



ASSAS LEGAL INNOVATION

**LA REVUE JURIDIQUE
d'ASSAS LEGAL INNOVATION**

**Première Édition
2025**

L'association Assas Legal Innovation et le comité de rédaction tiennent à exprimer leurs sincères remerciements à notre sponsor - ***Baker McKenzie Paris*** – pour son généreux parrainage de la revue.

**Baker
McKenzie.**

Les opinions exprimées par les contributeurs de ce journal ne reflètent pas celles du comité de rédaction de la *revue juridique d'Assas Legal Innovation*. Bien que tous les efforts aient été faits pour garantir l'exactitude des informations contenues dans cette revue, le Comité de rédaction ne peut être tenu responsable des éventuelles erreurs ou omissions, ni des conséquences pouvant découler de l'utilisation des informations fournies.



ASSAS LEGAL INNOVATION

TABLE DES MATIÈRES

- I. **Le comité de rédaction 2023/2024** 5
- II. **Introduction à l'édition** 6
Jose Khoury: rédacteur en chef

Propriété Intellectuelle

- III. **Des défilés de mode aux algorithmes:
l'évolution numérique de la mode de luxe** 10
Cécile Lau et Sarah Khawam
- IV. **Propriété intellectuelle et intelligence artificielle
générative: quelle régulation pour l'entraînement
des modèles ?** 17
Carolina Rambaldi

Droit Bancaire et Financier

- V. **La responsabilité civile des fonds activistes** 27
Jérémy Balbous
- VI. **Régulation de la GovTech et responsabilité
Sociale des entreprises: une analyse comparée
entre l'UE, le Royaume-Uni et les États-Unis** 34
Ivan Kovalenko

Nouveaux instruments juridiques

- VII. **Le Legal Design, un moyen prometteur au
service d'une justice en crise** 45
Oriane Dreue
- VIII. **La RegTech comme nouvelle technologie
au service de la conformité** 52
Alexane Gille

Le comité de rédaction de la revue juridique d'Assas Legal Innovation



Jose Khoury
Rédacteur en chef



Nazar Nosenko
Membre du comité



Carolina Rambaldi
*Co-Présidente
Assas Legal Innovation*



Ives Reis
Membre du comité



Ahé Lacotte
Membre du comité



Amelia Damy
*Co-Présidente
Assas Legal Innovation*

Introduction à l'édition

C'est avec un immense honneur et un grand plaisir que je vous présente la première édition de la *revue juridique d'Assas Legal Innovation*.

Assas Legal Innovation est une association étudiante dédiée à promouvoir l'innovation dans le domaine du droit, tant à l'échelle locale qu'internationale. Dans cette optique, les étudiants composant ce comité éditorial se sont réunis avec un esprit critique dans l'ambition de réfléchir et de débattre non seulement sur ce que le droit positif est, mais aussi sur ce qu'il pourrait être, et de transmettre ces réflexions à d'autres étudiants et professionnels. Cette vision a donné naissance à la première édition de la *revue juridique d'Assas Legal Innovation*.

Cette revue est un projet bilingue, en français et en anglais, porté par les étudiants de l'Université Paris-Panthéon-Assas. Cette première édition propose des perspectives et des connaissances variées, partagées par des étudiants issus de différentes disciplines et universités en France et au Royaume-Uni. Cette initiative a permis d'intégrer les perspectives d'étudiants en droit civil et en *common law*, ainsi que celles d'étudiants en communication et en économie. La richesse de ces perspectives confère à cette première édition une profondeur et une diversité que nous espérons enrichissantes pour nos lecteurs.

Dans un monde de plus en plus globalisé où les connexions entre les individus se multiplient, les opportunités d'élargir notre compréhension et nos connaissances sont illimitées. Le droit évolue de pair avec les tendances sociales, économiques et technologiques, et ces perspectives juridiques interculturelles contribuent à façonner notre société et à orienter les générations futures. C'est précisément cette essence que cette revue cherche à transmettre.

Ce projet n'aurait pas été possible sans le soutien généreux de notre sponsor, Baker McKenzie Paris. Je tiens à remercier, au nom du comité de rédaction, Baker McKenzie Paris et Maître Elsa Dalimier pour leurs précieux conseils et retours, qui ont contribué à façonner les articles de cette revue. J'adresse également mes sincères remerciements au comité de rédaction inaugural et aux

co-présidentes d'Assas Legal Innovation, qui ont travaillé avec diligence pour garantir la qualité et l'excellence des articles présentés dans cette édition. Enfin, je remercie chaleureusement tous les amis rencontrés durant mon année d'échange à Paris-Panthéon-Assas — venant de l'Université d'Oxford, de UCL, de l'Université Humboldt de Berlin et de l'Université Carlos III de Madrid — pour leur soutien et leurs encouragements tout au long de cette entreprise.

