en s'appuyant sur un outil technologique, l'intelligence artificielle. Or, ces outils présentent une certaine opacité pour les non-spécialistes, alors qu'ils leur sont justement destinés. Il semble dès lors primordial que pour être utilisés, de tels outils proposent des résultats accompagnés d'explications ainsi que de justifications qui devront impérativement être compréhensibles pour les utilisateurs⁹. En effet, les différentes obligations de transparence accompagnant le recours à un outil de prise de décision automatisée

⁹ C. HENIN/D. LE METAYER, « Fournir des explications du fonctionnement des algorithmes compréhensibles par des profanes », *Laboratoire d'Innovation Numérique de la CNIL*, 7 janvier 2021, <https://linc.cnil.fr/clement-henin-et-daniel-le-metayer-fournir-des-explications-du-fonctionnement-des-algorithmes> (consulté le 31.08.2022).

présentes en droits français et communautaire¹⁰ doivent être étendues aux outils d'aide à la décision même non contraignants¹¹. La mise à disposition du code ou de l'algorithme n'est pas en elle-même un acte de transparence devant être considéré comme adéquat faute pour l'utilisateur d'être en mesure d'en comprendre le sens et d'en estimer la qualité. Certaines retranscriptions d'indicateurs peuvent cependant permettre à ce dernier d'apprécier la pertinence des résultats qui lui seront proposés. Par exemple, le recours à des schémas indiquant l'effet des différents paramètres dossier sur les résultats finaux peuvent aider l'utilisateur à comprendre le raisonnement reproduit en illustrant les éléments qui lui seront par exemple favorables ou défavorables. La taille, la nature et la composition de l'échantillon ayant servi à l'apprentissage des moteurs pourrait également être un élément offrant une meilleure information à l'utilisateur sur la base de données ayant servi à l'élaboration de l'outil qu'il utilise.

Dès lors que dans leur conception, les outils de modélisation de l'aléa judiciaire suivent la méthode décrite et tendent à répondre aux différentes exigences d'intelligibilité, les résultats qu'ils proposeront participeront à une meilleure pratique du droit.

III. Intérêt de la modélisation

La modélisation de l'aléa judiciaire a pour finalité de proposer une retranscription fidèle de la pratique judiciaire qui pourra présenter un intérêt certain tant pour le justiciable que pour le juge (A) qui devront cependant respecter certaines précautions d'usage (B).

A. Un outil au service des parties et du juge

La reproduction de la pratique judiciaire grâce à l'intelligence artificielle présente de nombreux intérêts, tant pour les parties que pour le juge.

En sachant quelles pourraient être les issues possibles en cas de judiciarisation d'un litige, les parties pourront tout d'abord être encouragées à envisager un mode alternatif de règlement. En effet, si les deux parties sont au fait des issues probables du traitement judiciaire de leur dossier, grâce au recours à un outil

¹⁰ Règlement UE 2016/679 du Parlement européen et du Conseil du 27 avril 2016 relatif à la protection des personnes physiques à l'égard du traitement des données à caractère personnel et à la libre circulation de ces données (Règlement Général sur la Protection des Données (RGPD)), JOUE L 119, 4 mai 2016), art. 12.

¹¹ A.-A. HYDE, « Vers une cyberéthique de la "justice prédictive" », *Dalloz IP/IT* 2019, p. 324.

de quantification de l'aléa judiciaire, elles pourront peut-être parvenir plus aisément à l'identification d'un accord pour régler leur litige. Elles resteront cependant libres d'opter pour la voie judiciaire dont elles seront alors plus à même d'apprécier l'opportunité. Si elles choisissent cette voie, elles pourront adapter leurs prétentions puisqu'elles sauront alors quelles pourraient être les chances de condamnation ou les différents montants d'indemnisation auxquels elles pourraient prétendre ou être condamnées. La partie défenderesse saura ainsi à combien s'élève son risque financier et sera en mesure de provisionner la somme adéquate afin d'assurer son propre risque. Plus encore, le caractère simulatif de ces outils offre aux parties la possibilité de faire varier certains éléments du dossier sur lesquels elles disposent d'un pouvoir d'action (comme l'ajout d'un éventuel témoignage, le choix de la qualification d'une situation donnée, etc.) et ainsi observer l'impact d'une telle direction sur les résultats possibles afin d'optimiser leur approche.

La reproduction de la pratique jurisprudentielle par l'intelligence artificielle peut également présenter un intérêt certain pour le juge. Celui-ci pourra utiliser de tels outils pour compléter son appréciation de la justesse des prétentions qui lui sont formulées. Il sera ainsi en mesure de savoir quelles décisions auraient pu être prises par ses pairs face à une situation donnée. La prise de décision judiciaire étant une décision humaine, il peut arriver que le juge hésite entre plusieurs solutions, le choix pouvant être facilité par de tels outils qui pourraient lui apporter un éclairage relatif. Non contraint par les résultats proposés par le logiciel, il pourra dès lors conforter sa position ou la remettre en question et ainsi la faire évoluer ou la maintenir en étant d'autant plus convaincu de sa justesse le cas échéant. Le recours à des outils d'intelligence artificielle pourra également avoir pour effet de participer à l'harmonisation des pratiques au sein des différentes juridictions et donc, par la même occasion, de concourir à une certaine forme de sécurité juridique.

B. Un outil nécessitant quelques précautions d'usage

Le recours à des outils de quantification de l'aléa judiciaire par les parties présente de nombreux avantages ; il doit cependant être précisé que ces outils semblent devoir être réservés aux conseils plutôt qu'aux parties directement. Ceux-ci pourront ainsi venir compléter leur expertise et leur appréciation du risque juridique par une évaluation chiffrée. En effet, seul un professionnel du droit sera à même de retranscrire une situation litigieuse en apportant la bonne qualification juridique aux différents éléments qui la composent. On imagine aisément les conséquences désastreuses que pourrait entraîner une mauvaise qualification de sa situation par le justiciable, faussant dès lors l'énoncé de la question soumise à l'intelligence artificielle. Les résultats, bien

que cohérents par rapport aux éléments renseignés ne correspondraient pas à la réalité de la situation vécue et pourraient donc amener le justiciable, profane, à prendre une décision qu'il croira, à tort, éclairée et qui pourra *in fine* lui être préjudiciable.

Qu'il s'agisse de l'utilisation par les parties ou par le juge, afin de limiter l'effet performatif du recours à de tels logiciels, il convient également de conserver à l'esprit que ces différents outils recourant à l'intelligence artificielle doivent être considérés uniquement comme des solutions d'aide à la décision, et ce pour plusieurs raisons. L'état de l'art étant en perpétuelle évolution, et même en admettant que certains outils atteignent à l'avenir un taux de fiabilité supérieur à 90 % voire 95 %, les résultats proposés ne bénéficieront jamais d'un taux de fiabilité de 100 % pour plusieurs raisons telles que la possible présence d'erreurs résiduelles dans les données pouvant venir d'une mauvaise retranscription ou d'une erreur dans la rédaction même d'une décision de justice. Il convient donc de garder à l'esprit que, même si cela n'arrivera que 3 ou 5 fois sur 100, les résultats proposés pourront être erronés.

Le fait que la décision de justice soit rendue par un humain laisse également, quoi qu'il advienne, perdurer une part, même infime, d'aléa qui empêche et qui empêchera toujours d'atteindre une fiabilité absolue. L'existence d'un élément extrêmement singulier dans un dossier doit également amener à relativiser les résultats qui pourraient être rendus par l'intelligence artificielle relativement à une espèce. Il pourrait en effet être impossible de l'indiquer dans les paramètres soumis à l'analyse et donc, les résultats seraient rendus sans qu'il ne soit pris en compte. Le fait que les résultats soient retranscrits sous la forme de diagrammes représentant le panel de toutes les différentes issues possibles du litige peut cependant pallier en partie le problème pour l'utilisateur, puisqu'il pourra analyser par lui-même que la prise en compte de l'élément singulier risque de positionner la décision du juge plutôt sur la tranche haute ou la tranche basse de la distribution en fonction de sa nature.

L'utilisateur devra donc systématiquement s'interroger sur la vraisemblance et la cohérence des résultats qui lui sont proposés par l'outil, qu'ils confortent son appréciation première ou qu'ils viennent la contredire, en prenant bien entendu en compte l'importance du score de fiabilité des résultats qui lui sera indiqué. La décision sur la base de l'analyse faite par l'intelligence artificielle sera par conséquent prise en connaissance de cause, appuyée par les résultats ou bien d'autant plus réfléchie qu'elle aura été confirmée après avoir été confrontée à des résultats non concordants.

Cette décision, qu'elle relève de l'exercice de l'action en justice par les parties, ou de l'issue d'un jugement, sera renforcée dans sa motivation par le recours à un outil de quantification de l'aléa judiciaire qui, plutôt que de limiter la liberté de l'utilisateur dans sa prise de décision, en consolidera les fondements.

IV. Conclusion

Bien que la modélisation de l'aléa judiciaire grâce à l'étude de la pratique juridique se révèle être un exercice périlleux, elle n'en est pas moins une porte ouvrant un champ des possibles presque infini. Cette approche pourrait en effet être transposable dans de nombreux domaines. Plutôt que de s'interroger sur les éléments pris en compte par le juge lors du règlement d'un litige, l'étude pourrait par exemple être appliquée au processus de rédaction de statuts d'une société ou de choix de la forme sociale. Il convient cependant de fixer certaines limites, notamment éthiques, à ce développement, en s'interrogeant systématiquement sur les possibles mauvaises utilisations qui pourraient être faites des outils produits. De même, certains domaines d'application pourraient également être volontairement ignorés, tels que la matière pénale dont l'étude et la modélisation pourraient amener à créer des outils permettant par exemple de provisionner un risque pénal, ce qui n'apparaît aucunement souhaitable.

Herméneutique juridique digitale

Interprétation et prise de décision par le juge-robot

JONAS ZAUGG

Doctorant en philosophie du droit et assistant diplômé en droit international privé et droit comparé, introduction au droit et méthodologie juridique | Centre de droit comparé, européen et international | Faculté de droit, des sciences criminelles et de l'administration publique | Université de Lausanne

Table des matières

I.	Introduction	135
II.	L'humain et le droit : l'herméneutique juridique	137
III.	La technologie et l'humain : l'herméneutique en intelligence artificielle.....	141
	A. Le problème de la simulation de la conscience.....	141
	B. L'herméneutique computationnelle	143
IV.	La technologie, l'humain et le droit : propositions pour une herméneutique juridique <i>digitalisée</i>	145
	A. Une approche verticale : le positivisme juridique.....	145
	B. Une approche horizontale : l'analogie de <i>common law</i>	147
	C. Une approche circulaire ?	149
V.	Envoi.....	151

I. Introduction

Le titre de l'ouvrage interpelle : « La technologie, l'humain et le droit ». Comment relier les éléments de cette énumération ? Est-ce un texte à trous à compléter, par exemple : « La technologie est créée par l'humain, qui crée également le droit » ? L'humain, au centre, est-il ici créateur et utilisateur des deux autres, ou bien est-il leur objet ? Ou peut-être la relation est-elle plutôt triangulaire, avec pour arêtes les interactions technologie-humain, humain-droit et droit-technologie ? Avec cette image du triangle en tête, quel pourrait alors en être le centre de gravité ? Nous proposons ici d'étudier une figure controversée qui pourrait relier les trois sommets de ce triangle : le juge-robot, une technologie simulant un humain central au droit.

De nombreux outils fondés sur le *machine learning*, ou apprentissage automatique, sont déjà à disposition des acteurs juridiques et permettent de faciliter divers aspects de leur travail¹. Cependant, au-delà de ces outils de justice dite « assistée » ou d'aide à la décision, les outils relevant de la justice dite « prédictive » font déjà miroiter une révolution future : le remplacement de certains acteurs juridiques humains par la machine. À quoi ressemblera ce juge numérique, automatique et infatigable, littéralement désincarné et donc² plus proche de la Justice ?

Derrière cet exercice de science-fiction – cédant souvent au catastrophisme – se cachent bien sûr des intérêts légitimes pour la justice et des questions propres à la théorie du droit. Des technologies issues de l'intelligence artificielle (IA) offrent aux sciences humaines de nouvelles méthodologies fondées sur l'analyse numérique, en complément aux méthodologies traditionnelles³. Bien que le droit doive à maints égards évoluer pour épouser et accompagner les révolutions technologiques, cet article soutient que si le juge doit être remplacé par l'IA, cette dernière ne peut pas faire table rase des méthodologies éprouvées. Le sujet étant vaste, nous nous concentrerons ici plus particulièrement sur les questions d'herméneutique juridique.

L'herméneutique n'est rien d'autre que la théorie de l'interprétation et la compréhension des textes. Bien que les théories au sujet de l'herméneutique soient nombreuses, elles ont en commun une circularité de la démarche interprétative, une interaction entre le texte et son contexte⁴. Plus particulièrement, l'herméneutique juridique est un sous-domaine de l'herméneutique générale portant sur l'interprétation des sources du droit, en particulier de la loi.

Dans un premier temps, nous allons analyser la démarche interprétative du juge, ou plus largement du juriste, dans la résolution d'une question juridique, partant ou non du texte légal (II). Ensuite, nous survolerons comment les réflexions relatives à l'herméneutique sont abordées dans le domaine de l'IA (III). Finalement, nous proposerons une ébauche d'une herméneutique juridique *digitale*

¹ Par exemple dans l'analyse et la rédaction de clauses contractuelles, gestion de documents, etc. Pour une liste exemplative : D. FAGELLA, « AI in Law and Legal Practice – A Comprehensive View of 35 Current Applications », *Emerj*, 7 septembre 2021, <https://emerj.com/ai-sector-overviews/ai-in-law-legal-practice-current-applications/> (consulté le 30 août 2022).

² Conséquence nécessaire si l'on adoptait une vision platonicienne du droit : le juge ainsi libéré de son enveloppe charnelle pourrait accéder de plus près à l'idée de Justice.

³ J. LEVY VEHEL, « L'office du juge : un éclairage via la modélisation mathématique », *Les Cahiers de la Justice*, n° 2020/4, 2020, p. 741-748, p. 741 ; p.ex. en sciences sociales : J. PÄÄKKÖNEN/P. YLIKOSKI, « Humanistic Interpretation and Machine Learning », *Synthese*, vol. 199, n° 1-2, décembre 2021, p. 1461-1497.

⁴ J. C. MALLERY/R. HURWITZ/G. DUFFY, « Hermeneutics : From Textual Explication to Computer Understanding ? », *AI Memo 871*, *Massachusetts Institute of Technology*, 1986, p. 1 s.

pour que l'IA ou le *machine learning* puissent s'approcher d'une véritable décision et non simplement en imiter une, et ce que cette vision apporte en retour à la théorie du droit (IV).

