

droit.

*La
technologie,
l'humain
et le droit*

*Florence Guillaume
(éd.)*

droit.ius.tech



Stämpfli Editions

tech

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



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



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 <i>Healthy Smart Nudging</i> : quels enjeux juridiques ? – Les technologies cognitives comme instruments de contrainte étatique douce pour promouvoir la santé publique	259
---	------------

DYLAN HOFMANN

Le développement du <i>Quantified Self</i> – 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**

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 ?

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 citoyen-ne-s 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.