J'espère que vous trouverez entre ces pages des idées qui sauront vous inspirer, que vous les approuviez ou non. Si ce journal parvient à susciter en vous une réflexion nouvelle, ou même à nourrir une idée personnelle, alors je crois qu'il aura accompli son objectif.

Meilleures salutations,

Jose Nabil Khoury

Rédacteur en chef, première édition, la revue juridique d'Assas Legal Innovation

PROPRIÉTÉ INTELLECTUELLE

Des défilés de mode aux algorithmes : l'évolution
numérique de la mode de luxe

Cécile Lau

*Étudiante en double diplôme de droit français et de droit anglais à
King's College London et à l'Université Paris-Panthéon-Assas,
Master 1 Droit des Affaires et Management / MBA*

Sarah Khawam

*Étudiante en double diplôme de droit français et de droit anglais à
King's College London et à l'Université Paris-Panthéon-Assas*

Introduction

Le marché mondial du luxe a atteint 1,5 trillion d'euros en 2023, soit une augmentation de 10% par rapport à 2022, établissant ainsi un nouveau record pour l'industrie et démontrant sa résilience vis-à-vis des problèmes globaux.¹ Cette croissance est due à plusieurs facteurs, notamment l'importance qu'attribuent les consommateurs au nom des marques de luxe. Afin de répondre constamment aux attentes du public et des actionnaires, les entreprises de mode sont confrontées à une concurrence ardente et en évolution sous l'effet des changements technologiques qui affectent l'industrie du luxe.² Au cœur de tout ce changement se trouve l'Intelligence Artificielle (IA), définie comme un ensemble de théories mises en œuvre pour réaliser des machines capables de simuler l'intelligence humaine, qui présente des défis différents de ceux d'autres industries.³

Cet article vise à examiner de manière critique les problèmes juridiques – notamment en matière de propriété intellectuelle, de droit à l'image et de droit social – soulevés par l'IA dans la mode de luxe, en examinant l'utilisation et les conséquences des mannequins IA (I) et des jetons non fongibles de luxe (NFTs) (II).

I. L'encadrement juridique de l'utilisation de mannequins IA dans la mode, insuffisant mais susceptible d'évoluer

Ces dernières années, des enquêtes ont ciblé certains géants de la mode – dont Louis Vuitton, Levi's et Nike – pour leur recours à des entreprises spécialisées dans la création de mannequins digitaux par l'IA. En effet, ces entreprises ont développé une IA formée sur un vaste ensemble de données d'images de mannequins réels, afin de générer des images de mannequins pour des campagnes publicitaires, des catalogues de mode et autres besoins de l'industrie, au lieu de solliciter des mannequins humains. Prenons par exemple la mannequin Shudu, connue pour être

¹ Claudia D'arpizio *et al.*, 'Global luxury market projected to reach €1.5 trillion in 2023, a new record for the sector, as consumers seek luxury experiences' (*Bain & Company Media Center*, 14 November 2023)

² Anita Balchandani *et al.*, 'The state of Fashion 2024: Finding pockets of growth as uncertainty reigns' (*McKinsey & Company*, 29 November 2023)

³ Larousse 'Intelligence Artificielle' 2024

le visage de marques telles que Karl Lagerfeld et Paco Rabanne. Shudu est en fait une mannequin numérique inspirée par des mannequins réels tels que Grace Jones et Alex Wek. Ce genre d'utilisation a soulevé, ou a exacerbé, certaines problématiques juridiques et éthiques. Bien que l'encadrement juridique soit pour l'instant insuffisant, de nouvelles lois offrent des perspectives encourageantes.