II. L'humain et le droit : l'herméneutique juridique

Dans la tradition civiliste, la loi est le « point de départ de toute réflexion herméneutique »⁵ et en constitue la source première⁶. Cette primauté est consacrée, en droit suisse⁷, à l'article premier du Code civil (ci-après CC)⁸ :

« Article premier – Application de la loi

¹ La loi régit toutes les matières auxquelles se rapportent la lettre ou l'esprit de l'une de ses dispositions.

² À défaut d'une disposition légale applicable, le juge prononce selon le droit coutumier et, à défaut d'une coutume, selon les règles qu'il établirait s'il avait à faire acte de législateur.

³ Il s'inspire des solutions consacrées par la doctrine et la jurisprudence. »

La pluralité des sources du droit demeure cependant essentielle au droit, la loi ne pouvant aucunement englober tous les cas de figure imaginables⁹. Malgré plusieurs décennies empreintes de légalisme et de positivisme¹⁰, les juristes

⁵ P. PICHONNAZ, « L'effet rétroactif du changement de jurisprudence : quelques réflexions à l'aune du pluralisme méthodologique », in A. RUMO-JUNGO/P. PICHONNAZ/B. HÜRLIMANN-KAUP/C. FOUNTOLAKIS (édit.), *Une empreinte sur le Code Civil : Mélanges en l'honneur de Paul-Henri Steinauer*, Berne, Stämpfli, 2013, p. 47-63, p. 47.

⁶ Parlant même ici de « centre de contrôle » du droit : M. AMSTUTZ, « Ouroboros : Nachbemerungen zum pragmatischen Methodenpluralismus », in P. GAUCH/F. WERRO/P. PICHONNAZ (édit.), *Mélanges en l'honneur de Pierre Tercier*, Genève, Schulthess, 2008, p. 19-32, p. 21.

⁷ Nous présenterons ici principalement des points de vue issus du droit suisse ; la démarche est analogue dans de nombreux systèmes civilistes. Pour la France par exemple, cf. G. CANIVET, « Puissance et enjeu de l'interprétation judiciaire de la loi. Approche pratique à partir d'un cas de responsabilité médicale », *Les Cahiers de la Justice*, vol. 4, n° 4, 2020, p. 609-632.

⁸ Code civil suisse du 10 décembre 1907 (CC ; RS 210).

⁹ J. BORY, « L'interprétation de la loi par-delà le texte à l'exemple de la réduction téléologique », in P. PICHONNAZ (édit.), *Le législateur, son juge et la mise en œuvre du droit*, CUSO – Programme doctoral romand de droit, Genève, Schulthess, 2014, p. 413-428, p. 415 ; F. WERRO, « Art. 1 CC », in P. PICHONNAZ/B. FOËX (édit.), *Code civil, vol. 1*,

¹⁰ *Commentaire romand*, Bâle, Helbing & Lichtenhahn, 2010, N 39. P. PICHONNAZ (n. 5), p. 52 ; F. WERRO (n. 9), N 2.

suisses semblent avoir renoué avec la vision du « code ouvert » d'Eugen Huber, où toutes les sources du droit interagissent entre elles et nourrissent le droit¹¹. L'art. 1 CC consacre ainsi une hiérarchie dynamique des sources du droit dans laquelle la loi est avant tout un programme normatif général et abstrait, en attente d'être concrétisé, réalisé, dans le cas d'espèce¹². Le Tribunal fédéral suisse partage également cette conception :

« L'interprétation doit être guidée par l'idée selon laquelle la lettre de la loi n'est pas constitutive de la norme légale, seule la loi appréhendée et concrétisée à partir de cas d'espèce lui donnant sa consistance. »¹³

Cette concrétisation de la norme ancrée dans le texte légal en est l'application et l'interprétation, les deux ne pouvant être dissociées¹⁴. Ainsi, bien loin de la vision de Montesquieu, c'est bien le juge qui, en exerçant la loi, en achève la normativité¹⁵. Le juge n'est cependant pas entièrement libre dans l'appréciation de la loi :

« Il y a toujours création et contraintes ; on ne comprend rien à l'interprétation si on la pense comme pure création (fantasme du « gouvernement des juges »), ou si on la réduit à un réseau de contraintes (fantasme opposé, mais finalement solidaire du premier, du « juge-bouche-de-la-loi »). »¹⁶

En particulier, le bien célèbre « pluralisme pragmatique des méthodes »¹⁷ que le Tribunal fédéral entend employer constitue en réalité un ensemble de directives d'interprétation¹⁸ qui guident le juge dans la détermination de la solution

¹¹ M. AMSTUTZ (n. 6) ; J. BORY (n. 9), p. 414 ; D. DÜRR, « Art. 1 ZGB », in P. GAUCH/J. SCHMID (édit.), *Einleitung, Art. 1-7 ZGB, Zürcher Kommentar*, 3^e éd., Zurich, Schulthess, 1998, N 150 ; P. PICHONNAZ (n. 5), p. 47 ; F. WERRO (n. 9), N 16.

¹² A. BRENCI/D. CERUTTI, « De la méthode... aux *pragmata* », in P. PICHONNAZ (édit.), *Le législateur, son juge et la mise en œuvre du droit*, CUSO – Programme doctoral romand de droit, Genève, Schulthess, 2014, p. 1-17, p. 10 ; P. PICHONNAZ (n. 5), p. 53 ; F. WERRO (n. 9), N 5, N 22.

¹³ ATF 121 III 219, p. 225 (= JdT 1996 I 162, p. 168).

¹⁴ A. PAPAUX, « Droit en contexte, droit exercé : la *mêtis* ou les figures de l'*habileté* juridique », *Revue interdisciplinaire d'études juridiques*, vol. 70, n° 1, 2013, p. 122-129, p. 128 ; F. WERRO (n. 9), N 22.

¹⁵ J. BORY (n. 9), p. 414 ; A. PAPAUX (n. 14), p. 128.

¹⁶ F. OST/M. VAN DE KERCHOVE, « Les colonnes d'Hermès : à propos des directives d'interprétation en droit », in P. AMSELEK (édit.), *Interprétation et Droit*, Bruxelles, Bruylant, Presses universitaires d'Aix-Marseille, 1995, p. 135-153, p. 136.

¹⁷ P.ex. ATF 121 III 219 (= JdT 1996 I 162) (n. 13) ou, en matière pénale, ATF 145 IV 17, consid. 1.2.

¹⁸ Ici au sens proposé par F. OST/M. VAN DE KERCHOVE (n. 16), p. 136 s. Des synonymes tels que « principes », « maximes » ou « méthodes » sont également mentionnés.

adéquate au litige posé¹⁹. Le pluralisme pragmatique n'est cependant qu'un exemple relativement formalisé de telles directives d'interprétation, d'autres étant envisageables²⁰, comme par exemple le recours au droit comparé²¹.

OST et van de KERCHOVE décèlent trois fonctions principales à de telles directives²² :

- Fonction organisationnelle : les directives d'interprétation encadrent et limitent l'activité interprétative du juge, dans une optique de répartition des pouvoirs, en « raréfiant » les issues admissibles de l'interprétation ;
- Fonction heuristique : les directives « guident » le juge dans l'interprétation du texte légal, en proposant par exemple d'en considérer la systématique, l'historique d'élaboration, le but, la conformité au droit supranational, etc.²³ ;
- Fonction justificative : les directives d'interprétation étant reconnues par la communauté juridique, elles servent de fondement à la motivation de la décision du juge²⁴.

L'herméneutique juridique se distingue ici d'une herméneutique générale sous plusieurs aspects. Tout d'abord, comme nous l'avons exposé, la liberté du juge-interprète est encadrée, balisée, par des directives d'interprétation. Deuxièmement, la finalité de la lecture du texte légal n'est pas (seulement) la compréhension d'un texte, mais la résolution d'un litige concret. L'herméneutique juridique vise donc ici, en référence aux fonctions heuristique et justificative susmentionnées, à assister le juge dans le choix de la solution adéquate et son insertion dans le système juridique. Finalement, l'insertion institutionnelle de l'interprétation faite par le juge lui confère un poids juridique que n'aurait pas

¹⁹ Pour une excellente métaphore : H. P. WALTER, « Der Methodenpluralismus des Bundesgerichts bei der Gesetzesauslegung », *Zeitschrift für juristische Weiterbildung und Praxis*, 1999, p. 157-166, p. 157 : « Das Bundesgericht oder besser sein jeweiliger Spruchkörper lässt sich zwar nach den Vorgaben des Gesetzgebers in den Wasserweg der Rechtsfindung gleiten, steuert danach aber selbständig einer der vom Flusslauf vorgegebenen Mündungsstellen zu und lässt sich den Kurs durch normative oder dogmatische Vorgaben wohl vorzeichnen, nicht aber vorschreiben. Sein autonom beanspruchter Pluralismus bestimmt nicht den Anfang, sondern das Ende seiner hermeneutischen Tätigkeit ».

²⁰ F. WERRO (n. 9), N 66.

²¹ P.ex. ATF 123 III 473, consid. 5c (= JdT 1998 I 311).

²² F. OST/M. VAN DE KERCHOVE (n. 16), p. 145 s.

²³ Parlant ici de « discursivité non déductive » : H. TORRIONE, « Le poids des arguments : Discursivité non déductive dans la pensée juridique, et utilisation des ressources de la rhétorique et de la dialectique », in P. TERCIER (édit.), *Gauchs Welt – Recht, Vertragsrecht und Baurecht : Festschrift für Peter Gauch zum 65. Geburtstag*, Zurich, Schulthess, 2004, p. 279-299, p. 294 s.

²⁴ *Ibid.*, p. 295.

l'interprétation faite par un profane du droit : la norme légale inclut désormais une nouvelle occurrence, à partir du même texte²⁵.

Ainsi, en établissant des hypothèses sur la base des faits de la cause et en les évaluant en fonction de ces directives d'interprétation – un procédé abductif²⁶ – le juge pourra élaborer une solution qui, à la fois, sera adéquate au cas d'espèce (« matériellement juste ») et s'insérera dans le programme général et abstrait du législateur²⁷. Ainsi, l'exercice de la norme déboucherait, à tout le moins implicitement, sur une « norme particulière »²⁸, *Entscheidungsnorm*²⁹ ou *Fallnorm*³⁰, « individualisée » aux circonstances du cas. Selon MOOR, le juge n'aurait alors plus qu'à procéder par antonomase, c'est-à-dire substituer les noms communs par les noms propres des parties, pour obtenir le dispositif de la décision³¹. Cependant, le langage étant intrinsèquement imprécis, d'autant plus si l'on utilise des noms communs, cette *Fallnorm* ne sera jamais singulière et concrète. Au mieux, à emprunter l'image d'une asymptote en analyse mathématique, la norme particulière tend vers le singulier et le concret à force d'être particularisée, mais elle ne l'atteint en réalité qu'à l'infini, où elle perd tout caractère général. La « vraie » *Fallnorm*, celle qui engloberait toutes les spécificités du cas, échappe au langage humain.

Pour conclure ce tour d'horizon de l'herméneutique juridique, nous « bouclons la boucle » en revenant sur l'herméneutique générale et la figure du cercle herméneutique. Le juge-interprète se trouve en effet dans une interaction constante entre le texte légal qu'il interprète, les éléments indiqués par les diverses directives susmentionnées, mais également une interaction avec lui-même³². Le *Da-sein* de Heidegger ou les *Vorverständnisse* (précompréhensions) de Gadamer sont nécessaires à l'interprète afin d'entrer dans le cercle herméneutique avec une hypothèse de lecture initiale³³. L'insertion culturelle de l'interprète ou sa

²⁵ P. MOOR, *Dynamique du système juridique : une théorie générale du droit*, Genève/Zurich/Bâle, Schulthess, 2010, p. 248 ; A. PAPAUX (n. 14), p. 127.

²⁶ A. BRENCI/D. CERUTTI (n. 12), p. 12 ; P. MOOR (n. 25), p. 288 ss. Sur l'abduction en droit : A. PAPAUX, « Essai philosophique sur la qualification juridique : de la subsomption à l'abduction. L'exemple du droit international privé », thèse Lausanne, Zurich, Schulthess, 2002, p. 325 ss.

²⁷ P. MOOR (n. 25), p. 265 s. ; P. PICHONNAZ (n. 5), p. 54 ; F. WERRO (n. 9), N 44 s.

²⁸ P. MOOR (n. 25), p. 261 ss.

²⁹ S. EMMENEGGER/A. TSCHENTSCHER, « Art. 1 ZGB », in H. HAUSHEER/H. P. WALTER (édit.), *Einleitung, Art. 1-9 ZGB, Berner Kommentar*, Berne, Stämpfli, 2012, N 181.

³⁰ E. A. KRAMER, *Juristische Methodenlehre*, Munich, Verlag C. H. Beck, 6^e éd., 2019, p. 279.

³¹ P. MOOR (n. 25), p. 263.

³² D. DÜRR (n. 11), N 89 ss, N 152 ; J. WANG, « Is Artificial Intelligence Capable of Understanding ? An Analysis Based on Philosophical Hermeneutics », *Cultures of Science*, vol. 4, n° 3, septembre 2021, p. 135-146, p. 144.

³³ A. PAPAUX, « Herméneutique juridique, qualification et abduction », *Revue interdisciplinaire d'études juridiques*, vol. 42, n° 1, 1999, p. 85-123, p. 103 s.

Weltanschauung ne sont pas la marque de l'arbitraire, mais constituent au contraire la subjectivité essentielle sans laquelle il ne peut pas y avoir de compréhension. Ainsi, les « méthodes » d'interprétation du Tribunal fédéral, visant à expliciter un certain contexte normatif, ne constituent qu'un aspect de l'herméneutique juridique. Les faits de la cause – où se trouve la finalité du travail interprétatif du juge –, la personne du juge lui-même, sa culture et même ses représentations mentales³⁴ des concepts juridiques conditionnent tout autant l'interprétation légale (et sont conditionnés par elle). Dès lors, bien que le juge doive privilégier les sources du droit au sens classique – loi, coutume, jurisprudence, doctrine –, c'est en réalité un éventail bien plus large et diffus qui déterminera son raisonnement. En somme, la figure du cercle herméneutique paraît ici presque trop simple pour représenter cette opération dynamique, complexe et multidimensionnelle ; pourquoi ne pas parler plutôt de « boucle étrange »³⁵ herméneutique ?

III. La technologie et l'humain : l'herméneutique en intelligence artificielle

Une discussion portant sur la capacité d'une machine à imiter un comportement cognitif humain touche intrinsèquement à la simulation de la conscience humaine. C'est pourquoi nous aborderons tout d'abord brièvement cette problématique (A), avant de nous intéresser plus spécifiquement à l'appréhension des questions d'herméneutique dans le monde de l'IA (B).

A. Le problème de la simulation de la conscience

Une intelligence artificielle est-elle consciente ? Le philosophe américain SEARLE aborde cette question en détail dans son emblématique *Gedankenexperiment* de la « Chinese room »³⁶ : SEARLE, qui ne parle pas chinois, est enfermé dans une pièce où il reçoit, depuis l'extérieur, des feuilles de papier sur lesquelles se trouvent des idéogrammes chinois, qui sont en réalité des questions. À l'aide d'un (très large) ensemble de règles de syntaxe rédigées en anglais, sa

³⁴ Au sujet des représentations mentales en droit : M. JAKUBIEC, « Legal Concepts as Mental Representations », *International Journal for the Semiotics of Law – Revue Internationale de Sémiotique Juridique*, 25 juin 2021, <https://link.springer.com/10.1007/s1196-021-09853-7> (consulté le 5 août 2022).

³⁵ Expression empruntée à : D. R. HOFSTADTER, *Gödel, Escher, Bach : an eternal golden braid*, New York, Basic Books, 1979.

³⁶ J. R. SEARLE, « Minds, Brains, and Programs », *Behavioral and Brain Sciences*, vol. 3, n° 3, septembre 1980, p. 417-424.

langue maternelle, il peut associer les idéogrammes en entrée à d'autres idéogrammes en sortie, de telle manière que, perçue de l'extérieur de la pièce, la personne dans la pièce se comporte comme un locuteur de langue maternelle sinophone qui répondrait correctement aux questions posées. La « pièce » est donc ici l'analogie d'un programme capable de passer le test de Turing³⁷. La position de SEARLE est ici la suivante : bien qu'il y ait une compréhension perçue depuis l'extérieur, lui, ne comprend aucunement les phrases en chinois. Dès lors, il ne s'agit que d'une simulation de compréhension.

Il réfute ainsi les deux thèses suivantes, qu'il attribue à ses contemporains parisiens du *strong AI*, ou IA générale³⁸ :

- 1) Un programme adéquatement programmé³⁹ est conscient ;
- 2) Ce programme explique en conséquence la cognition humaine.

Ne peut-on pas émettre les mêmes critiques à l'encontre de l'entreprise de création d'un juge-robot qui serait, au vu de la démonstration de SEARLE, vouée à l'échec ? Le présent article n'ayant pas pour vocation de détailler des controverses relevant des sciences cognitives et de la philosophie de la pensée, nous ne ferons que souligner quelques points qui nous semblent pertinents. Dans ce contexte, la première thèse réfutée revient à savoir si un juge simulé est un juge. Or, le droit ayant sa propre ontologie⁴⁰, sa propre capacité à définir ce qui *est*, nous ne voyons aucun obstacle ontologique à ce que le droit définisse qu'un juge simulé *est* un juge. Il n'est donc *a priori* pas nécessaire que le juge-robot puisse être qualifié de conscient. Quant à la seconde thèse, celle-ci peut également être écartée. En effet, nous ne cherchons pas à expliquer le raisonnement juridique *via* le juge-robot mais justement à améliorer l'imitation que l'IA peut faire du raisonnement juridique *via* les enseignements tirés de la méthodologie juridique.

Nous retiendrons néanmoins de SEARLE une grande retenue face à la tentation d'anthropomorphiser⁴¹ une IA et emploierons des expressions telles que « l'algorithme comprend » en tant que métaphores⁴².

³⁷ Un test développé par Alan Turing où le succès de la machine est mesuré à sa capacité à se faire passer pour un interlocuteur humain. Pour les détails : A. M. TURING, « Computing Machinery and Intelligence », *Mind*, vol. LIX, n° 236, 1^{er} octobre 1950, p. 433-460.

³⁸ J. R. SEARLE (n. 36), p. 417.

³⁹ C'est-à-dire capable de passer le test de Turing.

⁴⁰ A. PAPAUX/D. CERUTTI, *Introduction au droit et à la culture juridique – Volume 1*, Genève, Schulthess, 2020, p. 49 s.

⁴¹ D. PROUDFOOT, « Anthropomorphism and AI : Turing's Much Misunderstood Imitation Game », *Artificial Intelligence*, Special Review Issue, vol. 175, n° 5, avril 2011, p. 950-957, p. 952.

⁴² J. R. SEARLE (n. 36), p. 419.

Avec ces *caveat* en place, nous pouvons encore brièvement présenter les *neural networks* ou réseaux de neurones. Bien qu'inspirés de la structure d'un neurone biologique avec plusieurs entrées et une sortie dépendant d'une pondération desdites entrées, ces réseaux ne correspondent pas au fonctionnement effectif d'un cerveau⁴³. Ces types de modèles permettent néanmoins aujourd'hui les avancées les plus poussées en matière d'intelligence artificielle⁴⁴. Ces algorithmes dépendent de milliers, millions, voire milliards de paramètres qui sont le résultat d'un apprentissage automatique. Cependant, ces paramètres ne permettent pas de comprendre ou expliquer le fonctionnement de l'algorithme, car ils n'ont pas de sens pour un « lecteur » humain⁴⁵. Néanmoins, il est aisé de voir ici un parallèle (imparfait) avec le cerveau humain dont le fonctionnement au niveau du neurone reste aujourd'hui encore mystérieux⁴⁶.

B. L'herméneutique computationnelle

L'expérience de SEARLE soulève en outre des questions plus spécifiques à l'herméneutique et la genèse du « sens » en intelligence artificielle. En effet, bien qu'il n'y ait aucune compréhension des idéogrammes chinois à l'intérieur de la pièce, SEARLE ne remet pas en question l'existence d'une compréhension à l'extérieur de celle-ci, auprès des interrogateurs chinois et du rédacteur des règles de syntaxe⁴⁷. De manière analogue, lorsqu'un algorithme d'apprentissage automatique supervisé est entraîné, les données qui lui sont fournies sont annotées par des humains, qui effectuent donc une interprétation de celles-ci. De même, les entrées fournies par l'utilisateur et les sorties sont également comprises et donc interprétées par celui-ci. L'herméneutique semble

⁴³ À titre d'exemple : D. BENIAGUEV/I. SEGEV/M. LONDON, « Single Cortical Neurons as Deep Artificial Neural Networks », *Neuron*, vol. 109, n° 17, 1^{er} septembre 2021, p. 2727-2739.e3. Dans cette étude, la simulation d'un seul neurone a nécessité un *neural network* de 5 à 8 couches.

⁴⁴ Par exemple DALL-E, capable de créer des images réalistes à partir d'une simple description : W. D. HEAVEN, « This Avocado Armchair Could Be the Future of AI », *MIT Technology Review*, 5 janvier 2021, www.technologyreview.com/2021/01/05/1015754/avocado-armchair-future-ai-openai-deep-learning-nlp-gpt3-computer-vision-commonsense/ (consulté le 30 août 2022). Dans le domaine médical : P. RAJPURKAR *et al.*, *CheXNet : Radiologist-Level Pneumonia Detection on Chest X-Rays with Deep Learning*, arXiv:1711.05225, 2017.

⁴⁵ Cette problématique est celle de la *black box*, ou boîte noire, que nous n'élaborerons pas plus en détail ici.

⁴⁶ Il n'existe pas, à notre connaissance, d'étude analysant par exemple quelles zones du cerveau sont activées lorsqu'un juge décide d'allouer ou non des dommages-intérêts. Une telle approche ne permettrait bien sûr pas de « localiser » exactement quelles synapses sont mobilisées. En outre, on imagine difficilement autoriser le juge à rendre une décision dans un cas réel depuis l'intérieur d'un appareil d'IRM.

⁴⁷ J. R. SEARLE (n. 36), p. 422.

donc se produire en dehors et autour de la pièce, de l'algorithme, auprès des humains.

Néanmoins, MALLERY *et al.* ont tenté de conceptualiser une herméneutique « à l'intérieur » de l'algorithme, une herméneutique computationnelle. Au travers d'une étude de l'herméneutique selon Heidegger, Gadamer, Ricœur et encore d'autres auteurs, MALLERY *et al.* considèrent que les précompréhensions en tant que « portes d'entrée » dans le cercle herméneutique peuvent être assimilées au processus de *bootstrapping* en informatique, c'est-à-dire l'utilisation d'un programme élémentaire pour charger et exécuter un autre programme plus complexe, de manière récursive⁴⁸. Dès lors, bien que les qualités requises pour avoir une véritable compréhension soient peut-être réservées aux humains, l'intégration de réflexions issues de l'herméneutique philosophique dans la conception d'algorithmes d'intelligence artificielle, notamment *via le bootstrapping*, pourrait améliorer la performance de ceux-ci⁴⁹. Nous citerons brièvement à cet égard deux exemples d'application d'une telle herméneutique computationnelle dans le domaine du *natural language processing* (NLP).

Le premier exemple relève du domaine de la narratologie, soit l'étude des structures du récit, et plus spécifiquement de l'identification du rôle des personnages dans une histoire⁵⁰. Dans cette étude, un *pipeline* de NLP cherche à traduire le texte du récit en éléments manipulables par la machine afin d'en extraire automatiquement des caractéristiques propres au récit, tel que le rôle des personnages⁵¹. L'introduction d'un *feedback loop*, un processus itératif ici inspiré du cercle herméneutique⁵², a permis d'améliorer l'identification des références aux personnages du récit. Les auteurs de l'étude notent cependant que l'identification du rôle des personnages (héros, faux héros, vilain, etc.), n'a pas été améliorée⁵³. L'expérience, menée à petite échelle, montre néanmoins un potentiel dans l'extraction automatique d'informations à partir d'un récit, par exemple juridique.

⁴⁸ J. C. MALLERY/R.HURWITZ/G.DUFFY (n. 4), p. 1.

⁴⁹ *Ibid.*, p. 24.

⁵⁰ J. VALLS-VARGAS/J. ZHU /S.ONTANON, « Narrative Hermeneutic Circle : Improving Character Role Identification from Natural Language Text via Feedback Loops », in *Proceedings of the Twenty-Fourth International Joint Conference on Artificial Intelligence (IJCAI 2015)*, Buenos Aires, Argentina, AAAI Press / International Joint Conferences on Artificial Intelligence, 2015, p. 2517-2523.

⁵¹ *Ibid.*, p. 2518 s.

⁵² *Ibid.*, p. 2520.

⁵³ *Ibid.*, p. 2522.

Le second exemple relève de l'analyse du discours argumentatif⁵⁴. Les auteurs de l'étude proposent deux variantes d'un système (complexe) pouvant transformer un discours non structuré en arguments logiquement formalisés et structurés à l'aide, à nouveau, d'un *feedback loop* inspiré du cercle herméneutique⁵⁵. La première variante requiert une intervention humaine (*human-in-the-loop*) afin de préannoter le texte et ainsi amorcer, « bootstrapper », l'analyse effectuée par l'algorithme⁵⁶. La seconde variante, encore théorique, consiste à remplacer l'humain par un autre algorithme qui fournirait une première annotation du texte⁵⁷. Les auteurs relèvent ici non seulement la complexité de la seconde variante, notamment à cause du caractère abductif du raisonnement humain⁵⁸, mais également la faisabilité (potentielle) d'un tel système.

IV. La technologie, l'humain et le droit : propositions pour une herméneutique juridique digitalisée

Ayant esquissé ci-dessus l'herméneutique telle que pratiquée par les juristes et l'herméneutique telle qu'appréhendue par l'IA, il est désormais temps de tenter l'union de ces deux approches. Comment apprendre à la machine à résoudre une question juridique ? Plus concrètement, comment les enseignements de l'herméneutique juridique et computationnelle sont-ils ou devraient-ils être intégrés dans les approches existantes issues du domaine de la *legaltech* ? Nous proposerons ici trois visions, verticale (A), horizontale (B), et bien sûr, circulaire (C).

A. Une approche verticale : le positivisme juridique

La vision positiviste légaliste du droit prétend expliquer le phénomène du jugement par une opération entièrement déductive, *top-down*, où le juge n'a qu'à retrouver la bonne disposition qui lui fournirait directement la solution au cas d'espèce, dans un simple syllogisme⁵⁹. Comme nous l'avons exposé, ce dernier relève bien plus de la présentation du droit, la rédaction et motivation

⁵⁴ D. FUENMAYOR/C. BENZMÜLLER, « A Computational-Hermeneutic Approach for Conceptual Explicitation », in Á. NEPOMUCENO-FERNÁNDEZ *et al.* (édit.), *Model-Based Reasoning in Science and Technology : Inferential Models for Logic, Language, Cognition and Computation*, SAPERE 49, Cham, Springer, 2019, p. 441-469.

⁵⁵ *Ibid.*, p. 452.

⁵⁶ *Ibid.*, p. 460 ss.

⁵⁷ *Ibid.*, p. 463 ss.

⁵⁸ *Ibid.*, p. 458.

⁵⁹ A. PAPAUX (n. 14), p. 123 ; A. PAPAUX/D. CERUTTI (n. 40), p. 136 s.

du jugement, que de sa mise en œuvre⁶⁰. L'émulation du syllogisme par la machine demeure néanmoins un premier instinct d'implémentation du juge-robot, dans laquelle l'algorithme aurait été programmé *a priori* avec l'entier des règles logiques, déductives, permettant de rendre une décision à partir d'un ensemble de variables factuelles données. Un tel algorithme serait alors qualifié de *knowledge-based*⁶¹ du fait qu'il opérerait sur la base d'un « savoir » représenté par un jeu de règles. Deux options seraient possibles pour enseigner ces règles à la machine :

- 1) Coder manuellement l'entier des règles de droit ;
- 2) Laisser la machine apprendre ces règles sur la base des sources (formelles) du droit.

Les deux options sont évidemment naïves et vouées à l'échec. Comme exposé précédemment⁶², une règle de droit n'acquiert de sens que lors de son exercice en contexte et, dès lors, une formulation *a priori* d'une règle déductive qui permettrait d'obtenir une solution est impossible, peu importe si elle est issue du « savoir » d'un juriste ou si elle est « extraite » à partir du texte légal. La seule « règle » d'apparence déductive qui pourrait s'y prêter serait la *Fallnorm* infiniment singularisée et le corpus de règles devrait alors être infiniment grand. Même si on se limitait à un seul domaine du droit, aussi spécifique soit-il, les infinies possibilités offertes par le réel ne sauraient être appréhendées de la sorte⁶³.

La seconde option aurait néanmoins un certain mérite dans une perspective de traduction du texte légal en une « norme » formulée de manière logique, au même niveau d'abstraction⁶⁴. C'est ainsi qu'un groupe de chercheurs a développé un modèle cherchant à traduire les dispositions du code civil japonais en *abstract meaning representation* (AMR), et vice-versa⁶⁵. Le modèle qui y est présenté demeure expérimental et n'incorpore pas de *feedback loop* tel que précédemment présenté⁶⁶ et requiert une annotation manuelle. Cependant, des

⁶⁰ A. BRENCI/D. CERUTTI (n. 12), p. 12.

⁶¹ R. DEVILLÉ/N. SERGEYSSELS/C. MIDDAG, « Basic concepts of AI for legal scholars », in C. VANLEENHOVE/J. DE BRUYNE (édit.), *Artificial Intelligence and the Law*, Cambridge/Antwerp/Chicago, Intersentia, 2021, p. 1-22, p. 4 s.