Est en péril tout d'abord le droit à l'image des mannequins, dont certains s'inquiètent que les entreprises de modélisation d'IA utilisent leur image sans leur consentement ou à leur insu. En effet, selon la militante Sara Ziff, puisque les mannequins cèdent généralement leurs droits d'image à leurs agences lorsqu'ils signent des contrats de prestation de service, les mannequins ne reçoivent pas d'information sur l'utilisation faite des scans 3D de leurs corps ou de leurs images. Même si les mannequins consentent de leur propre volonté à la cession de leur droit à l'image, la loi ne devrait-elle pas encadrer cette liberté afin qu'elle ne dégénère pas en abus ? Ce serait un abus de droit qu'une agence vende des images ou des scans de mannequins à leur insu à des entreprises d'IA spécialisées dans la création de mannequins digitaux générant des images permettant de les remplacer ou de les priver d'une partie de leur marché. En effet, ces entreprises d'IA peuvent réduire considérablement les coûts des marques de mode : les mannequins humains facturent environ 35 \$ l'heure, les plus célèbres peuvent gagner 5000 \$ pour une seule journée, tandis que les agences d'IA telles que « Deep Agency » proposent leurs mannequins presque « parfaits » pour 29 \$ par mois.⁴

Les problématiques liées à l'exploitation du droit à l'image des mannequins deviennent d'autant plus inquiétantes vu le fait que les mannequins ne sont généralement pas protégés par le droit du travail. Par exemple, aux États-Unis, les mannequins sont considérés comme entrepreneurs indépendants et ne sont donc pas couverts par le droit du travail (National Labor Relations Act 1935). Cette législation accorde une « protection contre le licenciement et la résiliation de contrats » en cas de création de syndicats.⁵ Cela limite la lutte des mannequins contre l'IA, car ils ne peuvent pas rejoindre des syndicats influents tels que le syndicat américain SAG-AFTRA qui compte plus de 150 000 professionnels dans le domaine de l'art, du cinéma et du *marketing*. Il est

⁴ Ibid

⁵ National Labor Relations Act of 1935 (USA)

donc très souhaitable que, suite à des encouragements d'organisations à but non lucratif telles que *Model Alliance*, une session législative de l'État de New York soit prévue pour janvier 2024 pour voter sur « The Fashion Workers Act », ce qui offrirait aux mannequins de mode d'importantes protections du travail contre les abus par des technologies d'IA.⁶

Autre lueur d'espoir : les réglementations de l'Union européenne (UE) en matière de protection des données pouvant offrir une plus grande sécurité aux mannequins en raison de leur champ d'application et des définitions englobantes qu'elles contiennent. Par exemple, les entreprises traitant des données d'un mannequin de l'UE doivent se conformer aux exigences du Règlement général de l'UE sur la protection des données (RGPD), notamment en signalant toute violation de données à caractère personnel à l'autorité de protection dans un délai de 72 heures.⁷

En outre, la technologie de mannequin d'IA soulève également des questions de diversité, d'égalité et d'inclusion (DE&I) dans le cadre des exigences de responsabilité sociale et environnementale (RSE). Les entreprises de mode peuvent utiliser l'IA pour créer une « diversité artificielle », comme dans le cas du partenariat entre Levi's et Lalaland.ai pour « augmenter le nombre et la diversité de leurs mannequins ».⁸

Peut-on considérer l'utilisation de mannequins IA, qui ne souffrent pas des discriminations et préjudices qu'un mannequin humain pourrait subir, comme promouvant la diversité ? Ces questionnements pousseront peut-être à l'adoption de nouvelles dispositions ; mais, à défaut, les entreprises seront incitées à veiller à l'impact qu'a le *double standard* sur l'image.

Il est donc évident que la technologie a un impact important sur les mannequins. De plus, les nouvelles technologies dans le domaine de la mode de luxe s'étendent aux produits eux-mêmes, ce qu'on va voir dans la deuxième partie de cet article.

II. Litiges « de luxe » : naviguer dans les litiges NFT

⁶ Sarah Kent, 'Is This the Year New York Regulates Fashion?' (*The Business of Fashion*, 9 January 2024)

⁷ Nigel Jones, 'I am an American business. Do I have to be GDPR compliant?' (*The Privacy Compliance Hub*, June 2018)

⁸ Tariro Mzezewa 'Levi's 'Artificial Diversity'' *The Cut's Morning Blogger* (New York, 27 March 2023)

La technologie a révolutionné, mais aussi bouleversé le monde de la mode. C'est le cas des jetons non fongibles (*NFT*) qui en est un exemple clé : il s'agit de fichiers numériques et non répliqués situés sur une chaîne de blocs (*blockchain*) qui garantissent l'authenticité d'une œuvre d'art ou constituent cette œuvre originale eux-mêmes.⁹ Ils sont utilisés par des marques renommées telles que Tiffany & Co, Jimmy Choo et Gucci. Pour une vente aux enchères en 2021, Jimmy Choo avait déjà créé une collection de NFT avec des chaussures de sport de différents modèles et de différents niveaux de rareté évalués à plusieurs milliers de dollars la pièce. Les NFTs permettent aux maisons de luxe de se renouveler et d'atteindre une audience plus moderne tout en maintenant l'image d'exclusivité et d'inaccessibilité recherchée par ces marques.