⁶² Cf. section II.

⁶³ Notons également qu'un « cloisonnement » des domaines du droit est impossible, par exemple à cause des principes généraux qui les relient, ou le droit international privé qui oblige une interaction avec des ordres juridiques (et donc des règles) étrangers.

⁶⁴ On parlerait alors de la démarche du « dictionnaire », en référence à Umberto Eco : P. MOOR (n. 25), p. 243.

⁶⁵ S. T. VU/M. LE NGUYEN/K. SATOH, « Abstract Meaning Representation for Legal Documents : An Empirical Research on a Human-Annotated Dataset », *Artificial Intelligence and Law*, vol. 30, n° 2, 1^{er} juin 2022, p. 221-243.

⁶⁶ Cf. section III.B.

avancées en matière de NLP et d'herméneutique computationnelle permettraient peut-être d'améliorer ce travail de « traduction » et donc de fournir à tout le moins le « texte » légal sous une forme plus facile à intégrer par un algorithme, mais toujours aussi générale et abstraite.

En somme, une herméneutique juridique digitale ne saurait se concevoir de façon verticale, encore moins si la loi est pensée comme unique source du droit. Nous confirmons ainsi une fois de plus, par d'autres chemins, l'absurdité du positivisme légaliste en tant que conception de l'effectuation du droit.

B. Une approche horizontale : l'analogie de *common law*

Une seconde approche, cette fois-ci horizontale, est inspirée de la *common law* et du raisonnement par analogie. Le matériau principal de l'algorithme est ici le cas, ou plus exactement la décision. Cette approche, *data-based*⁶⁷, fait appel à de très larges bases de données de cas sur lesquels l'algorithme va être entraîné et validé. Les approches existantes relevant de la justice « prédictive » ou « modélisée »⁶⁸ se fondent ainsi principalement sur des décisions de justice publiées et préalablement annotées par des intervenants humains. Ainsi, de tels outils permettent déjà de calculer la probabilité des multiples issues d'un cas en fonction de cas similaires⁶⁹. Dans le domaine médical, des approches analogues permettent, par exemple, l'identification de maladies avec un meilleur taux de réussite et une plus grande rapidité qu'un professionnel médical⁷⁰. Ces excellents résultats soulèvent cependant plusieurs remarques.

Premièrement, le matériau de l'algorithme est différent. En effet, l'algorithme de détection d'une maladie s'entraîne et est appliqué en principe sur les mêmes données que le médecin, par exemple l'imagerie médicale en radiologie, et donc des représentations assez fidèles et objectives de la réalité. Au contraire, le juge et l'algorithme ne se fondent pas du tout sur les mêmes données : là où le juge se fonde sur les faits⁷¹ du dossier, l'algorithme n'a accès qu'à la présentation des faits tels qu'exposés dans la décision. Cette représentation de la réalité est donc nécessairement incomplète, synthétisée en vue de la motivation et surtout médiée par la personne du greffier. Elle ne comprend en outre pas, par

⁶⁷ R. DEVILLÉ/N. SERGEYSSELS/C. MIDDAG (n. 61), p. 4 s.

⁶⁸ Par exemple chez Case Law Analytics : J. LÉVY VÉHEL (n. 3).

⁶⁹ *Ibid.*, p. 745 s.

⁷⁰ *Ibid.*, p. 742 s. ; S. LIM, « Judicial Decision-Making and Explainable Artificial Intelligence : A Reckoning from First Principles », *Singapore Academy of Law Journal*, vol. 33, 2021, p. 280-314, § 9.

⁷¹ Plus précisément les faits juridiques, c'est-à-dire les faits déjà médiés et incorporés par le biais de la procédure.

définition, les critères dits ineffables⁷² qui influencent le juge. Dans l'analogie médicale, cela reviendrait à entraîner l'algorithme non pas sur des radiographies ou des prélèvements mais sur des rapports médicaux. Notons également qu'une décision judiciaire reformule nécessairement les hypothèses argumentatives du juge et occulte ainsi une partie du raisonnement⁷³.

Deuxièmement, l'algorithme est forcément limité dans sa portée. Tout d'abord, il appréhende difficilement les données aberrantes, les « cas limite »⁷⁴. En effet, l'entraînement de l'algorithme cherche un compromis, appelé *bias-variance trade-off*, entre épouser au mieux les spécificités des données d'entraînement et rester suffisamment général afin d'obtenir des résultats corrects sur les données de validation⁷⁵. De la même manière, l'algorithme ne peut pas être appliqué au-delà de son « domaine de compétence ». Ainsi, un algorithme entraîné à détecter une pneumonie doit être entraîné (et repensé) afin de détecter d'autres maladies respiratoires. Il perd ainsi en spécificité ce qu'il gagne en généralité, *a fortiori* si on l'étendait à encore d'autres pathologies. Une modélisation judiciaire doit dès lors également se limiter à un certain domaine du droit pour fournir des résultats précis. Cependant, un juge ou un médecin, bien que spécialistes, ont néanmoins connaissance des autres domaines de leur profession, alors que l'algorithme, lui, n'a jamais eu accès à ces « données ».

Troisièmement, bien qu'il puisse (très) bien imiter un juge ou un médecin, l'algorithme ne comprend pas les données sur lesquelles il opère⁷⁶. Nous pouvons à nouveau rappeler l'expérience de SEARLE⁷⁷ : la simulation d'une compréhension n'est pas une compréhension. Même si l'algorithme détecte correctement une pathologie, il n'a aucune idée des causes de celle-ci, de son tableau clinique, ni même du concept de tableau clinique. Dans la même mesure, la modélisation judiciaire n'établit pas de lien de causalité entre les faits de la cause et la décision, mais se contente de révéler certaines régularités⁷⁸. Elle n'infère pas de règles générales à partir des cas à la manière d'un *restatement* de *common law*.

La démarche analogique demeure cependant prometteuse. Tout d'abord, en tant qu'elle se fonde sur le cas, le lieu d'exercice de la règle de droit, elle s'approche un peu plus du juste que la démarche verticale, au plus près de la *Fallnorm*. En outre, la décision ainsi obtenue s'insère, à tout le moins mathématiquement, dans un corps de décisions existantes et maintient ainsi une sorte

⁷² J. LÉVY VÉHEL (n. 3), p. 744.

⁷³ P. MOOR (n. 25), p. 271.

⁷⁴ S. LIM (n. 70), § 48.

⁷⁵ R. DEVILLÉ/N. SERGEYSSELS/C. MIDDAG (n. 61), p. 11.

⁷⁶ S. LIM (n. 70), § 49.

⁷⁷ Cf. section III.A.

⁷⁸ J. LÉVY VÉHEL (n. 3), p. 746.

de *stare decisis*⁷⁹. De plus, des améliorations pourraient être envisagées au niveau de l'annotation des décisions servant à l'entraînement grâce à des techniques de NLP⁸⁰, par exemple inspirées de la narratologie⁸¹.

Finalement, la démarche inspirée par la *common law* est tout à fait pertinente dans un système civiliste. En effet, bien que la jurisprudence soit reléguée au rang de source formelle « au sens large » dans la tradition civiliste, elle lui accorde en réalité une importance accrue au regard de la dynamique des sources⁸². Néanmoins, il est clair que, malgré une référence à une disposition légale dans une décision, une approche purement analogique ne fournit que très indirectement un ancrage légal.

C. Une approche circulaire ?

Les deux approches susmentionnées sont lacunaires : toutes deux surdéterminent une source du droit par rapport aux autres et aucune ne reproduit le raisonnement réel du juge. Au regard de ces limitations et des précédents développements au sujet de l'herméneutique juridique, la solution semble évidente : seule une approche circulaire, ou mieux en « boucle étrange » ou en réseau, s'approche du raisonnement du juge. En effet, l'approche ne peut être linéaire (de cas en cas ou de la loi au cas), mais doit être multidimensionnelle, faisant interagir les diverses sources du droit avec les faits de la cause, et vice-versa.

Au niveau des données sur lesquelles le juge-robot s'entraîne, celui-ci devrait avant tout (re)connaître une théorie des sources du droit dynamique, ouverte et plurielle, plus proche de la conception originale d'Eugen Huber⁸³. Ainsi, les données devraient bien sûr inclure la loi et la jurisprudence – augmentées notamment par des exercices de « traduction » d'une norme⁸⁴ ou d'analyse narrative de la jurisprudence⁸⁵ mentionnés auparavant – mais également la coutume et la doctrine. En outre, afin de tenir compte des directives d'interprétation, comprises ici surtout dans leur fonction heuristique, et des principes généraux de l'herméneutique, ces sources du droit devraient également être supplémentées par des éléments de leur contexte. En considérant, par exemple, le pluralisme méthodologique pragmatique, les données fournies à l'algorithme

⁷⁹ Bien sûr, il est essentiel de prendre en compte l'évolution de la jurisprudence et des lois, faute de quoi le *stare decisis* deviendrait ici parfaitement statique. Le détail de cette prise en compte dépasse cependant le cadre de cet article.

⁸⁰ S. LIM (n. 70), § 67.

⁸¹ Cf. section III.B.

⁸² F. WERRO (n. 9), N 22. Cf. également section II.

⁸³ Cf. section II et M. AMSTUTZ (n. 6), p. 21 s.

⁸⁴ Cf. section IV.A.

⁸⁵ Cf. section IV.B.

devraient comprendre des informations quant à la systématique légale, des publications officielles ou encore des délibérations parlementaires. Il ne serait donc pas possible de se limiter aux seules données du texte de la loi, de la coutume⁸⁶, de la doctrine et de la jurisprudence, mais il faudrait au contraire identifier et inclure des *métadonnées* pertinentes.

Ainsi posée en théorie, l'approche paraît irréalisable en pratique. D'un point de vue technique, cette approche exigerait dans un premier lieu d'interconnecter au minimum chaque cas d'application d'une norme avec le texte de celle-ci, le projet de loi et les débats parlementaires y relatifs, ainsi que toutes les prises de position doctrinales au sujet de celle-ci. Bien que les données visées existent, elles devraient au préalable être annotées et lesdites interconnexions seraient d'un tel ordre de grandeur que cette entreprise ne pourrait s'effectuer qu'avec une assistance algorithmique. Cette dernière devrait dès lors être conçue, entraînée, testée et validée avant même de pouvoir développer un juge-robot. Même une fois un pareil réseau de simples connexions établi, ces dernières ne seraient pas encore hiérarchisées ; il faudrait encore distinguer, par exemple, parmi les sources explicitement mentionnées dans une décision, les sources écartées des sources retenues, et identifier⁸⁷ la justification d'un tel choix. Tout ceci ne permettrait pas encore de révéler, ou du moins qu'en partie, des éléments implicites ayant pourtant contribué au choix de la solution juridique dans une affaire, qu'il s'agisse d'éléments aussi concrets que les faits présents dans le dossier mais pas dans le texte de la décision, ou d'éléments plus abstraits et sans doute encore plus déterminants comme la culture du juge ou son expérience de la vie.

Néanmoins, même si une émulation complète du raisonnement du juge est probablement impossible, nous soutenons qu'une approche partielle, une approximation de l'herméneutique juridique, fournirait déjà un meilleur juge-robot que les autres approches. Par exemple, simplement en standardisant en amont les références légales et doctrinales présentes dans une décision judiciaire – par exemple avec des identifiants uniques –, l'algorithme aurait déjà plus aisément accès à des métadonnées exploitables que dans une annotation manuelle de la jurisprudence. Le juge-robot ne s'entraînerait certes pas avec un réseau aussi extensif et détaillé que celui exposé ci-dessus, mais il pourrait à tout le moins faire des inférences plus éclairées qu'en se fondant uniquement sur une comparaison de cas annotés entre eux. En outre, en combinant ces métadonnées avec une analyse narratologique des « rôles » des parties au procès (auteur/victime, créancier/débiteur, etc.), cette approche simplifiée permettrait peut-être en corollaire de générer des cas fictifs par le biais de l'IA. Étant donné que

⁸⁶ Pour la coutume orale, il faudrait comprendre ici sa formulation en termes généraux et abstraits.

⁸⁷ À nouveau de manière automatisée, par exemple en s'inspirant de l'analyse automatique du discours argumentatif, cf. section III.B.

l'herméneutique juridique exige « la formulation d'une arborescence de textes »⁸⁸ ou fait intervenir des « *fabulæ* » ou des « *Schulbeispiele* »⁸⁹, il serait à notre sens utile de générer de tels cas d'école automatiquement. À défaut peut-être de servir l'éducation du juriste humain, ces cas d'école pourraient fournir à l'algorithme un élément de *bootstrapping*. Ce travail reste bien évidemment encore largement à faire.

V. Envoi

Relevons encore quelques réflexions en guise de conclusion. Premièrement, indépendamment de la faisabilité d'une herméneutique juridique digitale, les diverses approches théoriques proposées ci-dessus nous permettent au mieux de remettre en cause la hiérarchie des sources du droit, au pire d'écarter définitivement une primauté surdéterminée du texte légal.

Deuxièmement, bien que nous ne l'ayons que peu abordée, la motivation du jugement revêt désormais une importance accrue. En effet, nous avons surtout analysé l'herméneutique juridique dans l'optique de la résolution du litige, à savoir la finalité courte du jugement selon Ricœur⁹⁰. Cependant, le juge ne peut se comporter en oracle et c'est finalement en convainquant ses lecteurs (parties au litige, représentation juridique, doctrine, législateur, etc.) que la décision acquiert sa juridicité⁹¹. On retrouve ainsi la fonction justificative ou légitimante des directives d'interprétation et l'*ars juris*. Dès lors, même si le juge-robot parvenait à une décision juste au regard du réseau de sources du droit sur lequel il se serait entraîné, encore devrait-il apprendre à convaincre son auditoire, comme dans un test de Turing réservé aux juges.

Finalement, en nous projetant une fois de plus dans l'avenir, nous formulons un souhait. Même s'il n'est pas possible, selon nous, d'exclure *a priori* que les machines atteignent un jour une véritable « conscience », peut-être leur simulation de la conscience deviendra si *vraisemblable* que nous la tiendrons pour *vraie*. Alors, s'il faut remplacer le juge par un programme, à défaut de comprendre, que ce dernier fasse à tout le moins semblant en intégrant au mieux une herméneutique juridique digitale. Nous séparant à peine du juge bouche-de-la-loi, du *Subsumtionsautomat*⁹², ne le remplaçons pas aussitôt par un tout autre genre d'automate.

⁸⁸ F. WERRO (n. 9), N 44.

⁸⁹ A. PAPAUX (n. 14), p. 125.

⁹⁰ B. MAZABRAUD, « Phénoménologie du jugement judiciaire », *Les Cahiers de la Justice*, vol. 4, n° 4, 2020, p. 647-659, p. 648.

⁹¹ P. MOOR (n. 25), p. 269 ss ; H. TORRIONE (n. 23), p. 295.

⁹² H. P. WALTER (n. 19), p. 157.

L'impact de l'intelligence artificielle sur le droit et les valeurs de la justice

JENNIFER GAUMANN-PACCAUD

Doctorante en droit du numérique à l'Université de Genève

Table des matières

I.	Introduction	153
II.	La transition numérique du secteur juridique.....	156
	A. Les <i>LegalTechs</i> en tant que facilitateurs du progrès.....	156
	B. Le désengorgement de la justice civile grâce aux <i>LegalTechs</i> .	158
	C. Les conséquences de l'utilisation de <i>LegalTechs</i> sur les métiers du droit.....	160
III.	L'automatisation de la justice.....	162
	A. Vers une mécanisation du droit ?.....	162
	B. L'automatisation du droit dans le domaine de la justice sociale.....	164
	C. L'automatisation du droit en matière pénale.....	165
IV.	Conclusion.....	168

I. Introduction

La relation entre les humains et les machines a inévitablement provoqué des débats au sein de nos sociétés modernes¹. Dès les années 1980, des progrès conséquents ont été réalisés en termes de puissance de calcul et de modélisation mathématique d'algorithmes². C'est dans les années 2010 que l'explosion de la production de données (ou *big data*³) a véritablement conduit au développement d'une capacité d'apprentissage automatique des machines⁴.

¹ S. TISSERON, « L'étude de la relation homme-robot : l'avenir de la psychologie », *Le journal des psychologues*, 2017/8 (n° 350), p. 23-27, www.cairn.info/revue-le-journal-des-psychologues-2017-8-page-23.htm (consulté le 12.10.2022).

² Voir le rapport au Conseil fédéral du Groupe de travail interdépartemental « Intelligence artificielle », Défis de l'intelligence artificielle, 2019, chap. 2, www.admin.ch/gov/fr/accueil/documentation/communiqués.msg-id-81319.html (consulté le 12.10.2022).

³ B. CASSAR, *La transformation numérique du monde du droit*, thèse, Strasbourg 2020, § 364, 521 et 1011 ss.

⁴ CASSAR (n. 3), § 176 s.

Au niveau international, « l'intelligence machine » (*machine intelligence*) est appelée intelligence artificielle ou IA (*artificial intelligence*, AI)⁵. Elle se définit généralement comme « la création ou la programmation d'un ordinateur de manière à ce que celui-ci soit capable d'exécuter des fonctions qui reposent normalement sur l'exercice de facultés humaines ou biologiques (intelligentes) »⁶.

En tant que technologie transversale, l'IA recèle un très grand potentiel pour le bien commun ; elle peut par exemple diagnostiquer des maladies, gérer les ressources environnementales ou lutter contre la pauvreté⁷. L'IA offre donc des perspectives immenses sur les plans scientifique, militaire et économique⁸. Il va sans dire que son importance stratégique incite les grandes puissances à la compétitivité⁹. Ainsi, pour développer l'IA, la Chine, les États-Unis et l'Union européenne ont prévu des investissements à grande échelle jusqu'en 2030. À titre d'exemple, le marché des technologies de surveillance a pesé près de 40 milliards d'euros en 2020¹⁰.

Influencés par leurs orientations stratégiques respectives, les principaux acteurs internationaux considèrent désormais l'IA comme un des domaines d'action géopolitique les plus importants et en font une priorité¹¹. Cependant, le développement technologique et surtout l'imprévisibilité de l'IA suscitent des incertitudes et des craintes¹². Il n'est dès lors pas surprenant que des dissidences soient perceptibles à l'échelle internationale quant au besoin et à la façon de la régler¹³.

⁵ Terminologie du Competence Network for Artificial Intelligence (CNAI), version 1.0 du 15 décembre 2021, p. 5 s., disponible uniquement en allemand : <https://cna1.swiss/fr/products/terminologie/> (consulté le 01.11.2022).

⁶ *Ibid.*

⁷ DFAE, *Intelligence artificielle et réglementation internationale, Rapport à l'intention du Conseil fédéral*, Berne, 2022/04, p. 7, www.news.admin.ch/news/message/attachments/711097.pdf (consulté le 12.10.2022).

⁸ *Ibid.*

⁹ Pour un exposé détaillé du programme stratégique de la Chine, des États-Unis et de l'Union européenne, voir : *Stratégie Chine 2021-2024*, www.eda.admin.ch/publikationen/de/eda/schweizer-aussenpolitik/China_Strategie_2021-2024.html ; *National AI Initiative Act of 2020*, www.congress.gov/bill/116th-congress/house-bill/6216 ; *NextGenerationEU*, https://ec.europa.eu/info/strategy/recovery-plan-europe_fr (consultés le 12.10.2022).

¹⁰ Voir le reportage d'ARTE au sujet de la surveillance, disponible en ligne : https://boutique.arte.tv/detail/tous_surveilles_7_milliards_de_suspects (consulté le 10.10.2022).

¹¹ DFAE (n. 7), p. 10-12.

¹² V. HEIWEY, « Quel sera notre futur avec l'IA ? », *ERGO'IA*, Paris, 2021/10, <https://hal.archives-ouvertes.fr/hal-03365463/> (consulté le 12.10.2022).

¹³ DFAE (n. 7). Au niveau de l'Union européenne, voir : Proposition de règlement du Parlement européen 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, 21 avril 2021.

Considérons par exemple l'émergence des villes intelligentes (*smart cities*) au niveau mondial¹⁴. Il s'agissait à l'origine d'un projet pilote chinois datant de 2005, visant à déployer le concept de « villes sûres »¹⁵. Il est sans doute utile de nommer les grandes entreprises technologiques qui ont alors piloté ce projet : Huawei, ZTE, Zhejiang Dahua et Hangzhou Hikvision. Ces mêmes entreprises ont toutes joué un rôle central dans la mise en place des programmes de surveillance de masse élaborés par le gouvernement chinois (Skynet¹⁶ et Sharp Eyes¹⁷). La politique industrielle chinoise a ainsi jeté les bases du développement des villes intelligentes à l'échelon mondial. Par le canal d'exportation appelé Route de la soie numérique, la Chine peut commercialiser les infrastructures numériques et la technologie de surveillance, dont l'IA est une partie intégrante.

Comme le mentionne le rapport du Département fédéral des affaires étrangères (DFAE) du 13 avril 2022, « le système de valeurs d'une société imprègne les technologies qu'elle produit » et de ce fait, « l'exportation d'une technologie conçue dans un certain environnement culturel s'accompagne inévitablement de l'exportation des valeurs de cet environnement »¹⁸. Les nouvelles technologies sont donc associées à un système déterminé de valeurs et provoquent inévitablement des conflits de valeurs lorsqu'elles interfèrent avec les principes fondamentaux établis au sein d'une société. Le point commun à toutes les normes juridiques liées aux principes de base du droit international est la liberté de juger d'une situation particulière¹⁹. De cette liberté découle le droit d'agir en toute autonomie et de se déterminer au sujet des questions importantes pour l'épanouissement de la personnalité. Or, si l'IA soulève des questions fondamentales liées aux principes du droit international, c'est parce qu'elle ne peut pas parfaitement garantir que les situations rencontrées soient compréhensibles par les personnes concernées. Il est également nécessaire de s'assurer que l'égalité de traitement de tous les individus soit respectée. Les applications de l'IA sont susceptibles de remettre en question ces exigences.

¹⁴ Pour un exemple de *smart cities*, voir : C.S. LAI *et al.*, *A Review of Technical Standards for Smart Cities*, s.l., 2020/02, p. 290-310, <https://doi.org/10.3390/cleantechnol2030019> (consulté le 02.10.2022).

¹⁵ DFAE (n. 7), p. 10.

¹⁶ Pour une description complète de Skynet, voir T. J. ACKERMAN, *What is China's SKYNET (yes : it is what you think it is)*, 2020/12, <https://jellyfish.news/skynet-chinas-massive-video-surveillance-network/> (consulté le 12.10.2022).

¹⁷ Pour une description complète du programme Sharp Eyes, voir CSET (Center for security and emerging technology), *China's Sharp Eyes program aims to surveil 100% of public space*, 2020/03, <https://cset.georgetown.edu/article/chinas-sharp-eyes-program-aims-to-surveil-100-of-public-space/> (consulté le 12.10.2022).

¹⁸ DFAE (n. 7), p. 6.

¹⁹ Voir R. J. SCHWEIZER, « art. 10 », in B. EHRENZELLER *et al.* (édit.), *Die schweizerische Bundesverfassung, St. Galler Kommentar*, 2^e éd., Zurich, 2008, N 6 s.

Cette contribution traitera en premier lieu de la transition du secteur juridique à travers l'usage des *LegalTechs* (II). L'analyse portera sur l'impact des technologies juridiques dans le domaine de la justice civile et il sera aussi question de décrire leurs conséquences sur les métiers du droit. En second lieu, la notion d'automatisation de la justice sera examinée à travers le domaine de la justice sociale et en matière pénale (III). En dernier lieu, nous tâcherons de définir quelques-unes des questions juridiques de fond que l'usage de l'IA soulève (IV).

II. La transition numérique du secteur juridique

A. Les *LegalTechs* en tant que facilitateurs du progrès

Selon Cassar, la transformation numérique se décline à travers trois composantes, à savoir la dématérialisation, l'interopérabilité²⁰ et l'automatisation²¹. Dans le monde juridique, l'interaction de ces trois composantes conduit à la création de nouvelles fonctionnalités qui sont déjà parfaitement intégrées à l'écosystème juridique²². En effet, toute une gamme de services en ligne est mise à la disposition des justiciables afin de permettre la résolution rapide des litiges ordinaires. Le palmarès 2021 des *LegalTechs* juridiques françaises illustre amplement l'éventail des solutions qui sont actuellement disponibles sur le marché²³. Il y est question de *Legal Design*, de mise en conformité des entreprises au Règlement général européen sur la protection des données (RGPD), de gestion des outils de médiation et de conciliation, de génération automatique de documents juridiques, de justice prédictive ou encore d'automatisation des contrats.

La majorité des technologies juridiques, conçues aux États-Unis ou en Chine²⁴, se sont rapidement étendues à l'international²⁵ et alimentent désormais un marché

²⁰ Pour un regard critique sur la mise en place des systèmes interopérables avec les entreprises, voir : S. ZUBOFF, *L'âge du capitalisme de surveillance*, Paris, 2019, p. 149 s.

²¹ Sur le concept de transformation numérique, voir : CASSAR (n. 3), § 1, 2 et 42 ss.

²² K. DIAWARA, « Présentation : le droit des activités économiques à l'ère numérique », *Les cahiers du droit*, 60(3), p. 585-587, www.erudit.org/en/journals/cd/1/2019-v60-n3-cd04870/1064649ar.pdf (consulté le 22.08.2022).

²³ Voir : www.magazine-decideurs.com/mappemonde-legaltech-2021 (consulté le 15.08.2022).

²⁴ DFAE (n. 7), p. 6.

²⁵ CASSAR (n. 3), § 558-567 ; Observatoire des Acteurs Économiques du Marché du Droit, LexisNexis, 2017/10, <http://web.lexisnexis.fr/LexisActu/EYObservatoiredesActeursEconomiquesduMarch%C3%A9%20du%20Droit.pdf> (consulté le 02.08.2022). On consultera aussi les sites : www.rocketlawyer.com ; www.legalzoom.com/country/ch ; <https://lex-machina.ch/de/?gclid=CjwKCAjwmJeYBhAwEiwAXlg0AR0ha22yPgTQIOZYf>

en pleine expansion²⁶. Considérées comme étant des facilitateurs de progrès par les acteurs du secteur juridique²⁷, ces *LegalTechs*²⁸ ou *CivilTechs*²⁹ se définissent en tant que start-up juridiques en ligne, qui fournissent des services cent pour cent numériques aux entreprises et aux particuliers. Leurs programmes sont accessibles, simples d'utilisation et peuvent générer automatiquement des documents juridiques, calculer des prévisions, émettre des recommandations, accompagner les clients dans leurs démarches juridiques ou encore prendre des décisions de façon plus ou moins autonome³⁰. Ce faisant, les *LegalTechs* utilisent des systèmes d'IA (*AI Systems*)³¹, entendus comme « des systèmes logiciels (et éventuellement matériels) conçus par des êtres humains ([qui] peuvent aussi recourir à des techniques relevant de l'IA pour optimiser la conception de ces systèmes) et qui, ayant reçu un objectif complexe, agissent dans le monde réel ou numérique en percevant leur environnement par l'acquisition de données, en interprétant les données structurées ou non structurées collectées, en appliquant un raisonnement aux connaissances, ou en traitant les informations dérivées de ces données et en décidant de la (ou des) meilleure(s) action(s) à prendre pour atteindre l'objectif donné. Les systèmes d'IA peuvent soit utiliser des règles symboliques, soit apprendre un modèle numérique. Ils peuvent également adapter leur comportement en analysant la manière dont l'environnement est affecté par leurs actions antérieures »³². Ainsi, cette définition

KMKU-WOtpdnRjiYw_6L29yseCQHR0IC09sNxhoC758QAvD_BwE (consultés le 04.08.2022).

²⁶ R. RALL, « L'ère numérique, un défi de taille à relever par les études d'avocats », *Revue de l'avocat*, 2017/04, p. 149.

²⁷ CASSAR (n. 3), § 54-62.

²⁸ B. RUBIN, *Legal Tech Startups Have A Short History And A Bright Future*, 2014/12, <http://social.techcrunch.com/2014/12/06/legal-tech-startups-have-a-short-history-and-a-bright-future/> (consulté le 22.08.2022) ; voir aussi : « Les cabinets d'avocat face à l'uberisation et aux legaltechs », *La Tribune*, www.latribune.fr/opinions/tribunes/les-cabinets-d-avocat-face-a-l-uberisation-et-aux-legaltechs-540912.html (consulté le 04.08.2022).

²⁹ B. BARRAUD, « Le coup de data permanent : La loi des algorithmes (France) », *Revue des droits et libertés fondamentaux*, 2017/11, p. 4 ss, <https://hal.archives-ouvertes.fr/hal-01652318/document> (consulté le 10.10.2022).

³⁰ Pour un développement complet de la notion d'autonomie de l'IA, on consultera : J.-G. GANASCIA, « La révolution de l'intelligence artificielle (IA) en autonomie », *Revue Défense Nationale* 2018/HSI (numéro hors-série), p. 36-42, www.caim.info/revue-defense-nationale-2018-HSI-page-36.htm.

³¹ R. RALL, « La numérisation des services juridiques représente-t-elle un danger ou une opportunité ? », *Revue de l'avocat* 2017/08, p. 309.