Comme l'explique Carmen Kervella, auteur du livre *Luxe et les Nouvelles Technologies* : « La force d'une marque de luxe réside dans son capital symbolique. La valeur d'un produit de luxe dépasse le caractère tangible de l'article : un sac fourre-tout en toile de Chanel coûte environ 500 euros, tandis que le sac à main Birkin oscille entre 25 000 et 300 000 euros. Quant à la version virtuelle du sac Dionysus de Gucci sur Roblox, elle s'est revendue pour plus de 4 000 dollars, soit plus cher que son homologue réel. La valeur d'un produit de luxe va bien au-delà du célèbre rapport qualité-prix qui s'applique aux marques de grande consommation ou même aux marques haut de gamme. »¹⁰

Les NFTs de luxe démontrent l'application réussie de la valeur symbolique des marques dans l'univers de la haute couture. La protection offerte par les *smart contracts* et la technologie blockchain garantit l'exclusivité et le caractère unique de chaque actif. Les informations, telles que la provenance, le prix et la propriété, sont enregistrées et stockées sur la blockchain. La technologie blockchain peut également être utilisée pour prouver l'authenticité des produits matériels. Par exemple, la *Blockchain Aura* est utilisée exclusivement par des maisons de luxe telles que LVMH ou Prada, ce qui permet de tracer et certifier leurs produits.

⁹ Frédérique Perrotin, 'Les NFTs dans le secteur de l'art' (Lextenso, 12/10/2023) <<https://www.actu-juridique.fr/fiscalite/fiscal-finances/les-nft-dans-le-secteur-de-lart/>>

¹⁰ Entretien avec Carmen Turki-Kervella, auteure de "Le Luxe et les Nouvelles Technologies" (*Hors collection, Maxima*, Octobre 2015)

Mais leur caractère nouveau entraîne des questions de droit, notamment en matière de droits d'auteur. Alors que les entreprises du luxe luttent déjà contre la contrefaçon traditionnelle, la crypto-contrefaçon est un défi émergent. Cette dernière porte préjudice à l'image des marques de luxe et nuit à leur caractère exclusif. L'exemple le plus parlant est sans doute celui de l'artiste américain Mason Rothschild et de son projet NFT « MetaBirkins ». En 2021, il s'inspirait du fameux sac *Birkin* de la marque Hermès pour réaliser une série de cent versions NFT du sac.

Heureusement, le droit des marques peut être utilisé pour lutter contre l'utilisation illicite d'un dessin ou d'un modèle, battant en brèche l'idée que les NFT ne sont qu'une forme « d'expression artistique ». En juin 2023, Hermès a obtenu gain de cause dans un procès intenté à l'encontre de Mason Rothschild.¹¹ En l'espèce, le droit de marque américain s'est appliqué à ces « MetaBirkins », qui ont été considérés comme des produits commerciaux plutôt que de simples œuvres d'art. Le premier amendement de la Constitution américaine, protégeant la liberté d'expression et sur lequel l'artiste s'était appuyé, ne s'est au contraire pas appliqué dans ce cas-là.

Différents facteurs dans de tels conflits sont pris en compte, tels qu'une potentielle atteinte à l'image de la marque, le nombre d'objets vendus, leur prix et l'intention de l'artiste. En l'espèce, le MetaBirkin aurait rapporté près de 800 000 dollars à l'artiste, et s'inspirait d'un premier projet, le « Baby Birkin », qui s'était déjà montré fructueux. Mais l'issue d'un procès dépend des circonstances et des faits en cause, qui ne seront probablement pas toujours aussi évidents que dans le cas du MetaBirkin. Une solution à ce problème de droits d'auteur serait alors la responsabilisation des plateformes NFTs, telles que OpenSea, l'un des marketplaces phares liés à la vente de NFTs, et où étaient vendus les MetaBirkins.