³² Selon le Groupe d'experts indépendants de haut niveau sur l'intelligence artificielle, constitué par la Commission européenne en juin 2018 (GEHN), in *Lignes directrices en matière d'éthique pour une IA digne de confiance*, Bruxelles, 2019/04, p. 48 (§ 143), https://chaire-actionpublique.fr/wp-content/uploads/2020/12/recommandations_éthique_IA.pdf (consulté le 03.11.2022).

met l'accent sur la diversité des systèmes d'IA et permet de considérer chaque type d'IA comme un assemblage de différentes briques techniques qui ont elles-mêmes été conçues selon différents postulats. Au cœur des systèmes d'IA, les humains interfèrent de deux façons : en tant qu'utilisateurs au bénéfice de leurs services et en tant qu'acteurs dans leur conception et dans leur fonctionnement. Notons que lorsque l'IA est capable d'interagir et de communiquer avec un être humain, il est question de *chatbot*³³ (ou agent conversationnel). Se chargeant de gérer des relations client, le *legalbot* (ou *chatbot* conseiller juridique) peut fournir des réponses explicites et immédiates sur des thématiques telles que le droit social, le droit commercial, la TVA ou encore la propriété intellectuelle. Cet assistant virtuel peut aussi rediriger les clients vers certains documents qu'il devra ensuite personnaliser (trames contractuelles) ou vers des protocoles transactionnels, ce qui permet aux juristes et aux avocats de se concentrer sur les contrats ou les litiges complexes. L'assistance virtuelle participe donc à l'efficacité de l'activité juridique³⁴.

Nous pouvons distinguer trois niveaux d'activité de l'IA dans le monde juridique. Un premier niveau concerne les interfaces destinées directement aux justiciables. Ces dernières reposent dans la grande majorité des cas sur l'automatisation complète ou partielle d'un service juridique et agissent au niveau du support (production de documents). Un deuxième niveau porte sur les processus juridiques, lesquels comprennent la résolution des petits litiges en ligne, les médiations en ligne et les procès virtuels. Le dernier niveau d'application de l'IA concerne directement les professionnels du droit (notamment les juristes, les avocats et les juges) et leur offre de nouvelles méthodes de travail.

B. Le désengorgement de la justice civile grâce aux *LegalTechs*

Les usages des technologies digitales de dématérialisation et d'automatisation via les *LegalTechs* permettent une certaine démocratisation des

³³ Pour un survol de la technologie *chatbot*, on consultera : E. ADAMOPOULOU/L. MOUSIADES, « An Overview of Chatbot Technology », *Artificial Intelligence Applications and Innovations*, vol. 484, 2020, p. 373-383, www.semanticscholar.org/paper/An-Overview-of-Chatbot-Technology-Adamopoulou-Moussiades/24d19b8ea4b237bd8bd7f3997544c99b2126d7f#citing-papers (consulté le 03.11.2022).

³⁴ Pour une définition complète du *chatbot*, voir l'article publié sur le site web TechTarget : K. BRUSH/J. SCARDINA, *Chatbot définition*, 2021/11, www.TechTarget.com, www.techtarget.com/searchcustomerexperience/definition/chatbot (consulté le 03.11.2022). Au sujet des agents conversationnels, voir : O. LABORDE, « Les Chatbots sont-ils intelligents ou stupides ? », *Forbes*, 03.09.2018, www.forbes.fr/technologie/les-chatbots-sont-ils-intelligents-ou-stupides/?cn-reloaded=1 (consulté le 03.11.2022).

processus administratifs et judiciaires au profit des utilisateurs et présentent notamment des atouts indéniables dans le domaine du droit civil où ils trouvent à s'appliquer. La résolution des litiges en ligne (*Online Dispute Resolution* ou ODR) offre des solutions concrètes et pertinentes aux parties dont le litige ne serait de toute façon, dans la plupart des cas, pas soumis à un tribunal. Conçus à l'origine par des entreprises comme *eBay*, les ODR ont été intégrés à plusieurs tribunaux étasuniens, dans le but d'élargir l'accès à la justice et réduire les coûts³⁵. L'IA *Cybersettle* est un autre exemple américain qui, via une plateforme numérique, propose une méthode de médiation en ligne. En cas de litige, ce service permet à chacune des parties de soumettre une offre de résolution du litige de façon confidentielle et de comparer instantanément les offres pour déterminer si un accord entre les parties est possible³⁶. Avec l'expansion des systèmes d'IA, l'ODR a le potentiel de devenir la nouvelle solution par défaut pour une résolution rapide et équitable. Ce n'est qu'en cas d'échec de la médiation que le litige sera soumis à un tribunal, ce qui a pour conséquence immédiate de désengorger les tribunaux³⁷.

En France, *Demander Justice* a démarré en 2012, regroupant *DemanderJustice.com*, *Litige.fr* et *SaisirPrudhommes.com*. Ce service propose une méthode de résolution des litiges en ligne, sans avoir recours à un avocat, dans les domaines suivants : logement, consommation, assurance, voyage ou télécoms. *LegalPlace* est un autre exemple français. Implantée en 2016, cette *LegalTech* propose des services digitalisés dont une IA capable de générer des documents juridiques tels que divers types de contrats (travail, location, bail, commercial, pacte d'associés ou compromis de vente) en se basant sur des modèles³⁸.

D'autres *LegalTechs* vont encore plus loin, en mettant à profit l'IA pour analyser de grandes quantités de données de justice et prédire l'issue potentielle de procès à venir (justice prédictive). L'IA de *Case Law Analytics*, par exemple, permet de quantifier le risque juridique en proposant les résultats d'après ses propres décisions de justice virtuelles. Cette IA est aussi capable d'apprécier les moyens de droit ou les faits pertinents en fonction des décisions antérieures et d'identifier les cas de jurisprudence similaires³⁹. Un même type d'analyse de la jurisprudence est proposé par *Predictice*⁴⁰. Ce logiciel permet l'appréciation

³⁵ C. RULE, « Online dispute resolution and the future of justice », *Annual Review Of Law And Social Science*, vol. 16, 2020/19, p. 277-292, www.annualreviews.org/doi/citedby/10.1146/annurev-lawsocsci-101518-043049.

³⁶ On consultera à ce titre : www.cybersettle.com/ (consulté le 04.07.2022).

³⁷ Sur une évaluation des sites de médiation en ligne, voir : J. W. GOODMAN, *The Pros and Cons of Online Dispute Resolution*, s.l., 2003, <https://scholarship.law.duke.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1073&context=dltr> (consulté le 08.07.2022).

³⁸ Voir : www.legalplace.fr (consulté le 03.11.2022).

³⁹ Voir : www.caselawanalytics.com/a-propos/ (consulté le 10.10.2022).

⁴⁰ Voir : <https://predictice.com/fr> (consulté le 10.10.2022).

des moyens de droit ou des faits pertinents d'après des décisions antérieures. Le rapport d'analyse peut même concerner les taux d'acceptation et de rejet des demandes, les probabilités de résolution d'un contentieux et le montant des indemnités potentielles. Même si l'on peut rapprocher la notion de justice prédictive de celle de jurimétrie, proposée par Loevinger en 1949⁴¹, la justice prédictive devient une réalité d'aujourd'hui grâce à la conjonction des avancées technologiques et à la croissance des bases de données de justice.

Au Québec, le projet *LégalIA* reflète quant à lui une utilisation éthique de l'IA dans le domaine juridique. Son algorithme *Leila* est basé sur la justice prédictive. En plus de la prédiction de l'issue des prochains litiges, le projet a pour but d'aiguiller les personnes dans leurs démarches juridiques et surtout, d'offrir des « consultations » avec *Leila* qui sont anonymes et dépourvues de juges⁴². Ainsi, en plus des économies de temps pour les justiciables et des analyses prédictives, les *LegalTechs* peuvent aussi être utilisées pour soutenir des besoins humains.

C. Les conséquences de l'utilisation de *LegalTechs* sur les métiers du droit

Le numérique et l'intégration de l'IA dans le secteur juridique induisent une transition dans ce secteur et entraînent inévitablement des répercussions sur le fonctionnement des professions juridiques⁴³. De nouveaux métiers apparaissent, faisant appel à des compétences numériques (ou *Digital skills*⁴⁴). Trois domaines sont principalement touchés : la recherche et l'accès aux informations juridiques, l'audit et la gestion des contrats et l'évaluation du risque judiciaire. Le domaine de la recherche juridique (recherche sémantique, veille juridique, etc.) est largement couvert par l'IA, les juristes d'aujourd'hui se

⁴¹ L. LOEVINGER, « Jurimetrics-The next step forward (1949) », *Minnesota Law Review*, vol. 33, n° 5, 1796/04, p. 455-493, <https://scholarship.law.umn.edu/mlr/1796> ; C. SAMPER, « Argumentaire pour l'application de la systémique au droit », *Archives de philosophie du droit*, 1999, www.philosophie-droit.asso.fr/APDpourweb/220.pdf (consulté le 10.10.2022).

⁴² C. DIORÉ DE PÉRIGNY, « L'intelligence artificielle fait son entrée au tribunal », *Québec Science*, 2019/03, www.quebecscience.qc.ca/societe/intelligence-artificielle-tribunal/ (consulté le 06.11.2022).

⁴³ *State v. Loomis*, 881 N.W.2d 749 (Wis. 2016) ; concernant un commentaire du cas américain précité, on consultera : <https://harvardlawreview.org/?p=4650> (consulté le 21.08.2022).

⁴⁴ Sur la notion de *digital skills*, voir p.ex. : EUROPEAN COMMISSION, *Digital Skills at the core of the new Skills Agenda for Europe*, <https://ec.europa.eu/digital-single-market/en/core-of-the-new-skills-agenda-for-europe>, et EUROPEAN COMMISSION, *The Digital Skills and Jobs Coalition*, <https://ec.europa.eu/digital-single-market/en/digital-skills-jobs-coalition> (consultés le 15.08.2022).

servant de plus en plus souvent des *LegalTechs* pour accomplir ces tâches à faible valeur ajoutée⁴⁵. En revanche, une réelle valeur ajoutée est apportée par l'analyse approfondie des arguments juridiques des jurisprudences. L'IA « entraînée », nécessaire à la justice prédictive, impacte les professions juridiques et notamment les cabinets d'avocats, qui n'ont plus à mobiliser autant de ressources pour leurs travaux. Selon le secrétaire général de la Fédération suisse des avocats (FSA)⁴⁶, les praticiens du droit peuvent s'attendre à des changements importants concernant leurs méthodes de travail, leur position sur le marché économique et leur système de rémunération⁴⁷ ; cela est également confirmé par une étude commandée par le barreau allemand⁴⁸.

Les juges doivent également assimiler de nouvelles logiques procédurales, incluant des technologies d'aide à la décision et la justice prédictive⁴⁹. L'IA est capable d'assister les magistrats lors de l'instruction d'un dossier, en livrant le résultat de tous les jugements rendus dans des cas similaires. Si le juge peut lui-même initier les critères de recherche, il est aussi possible que l'IA effectue l'extraction de données automatiquement⁵⁰. Les technologies de prédiction vont plus loin car elles proposent des solutions à partir de l'analyse de nombreux exemples et de façon automatique⁵¹.

Grâce aux solutions apportées par le numérique, les différents métiers du droit sont en train de se modifier, l'usage de l'IA facilitant le travail des professionnels du droit. Cependant, l'utilisation de l'analyse statistique et de l'aide à la décision peut sérieusement limiter la qualité des décisions futures des magistrats. La justice pourrait même tendre vers une « cristallisation de la jurisprudence »⁵², en reproduisant systématiquement les mêmes décisions. Aussi, afin de préserver la liberté d'appréciation et l'indépendance des juges, l'IA doit apporter un soutien à la prise de décision, sans pour autant brider ou restreindre le raisonnement du juge.

⁴⁵ CASSAR (n. 3), § 93 ss.

⁴⁶ J. GURTNER, « L'innovation et l'avenir de la profession d'avocat », *Revue de l'avocat*, 2017/01, p. 15, www.sav-fsa.ch/de/documents/dynamiccontent/04arv0117.pdf ; RALL (n. 26), p. 149 s.

⁴⁷ GURTNER (n. 46), p. 15 ; RALL (n. 26), p. 149 s.

⁴⁸ Deutscher Anwalt Verein (DAV), *Der Rechtsdienstleistungsmarkt 2030, Eine Zukunftsstudie für die deutsche Anwaltschaft (étude sur l'avenir des avocats allemands)*, Düsseldorf, 2013/06, p. 16, <https://anwaltverein.de/de/anwaltspraxis/dav-zukunftsstudie?file=files/anwaltverein.de/downloads/service/DAV-Zukunftsstudie/2013-06-12-Studie-engl-final.pdf> ; GURTNER (n. 46), p. 15.

⁴⁹ R. SÈVE, *Philosophie et théorie du droit*, 2^e éd., Paris, 2017, § 400.

⁵⁰ CASSAR (n. 3), § 228 ss.

⁵¹ CASSAR (n. 3), § 674.

⁵² *Ibid.*

III. L'automatisation de la justice

A. Vers une mécanisation du droit ?

L'automatisation de la justice se traduit par des systèmes combinant l'IA et une très grande quantité de données (*big data*)⁵³. Au cœur de ces systèmes automatisés, l'IA soulève des questions de fond sur la relation humain-machine⁵⁴ et surtout, elle ouvre la voie à de nouveaux usages. Ces derniers comportent des risques parce qu'ils touchent à l'essence même du droit qui, rappelons-le, est un système de règles créées par l'être humain pour l'être humain⁵⁵.

Lorsqu'elle est assurée par des êtres humains, la justice constitue un lien entre les individus et elle permet à l'ordre social de subsister⁵⁶. Cette composante humaine peut être considérée comme une valeur incalculable, fondamentalement nécessaire à la justice, étant donné qu'il s'agit d'appliquer des règles générales et abstraites à des cas singuliers et concrets⁵⁷. Naturellement, la justice trouve sa place au sein de l'État de droit, véritable colonne vertébrale de la démocratie moderne⁵⁸.

Au cœur de la transformation du secteur juridique, l'IA se caractérise par le phénomène d'automatisation. Un modèle de justice qui serait basé sur une automatisation proposerait une justice moins chère, plus accessible et plus rapide (pour les ODR par exemple)⁵⁹. L'automatisation des décisions de justice touche aux processus les plus fondamentaux de la justice. Ces derniers ont été

⁵³ Sur la notion de *big data*, voir : S. SAGIROGLU/D. SINANC, *Big Data : A Review, International Conference on Collaboration Technologies and Systems (CTS)*, 2013, p. 42-47, <https://ieeexplore.ieee.org/abstract/document/6567202/references#references> (consulté le 10.10.2022).

⁵⁴ TISSERON (n. 1).

⁵⁵ A. ROUVROY, « Homo juridicus est-il soluble dans les données ?, Law and freedom in cyberspace, normes et libertés dans le cybermonde », in E. DEGRAVE *et al.* (édit.), *Droit, normes et libertés dans le cybermonde – Liber amicorum Yves Pouillet*, Collection du CRIDS, n° 43, Bruxelles, 2017/11, p. 415 ss.

⁵⁶ Selon le site : www.cnrtl.fr/etymologie/justice (consulté le 22.08.2022).

⁵⁷ ROUVROY (n. 55), p. 434 ; R. VON JEHRING, *La lutte pour le droit (1890)*, s.l., 2006, p. 21 ; A. VIALA, *Philosophie du droit*, Cours magistral, Montpellier, 2010, p. 5.

⁵⁸ ROUVROY (n. 55), p. 442 ; G. SZÉLL, « L'État, le droit et les nouvelles technologies (Canada) », *Revue Sociologie et sociétés*, vol. 18 (1), 1986/04, p. 169, <https://id.erudit.org/iderudit/001780ar> (consulté le 10.06.2022).

⁵⁹ BARRAUD (n. 29), p. 6 s.

théorisés par de nombreux auteurs, dont Leibniz⁶⁰, Wiener⁶¹, Rabault⁶² et Loevinger⁶³. Tous tendent à faire du droit un mécanisme pour ainsi dire « modélisable »⁶⁴. Désormais, plusieurs études attestent des résultats brillants de la machine en termes de détection du raisonnement juridique et en matière de prédictions⁶⁵. En 2022, l'IA a même repoussé ses limites, lorsqu'une équipe de chercheurs de l'Université de Chicago a développé un algorithme capable de prédire la criminalité avec une précision de 90%, dépassant tous les modèles de prédiction précédents⁶⁶.

La thèse selon laquelle une certaine logique de justice humaine est détectable et reproductible par les machines semble se vérifier⁶⁷. Pourtant, dans de nombreux cas, les systèmes d'IA purement statistiques tendent à compromettre un certain sentiment de justice qui demeure au sein des sociétés⁶⁸. Cela traduirait le fait que le droit ne saurait se résumer à son seul aspect technique⁶⁹. Nous pouvons donc nous interroger sur la validité d'un droit qui serait séparé de la

⁶⁰ G. W. LEIBNIZ, « *De scientia juris*, Textes inédits d'après les manuscrits de la Bibliothèque provinciale de Hanovre », in G. GRUA (édit.), Paris, 1998 [1948], t. II, p. 614.

⁶¹ N. WIENER, *La cybernétique : Information et régulation dans le vivant et la machine*, Paris, 2014, p. 70.

⁶² Sur une théorie fonctionnelle du droit, voir : H. RABAULT, « Théorie des systèmes : vers une théorie fonctionnaliste du droit », *Droit et société* n° 86, 2014/01, p. 209-226, www.cairn.info/revue-droit-et-societe1-2014-1-page-209.htm (consulté le 10.10.2022).

⁶³ LOEVINGER (n. 41). Au sujet de la jurimétrie, voir aussi : C. SAMPER, « Argumentaire pour l'application de la systémique au droit », *Archives de philosophie du droit*, 1999, <http://www.philosophie-droit.asso.fr/APDpourweb/220.pdf> (consulté le 10.10.2022).

⁶⁴ D. BOURCIER, « L'acte de juger est-il modélisable ? – De la logique à la justice », *L'E-Justice – Dialogue et Pouvoir*, t. 54, Paris, 2011, p. 38.

⁶⁵ N. BERNOULLI, *De usu Artis Conjectandi in jure*, thèse, Bâle, 1709 ; N. CONDORCET, *Essai sur l'application de l'analyse à la probabilité des décisions rendues à la pluralité des voix*, Paris, 1785 ; P.-S. LAPLACE, *Essai philosophique sur les probabilités*, Bachelier, 1814 ; D. POISSON, *Recherches sur la probabilité des jugements en matière criminelle et en matière civile : Précédées des règles générales du calcul des probabilités*, Paris, 1837 ; B. CASSAR (n. 3), § 231-236 ; N. ALETRAS *et al.*, « Predicting Judicial Decisions of The European Court of Human Rights : a Natural Language Processing Perspective », *iPeerJ Computer Science* 2:e93, 2016/10, <https://peerj.com/articles/cs-93/> (consulté le 01.08.2022). Pour une analyse complète de la notion de jurimétrie, voir : CASSAR (n. 3), § 674 et 892.

⁶⁶ Pour une analyse plus complète des recherches en question, voir le site : <https://biologicalsciences.uchicago.edu/news/algorithm-predicts-crime-police-bias> (consulté le 15.08.2022).

⁶⁷ BARRAUD (n. 29), p. 5 ss.

⁶⁸ ROUVROY (n. 55), p. 416 et 421 ; D. BOURCIER, « Sciences juridiques et complexité. Un nouveau modèle d'analyse », *Revue Droit et Cultures* n° 61, 2011/01, p. 39 ; C. LABRUSSE-RIOU, « Que peut dire le droit de "l'humain" ? – Vieille question, nouveaux enjeux », *Études*, t. 413, 2010/10, p. 343 et 354, www.cairn.info/revue-etudes-2010-10-page-343.htm (consulté le 15.08.2022).

⁶⁹ BOURCIER (n. 68), p. 38 et 43.

réalité qu'il est censé régir⁷⁰ ? À travers les domaines de la justice sociale et de la justice pénale, nous examinerons les nouvelles possibilités qu'offre la justice automatisée et nous en soulignerons les risques.

B. L'automatisation du droit dans le domaine de la justice sociale

Considérons différents exemples concernant la justice sociale : au Royaume-Uni, le ministère du Travail et des retraites utilise désormais une main-d'œuvre virtuelle composée de seize *chatbots* pour interagir avec les demandeurs d'aide sociale. Des dizaines d'autres systèmes d'apprentissage profond (*deep learning*) jugent de la probabilité que les déclarations des citoyens concernant leurs frais de garde ou de logement soient vraies lorsqu'ils demandent des prestations⁷¹. Certains demandeurs ont trouvé le processus en ligne hostile et fermé à la contestation, le ministère refusant de communiquer toute information sur le fonctionnement du système d'IA⁷². Les décisions impactant la vie de nombreuses personnes sont ainsi prises sans qu'aucun motif ne soit expliqué.

Un autre exemple est celui du contrat entre le gouvernement australien et une entreprise privée pour identifier les cas de fraude aux prestations sociales parmi les bénéficiaires⁷³. Ce système s'appuie fortement sur l'IA pour détecter les cas de fraude et suspendre automatiquement les paiements, jusqu'à ce qu'une preuve soit fournie. Pas moins de 2,7 millions de dollars de demandes de prestations ont été rejetés pour cause de fraude, affectant principalement les sans-abris et les mères célibataires. Encore une fois, le système automatisé demeure fermé à la contestation des justiciables qui sont personnellement impactés par la décision.

⁷⁰ BARRAUD (n. 29), p. 9.

⁷¹ Sur l'automatisation du système d'allocations britanniques et la pauvreté, voir : R. BOOTH, « Benefits System Automation Could Plunge Claimants Deeper into Poverty », *The Guardian*, 14.10.2019, www.theguardian.com/technology/2019/oct/14/fears-rise-in-benefits-system-automation-could-plunge-claimants-deeper-into-poverty (consulté le 09.07.2022).

⁷² Sur l'automatisation du système d'allocations britanniques et la pauvreté, voir : BOOTH (n. 71).

⁷³ Sur le système automatisé australien qui laisse les bénéficiaires de l'aide sociale isolés, voir : L. HENRIQUES-GOMES, « The Automated System Leaving Welfare Recipients Cut Off with Nowhere to Turn », *The Guardian*, 16.10.2019, www.theguardian.com/technology/2019/oct/16/automated-messages-welfare-australia-system (consulté le 04.08.2022).

C. L'automatisation du droit en matière pénale

Certains États sont en train de mettre en place un nouveau modèle de justice pénale, au sein duquel le rôle du juge est disputé, sinon remplacé. En Estonie par exemple, le ministère de la Justice entend concevoir un juge-robot capable de régler les différends en matière pénale⁷⁴. Celui-ci déterminera si une personne est coupable dans les cas d'infractions mineures (passibles d'une amende inférieure à 7 000 euros).

En Chine, l'IA appelée *Système 206* a été créée pour remplacer les procureurs dans certaines tâches. Développée en 2015, elle a depuis lors étudié plus de 17 000 documents juridiques et sa marge d'erreur est de seulement 3 %⁷⁵. Cela veut dire qu'en se basant sur la simple description verbale d'un cas, l'IA pourrait fonder la condamnation d'un individu. Pour l'instant, *Système 206* est conçu pour se charger des tâches qu'il peut effectuer seul, laissant les tâches plus complexes aux procureurs humains. Depuis qu'elle a été déployée au Parquet de Shanghai en 2019, l'IA retranscrit des témoignages, compile des documents vers une base de données et indique instantanément l'heure, le lieu, les personnes, les actes et leurs conséquences. Après avoir analysé « intelligemment » les procès-verbaux, le système d'IA identifie et accuse les criminels auteurs de huit infractions courantes : fraude à la carte de crédit, jeux d'argent, conduite dangereuse, voie de fait, obstruction aux policiers, vol, fraude et dissidence politique⁷⁶. En outre, l'IA participe au procès, en détectant les preuves fausses ou contradictoires, et répond à des commandes vocales dans la salle d'audience. D'autres « robots juridiques » ont été implémentés par milliers à travers la Chine. Capables d'examiner les documents et d'identifier la problématique de chaque cas, ils ont le pouvoir de générer des mandats d'arrêt et d'approuver des actes d'accusation⁷⁷. Le but de la mise en place de tels systèmes d'IA est de désengorger les tribunaux chinois. Avec un taux d'erreur judiciaire réduit à 3 %, on se demande toutefois qui en assume la responsabilité⁷⁸ ?

⁷⁴ On consultera à ce titre le site : www.ey.com/fr_be/government-public-sector/l-estonie-pionnier-du-numérique--adopte-l-ia-avec-le-soutien-d- (consulté le 10.10.2022).

⁷⁵ Voir L. WAGNER, *L'IA « Système 206 » utilisée par les procureurs chinois*, Blog Cyberjustice Université de Strasbourg, 2022/06, <https://cyberjustice.blog/2022/06/26/lia-systeme-206-utilise-par-les-procureurs-chinois/> (consulté le 06.10.2022).

⁷⁶ R. SLAMA, *La Chine annonce avoir développé une intelligence artificielle capable de remplacer les juges*, Laboratoire de cyberjustice, Canada, 2022/02.

⁷⁷ *Ibid.*

⁷⁸ Voir le site : <https://intelligence-artificielle.developpez.com/actu/329856/La-justice-par-apprentissage-automatique-la-Chine-a-cree-un-procureur-dote-d-une-intelligence-artificielle-capable-d-inculper-des-personnes-pour-des-crimes-avec-une-precision-de-97-pour-cent/> (consulté le 06.11.2022).

Les États-Unis développent également l'application de systèmes d'IA dans les affaires pénales. Les systèmes américains d'évaluation de la sécurité publique (ou *Public Safety Assessment*, PSA) fonctionnent selon neuf facteurs pour générer un score par personne détenue et évaluer le risque de récidive selon trois résultats : le défaut de comparution avant le procès, une nouvelle arrestation pendant la détention provisoire et une nouvelle arrestation en liberté conditionnelle⁷⁹. Les magistrats utilisent les scores PSA ainsi qu'un cadre décisionnel (appelé *Decision Making Framework*, ou DMF) pour prendre des décisions de mise en liberté provisoire. Par rapport au système chinois, le PSA intègre des facteurs complémentaires au simple score de l'IA afin d'aider à la prise de décision des juges⁸⁰.

En Malaisie, les juges participent aux décisions pénales, en se fiant aux recommandations d'un système d'IA d'aide à la décision. En effet, le pays a adopté en 2020 un système de condamnation prédictive, pour déterminer le sort des toxicomanes et des violeurs présumés⁸¹. Pour les affaires relevant de l'art. 12 de la loi de 1952 sur les drogues dangereuses, la magistrate Ombou Kakayun a prononcé des peines après avoir examiné les recommandations du système d'IA. Bien que la technologie ne soit utilisée que pour deux infractions (possession de drogue et viol), la juge en chef Tan Sri David Wong a déclaré que la même technologie s'étendrait à l'avenir aux affaires civiles pour améliorer l'efficacité des tribunaux⁸².

Le logiciel étasunien *COMPAS* (*Correctional Offender Management Profiling for Alternative Sanctions*) propose une évaluation du risque de récidive de certains détenus à partir des réponses qu'ils ont fournies via un questionnaire⁸³. Selon la Cour suprême du Wisconsin, ce mécanisme de notation repose sur une comparaison des données personnelles avec un ensemble de données similaires censé prédire ce qu'un accusé est susceptible de faire après sa détention⁸⁴. Il a été considéré que le score constitue un critère important mais qu'il figure parmi les autres facteurs de la décision de condamnation⁸⁵. À cet égard, il convient de mentionner l'étude *Pro Publica* et les préoccupations des expertes juristes

⁷⁹ Pour une analyse complète du PSA, voir le site : <https://a2jlab.org/pretrial-release/> (06.11.2022).

⁸⁰ Pour une analyse complète des facteurs complémentaires, voir le site : <https://advancingpretrial.org/psa/factors/> (consulté le 06.11.2022).

⁸¹ J. CHAN, « In a Local First, Sabah Court Gives Out Sentence Assisted by IA », *Malay-mail*, 19.02.2020, www.malaymail.com/news/malaysia/2020/02/19/in-a-local-first-sabah-court-gives-out-sentence-assisted-by-ai/1838906 (consulté le 22.08.2022).

⁸² *Ibid.*

⁸³ Selon le guide du praticien pour le COMPAS Core, voir : www.equivant.com/practitioners-guide-to-compas-core/ (consulté le 24.08.2022).

⁸⁴ *State v. Loomis* (n. 43).

⁸⁵ *Ibid.*

Cecelia Klingele et Sonja Starr concernant le manque de contrôle permanent de l'exactitude des systèmes d'IA ainsi que leurs biais cachés⁸⁶.

Un autre exemple de système d'évaluation des risques individuels a été utilisé par le Los Angeles Police Department (LAPD) entre 2011 et 2018⁸⁷. Appelé *LASER*, le programme était basé sur la géolocalisation et combinait les données d'arrestation effectuées par les policiers pour identifier les « zones laser », en fonction de la violence et des crimes signalés. Le programme créait ensuite des bulletins sur les délinquants chroniques (*chronic offenders bulletins*, COB) selon les régions. L'IA opérait selon un classement des individus en fonction de cinq facteurs de risque : 1) la personne est membre d'un gang ; 2) elle est en liberté conditionnelle ; 3) elle a été impliquée dans un incident comportant une arme à feu au cours des deux dernières années ; 4) elle a été arrêtée pour un crime violent au cours des deux dernières années ; 5) elle a été impliquée dans un contact avec la police au cours des deux dernières années. Le rapport publié par The Stop LAPD Spying Coalition explique qu'une surveillance des individus était mise en place par la police en fonction des résultats fournis par *LASER*⁸⁸.

Les programmes d'évaluation des risques individuels de la police prédictive visent à générer des analyses pour éclairer la prise de décision⁸⁹. Toutefois, ces derniers ne peuvent faire l'objet d'un contrôle interne ni être effectivement contestés par les personnes concernées. La décision finale est certes prise par le juge, mais il n'est pas exclu que celui-ci s'en remette à des décisions automatisées. Cette tendance, qui a été appelée de la complaisance par les chercheurs Parasuraman et Manzey, se produit lorsque les tâches de l'opérateur (qu'il soit naïf ou expert) sont concurrencées par les tâches automatisées⁹⁰.

⁸⁶ S. STARR, « The Odds of Justice : Actuarial Risk Prediction and the Justice System », *Chance*, 29:1, 2016, p. 49-51, www.tandfonline.com/doi/full/10.1080/09332480.2016.1156368, (consulté le 06.11.2022).

⁸⁷ Selon l'article : www.cbsnews.com/news/los-angeles-police-department-laser-data-driven-policing-racial-profiling-2-0-cbsn-originals-documentary/ (consulté le 10.10.2022).

⁸⁸ Voir la transcription de la radio de la police, 22.05.2018 : www.wired.com/video/watch/pre-crime-policing-how-cops-are-using-algorithms-to-predict-crimes (consulté le 10.07.2022).

⁸⁹ H. COUCHMAN/A. PREZEPIORSKI LEMOS, « Policing by Machine – Predictive Policing and the Threat to Our Right », *libertyhumanrights.org.uk*, Londres, 2019/01, p. 31-36, www.libertyhumanrights.org.uk/wp-content/uploads/2020/02/LIB-11-Predictive-Policing-Report-WEB.pdf (consulté le 10.07.2022).

⁹⁰ R. PARASURAMAN/D. MANZEY, « Compacency and Bias of Automation : An Attentional Integration », *Journal of the Human Factors and the ergonomic society*, vol. 52, 2010/06, p. 381-410.

De façon inquiétante, le programme *HART* de Durham Constabulary montre un désaccord flagrant entre les prédictions humaines et algorithmiques⁹¹. L'IA et les agents de police ne sont d'accord que dans 56,2 % des cas⁹². Il existe même des preuves que l'utilisation d'un logiciel prédictif a pour conséquence que les policiers perdent la capacité de prendre des décisions par eux-mêmes, ce qui réduit leurs qualifications pour exercer leurs fonctions⁹³. Il est donc possible que les forces de l'ordre ou les professionnels de la justice pénale se détournent de leurs responsabilités en déléguant la prise de décisions importantes à la machine, consciemment ou inconsciemment⁹⁴. De surcroît, les juges qui utilisent les systèmes d'IA d'aide à la décision n'ont pas forcément été formés sur les risques de décisions inexactes, discriminatoires ou injustes dans la procédure⁹⁵.

IV. Conclusion

En s'intéressant aux systèmes d'IA et à leur intégration dans le monde du droit, des questions de fond en matière de valeurs sont soulevées. La technologie et l'automatisation des tâches impactent d'autant plus les professions juridiques que les progrès de l'IA lui permettent de se rapprocher progressivement de l'intelligence humaine. Si l'utilisation de l'IA en matière civile présente des avantages inouïs, en revanche, son utilisation en matière sociale et pénale est susceptible de mettre en péril plusieurs droits fondamentaux.

Les difficultés relatives à l'adoption d'un cadre réglementaire de l'IA témoignent d'une certaine incompatibilité entre une fonction anthropologique du droit⁹⁶ et la vision cybernétique d'une société dématérialisée⁹⁷. S'il est aujourd'hui possible de rendre une justice meilleure et plus rapide, accessible

⁹¹ M. OSWALD/S. GROSJEAN, « Confirmation bias », in R. F. POHL (édit.), *Cognitive Illusions. A Handbook on Fallacies and Biases in Thinking, Judgement and Memory*, Hove/New York, 2004, p. 79-96.

⁹² *Ibid.*

⁹³ M. HILDEBRANDT, « Law as Computation in the Era of Artificial Legal Intelligence. Speaking Law to the Power of Statistics », *University of Toronto Law Journal* 2017, p. 5-7, <https://ssrn.com/abstract=2983045> (consulté le 06.11.2022).

⁹⁴ COUCHMAN/PREZEPIORSKI LEMOS (n. 89), p. 43-61.

⁹⁵ D. CITRON, « (Un)Fairness of Risk Scores in Criminal Sentencing », *Forbes*, 13.07.2016, www.forbes.com/sites/daniellecitron/2016/07/13/unfairness-of-risk-scores-in-criminal-sentencing/?sh=2c5a1cef4ad2 (consulté le 16.07.2022); COUCHMAN/PREZEPIORSKI LEMOS (n. 89), p. 33 s.

⁹⁶ A. SUPIOT, *Homo juridicus – Essai sur la fonction anthropologique du droit*, Paris, 2005, p. 10 ; ROUVROY (n. 55), p. 415.

⁹⁷ ROUVROY (n. 55), p. 415 s. ; L. BURRUS, « Technologie et avocature : Ross, Predictive Coding et Big Data (Suisse) », *Revue de l'avocat*, 2016/08, p. 325 s.

au plus grand nombre, la mission essentielle du droit est accomplie. Néanmoins, cela dépendra toujours des usages que nous ferons de la technologie. Au mieux, ceux-ci pourront renforcer les valeurs de l'État de droit, en s'alignant sur les législations nationales et internationales. Mais sans garde-fous, le développement imprévisible de l'IA peut engendrer des risques de surveillance, de discrimination ou d'escalade sécuritaire et à terme, instaurer une forme d'autoritarisme non souhaitable (un régime de surveillance)⁹⁸, à l'image de celle déjà présente en Chine. En effet, devant l'immense poids économique de l'IA, nous pouvons légitimement supposer que des nouveaux systèmes d'IA trouveront à s'implanter dans les infrastructures numériques existantes, avant même qu'un cadre réglementaire contraignant de l'IA ne soit mis en place.

À titre d'exemple, le rapport piloté par l'Université de Georgetown a révélé que les municipalités de Détroit et de Chicago utilisent déjà des systèmes d'IA de reconnaissance faciale⁹⁹. Dans le même temps, San Francisco a été la première ville nord-américaine à prendre la direction opposée, en interdisant aux services de police de recourir à cette technologie¹⁰⁰. Il a été considéré que l'emploi de cette forme d'IA dans l'espace public risquait de compromettre les libertés civiles et de conduire à des discriminations raciales¹⁰¹.

En conclusion, il est certainement nécessaire de considérer les systèmes d'IA comme faisant partie d'un cadre institutionnel complexe basé sur des valeurs historiques, économiques ou culturelles, ce qui signifie que les solutions pour les appréhender doivent non seulement se situer au niveau des lois, mais aussi au travers de changements tant institutionnels que structurels et surtout au niveau politique. Compte tenu des enjeux sociaux et éthiques liés aux usages des systèmes d'IA, il pourrait être pertinent d'adopter des cadres juridiques transversaux autonomes, avec de nouveaux corpus normatifs spécifiques et applicables à chaque classe d'innovations¹⁰².

⁹⁸ ZUBOFF (n. 20), p. 181-271. On consultera aussi le site : www.wired.com/story/some-us-cities-moving-real-time-facial-surveillance/ (consulté le 12.10.2022).

⁹⁹ On consultera à ce sujet : L. MEUNIER, « Reconnaissance faciale, Détroit et Chicago disent "oui", San Francisco "non" », *Usbek&Rica*, 21.05.2019, <https://usbeketrica.com/fr/article/reconnaissance-faciale-detroit-et-chicago-disent-oui-san-francisco-non> (consulté le 10.10.2022).

¹⁰⁰ On consultera à ce sujet : C. LESNES, « San Francisco interdit la reconnaissance faciale », *Le Monde*, 15.05.2019, www.lemonde.fr/economie/article/2019/05/15/san-francisco-interdit-la-reconnaissance-faciale_5462287_3234.html (consulté le 12.10.2022). Voir aussi le reportage d'Arte au sujet de la surveillance (n. 10).

¹⁰¹ *Ibid.*

¹⁰² A. ET J. BENSOUSSAN, *Droit des robots*, Bruxelles, 2015, p. 2.

Réflexions sur les responsabilités morale et pénale d'une intelligence artificielle

BEATRICE BELLA

Doctorante à l'Université Paris 1 Panthéon-Sorbonne en cotutelle avec l'Università degli Studi di Milano

Table des matières

I.	Introduction	171
II.	La responsabilité morale d'une intelligence artificielle	172
	A. Homme, technologie et droit : un lien indissoluble	173
	1. Le symbiote et le mécanisme de délégation	174
	2. Le paradigme robot-maître et la relation entre le pouvoir, l'intelligence et le contrôle	175
	B. Études sur la morale d'une intelligence artificielle	176
	1. Les trois lois de la robotique d'Isaac Asimov et la paralysie morale d'une machine	179
	2. Le trolley problem et l'inévitabilité du jugement éthique ..	180
III.	La responsabilité pénale d'une intelligence artificielle	181
	A. Le rôle de l'IA dans la commission de l'infraction et la responsabilité indirecte de l'homme	182
	1. Responsabilité intentionnelle et non intentionnelle de l'agent humain	184
	2. L'intelligence et la volonté d'une intelligence artificielle ..	186
	B. Le processus de transformation de l'IA en un sujet de l'infraction	187
	1. Les modèles de responsabilité de Hallevy	188
	2. Les objections à la direct liability de Hallevy	189
IV.	Conclusion	190

I. Introduction

La technologie a évolué à de tels niveaux de puissance et de précision que notre regard humain n'est pas toujours capable de la reconnaître et de comprendre ses fonctionnalités. Pour autant que nous sachions, il n'existe pas de système national définissant le rôle joué par l'intelligence artificielle dans le

crime et réglementant l'imputation de la responsabilité pénale pour un fait commis par un système d'intelligence artificielle (IA) : il en résulte un profond vide normatif.

Si une intelligence artificielle commet une infraction, qui est responsable ? Pouvons-nous parler de responsabilité objective au regard du comportement imprévisible de la machine ? Autrement dit, pouvons-nous considérer comme atteints les éléments subjectifs et objectifs de l'infraction ? Ou bien encore, sera-t-il possible de reconnaître une responsabilité pénale directe de la machine, en la qualifiant d'auteur de l'infraction ? Si c'est la machine elle-même qui subit des dommages, pourrait-elle être considérée comme un sujet passif de l'infraction et non plus comme un bien juridique protégé ? Face à de nouveaux éventails de risques, il est nécessaire d'intervenir en fixant des limites précises, en définissant de nouvelles infractions ou en modifiant celles qui existent déjà, en tenant compte des changements logiques qui pourraient affecter le mécanisme d'imputabilité de la responsabilité. Cette étude se déroule tant au niveau européen et international qu'au niveau interne des États, exigeant une nécessaire comparaison et intégration.

La présente contribution porte sur le thème de l'intelligence artificielle en relation notamment avec le droit pénal italien et ses principes, non seulement constitutionnels mais aussi européens. Le droit français sera également abordé en tant que point de réflexion et de comparaison.

Avant d'aborder la question de la responsabilité pénale, nous allons tout d'abord explorer la responsabilité morale de l'intelligence artificielle. Cela va permettre de mieux suivre le chemin logique qui passe par un questionnement sur les rapports qui existent entre les humains et les machines, d'abord, ainsi qu'entre les machines et le droit, ensuite. Délaissant la question qui sous-tend toutes les autres, « Qu'est-ce que l'intelligence ? », nous nous proposons de réfléchir sur le thème de la responsabilité des machines à travers une approche non seulement juridique, mais aussi philosophique.

II. La responsabilité morale d'une intelligence artificielle

L'Homme et la technologie s'entremêlent au cours de l'évolution comme deux réalités symbiotiques. Le droit, à son tour, en tant qu'élément qui naît des esprits, des écrits et des actions des hommes, suit le pas de la technologie, sans jamais laisser derrière lui son lourd bagage de moralité, de jugement et de tradition. Le droit est toujours une technique, comme la parole, le mouvement d'un bras ou le cri d'un nourrisson. Au fil du temps, il a distingué sa

forme de celle des autres techniques et a intégré transversalement la plupart d'entre elles dans ses règles, pour les discipliner¹.

Cette prérogative est déterminée par la capacité du droit à cartographier la réalité à travers sa structure, définie comme « un ensemble ordonné de règles, variant de temps en temps et de peuple en peuple, qui prescrivent ou interdisent certaines actions et comportements »². Il n'est donc pas exclu que l'homme, la technologie et le droit fassent partie d'une seule et même mutation qui, seulement par spécialité, peut correspondre à plusieurs évolutions, telles que l'évolution biologique, l'évolution technologique et l'évolution juridique (A). Ce lien nécessite d'être approfondi afin d'acquérir les outils conceptuels qui sont à la base d'une étude en matière de moralité et de responsabilité (B).

A. Homme, technologie et droit : un lien indissoluble

La technologie, du grec ancien *tekhnologia*, signifie l'« exposition des règles d'un art »³. Elle est définie par le dictionnaire italien *Hoepli* comme « l'ensemble des activités et des instruments matériels que l'homme utilise à travers les âges pour le contrôle des ressources naturelles et la production de biens »⁴. En ces termes, la technologie apparaît comme un agrégat de techniques et d'outils sous contrôle humain. Cependant, la relation entre l'homme et la technologie présente des caractéristiques dissociatives déterminées par la distance entre le moyen et son utilisateur. Cette distance est pertinente aussi bien en termes techniques, c'est-à-dire dans la conscience entre les différentes fonctions de l'outil et la préfiguration mentale de l'utilisateur (1), qu'en termes physiques entre l'action effective réalisée par l'utilisateur et la réponse pratique générée par la machine (2).

¹ Théorie selon laquelle les instruments primordiaux de l'homme sont le corps et ses organes des sens, dont tous les autres sont ensuite dérivés dans une conception spinozienne de la réalité. B. SPINOZA, *Etica*, Armando Editeur, Rome 2008. Voir aussi C. SINI, *L'uomo, la macchina e l'automa*, Bollati Boringhieri, Turin 2009, p. 41 ss ; G. O. LONGO, *Il simbiote : prove di umanità futura*, Mimesis, Milan 2013, p. 58.

² Extrait de l'Encyclopédie en ligne *Treccani*, « Diritto », traduction de l'auteur accessible au lien suivant : www.treccani.it/vocabolario/diritto/ (consulté le 05.08.2022 .)

³ Extrait du *Dizionario greco antico Olivetti* (en ligne), « τεχνολογια », traduction de l'auteur, accessible au lien suivant : <https://fr.wiktionary.org/wiki/technologie> (consulté le 05.08.2022).

⁴ Extrait du *Grande Dizionario Hoepli Italiano* (en ligne), « Tecnologia », traduction de l'auteur, accessible au lien suivant : www.grandidizionari.it/Dizionario_Italiano/parola/T/tecnologia (consulté le 11.08.2022).