La protection des acheteurs est également mise en cause. Au Royaume-Uni, les NFTs sont considérés comme une propriété à part entière, distincte de la propriété intellectuelle de l'artiste, et qui permet leur restitution au propriétaire en cas de vol.¹² Mais les droits accordés aux acheteurs de ces objets virtuels restent flous, leur capacité à être possédés étant toujours débattue. Pour

¹¹ Blake Brittain, 'Hermes wins permanent ban on 'MetaBirkin' NFT sales in US lawsuit' (*Reuters Business*, 24 June 2023)

¹² *Osbourne v Persons Unknown and Others* (2023) EWHC 39 (KB)

combler ce vide, la *Law Commission* au Royaume-Uni propose la création juridique d'une « nouvelle catégorie de choses » pour les nouveaux objets tels que la cryptomonnaie.¹³ Mais actuellement, un vide juridique persiste quant à la notion de NFT qui reste nouvelle, rendant l'opposabilité à l'égard des tiers plus complexe que pour la propriété tangible déjà bien établie juridiquement. En France, les droits liés à la possession de NFTs semblent se limiter au *smart contract* et à ce qu'il contient.

Ainsi, l'encadrement juridique des NFT reste complexe en raison de leur caractère novateur. Avec l'essor économique de cette technologie, de nouveaux défis émergent, tels que le piratage informatique, qui pourraient nuire à cette nouvelle facette de la mode du luxe si le cadre légal ne s'adapte pas rapidement pour y répondre. Il sera alors important d'observer l'évolution de ces enjeux, notamment en ce qui concerne le statut juridique des NFTs.

Les défis en matière de propriété intellectuelle, et liés plus généralement au caractère encore récent des nouvelles technologies, ne freinent pourtant pas les grandes maisons de luxe qui expérimentent de plus en plus. Comme l'a souligné Bernard Arnault, CEO de LVMH, la désirabilité s'obtient grâce à l'expérience spéciale du client avec la marque. C'est ce que les nouvelles technologies peuvent offrir, par exemple à travers les *showrooms* virtuels. LVMH s'est associé à Epic Games, l'entreprise créatrice de *Fortnite*, pour faire plonger les clients dans des expériences immersives lors de l'événement *Viva Technology*, l'un des plus grands événements de start-up et de technologie en Europe. En effet, une version interactive du défilé de mode automne/hiver 2023 de Louis Vuitton a été organisée en utilisant la technologie d'Epic Games, démontrant la révolution apportée par la technologie dans la vie de tous les jours.

¹³ Law Commission, *Digital Assets: Consultation Paper* (Law Com No 256, 2022)

Propriété intellectuelle et intelligence artificielle
généralive : quelle régulation pour l'entraînement des
modèles?

Carolina Rambaldi

*Étudiante en double diplôme de droit français et de droit anglais à
King's College London et à l'Université Paris-Panthéon-Assas,
Master 2 Droit Européen du Marché et de la Régulation*

Introduction

À l'ère des avancées technologiques, la convergence entre l'intelligence artificielle (IA) et les droits de propriété intellectuelle est devenue un enjeu majeur, entraînant de nombreux litiges. Les différends concernant les méthodes d'entraînement des modèles d'intelligence artificielle générative (IAG) se multiplient. Ces modèles, capables de produire des œuvres imitant la créativité humaine, reposent sur une méthode d'apprentissage exploitant un vaste volume de contenus existants.

Cette méthode a donné lieu à une série de plaintes et d'actions collectives, avec OpenAI, leader du secteur grâce à son modèle ChatGPT, souvent au centre des litiges. Plusieurs grands groupes de presse, tels qu'Axel Springer, Dotdash Meredith, The Financial Times, The Associated Press et Le Monde, ont choisi de collaborer avec les entreprises technologiques pour encadrer l'utilisation de leurs contenus protégés.¹ D'autres cependant, dont huit journaux détenus par Alden Global Capital, accusent OpenAI de violer leurs droits de propriété intellectuelle en intégrant leurs œuvres sans autorisation dans ses ensembles de données d'apprentissage.² Des entreprises comme MidJourney et Meta AI sont également visées par des actions similaires.³ Toutefois, la plainte déposée aux États-Unis par le New York Times contre OpenAI et Microsoft le 9 décembre 2023 se démarque : elle repose sur des exemples concrets qui, selon le New York Times, démontrent que les actions d'OpenAI et de Microsoft nécessitent une autorisation préalable des détenteurs de droits d'auteur.⁴

Le New York Times insiste notamment sur la nécessité de protéger ses droits afin de garantir un journalisme indépendant, pilier de la démocratie.⁵ Il argumente que si les entreprises de presse ne peuvent contrôler l'utilisation de leurs contenus, leur capacité à financer les investissements nécessaires à leur production s'en trouvera compromise, réduisant ainsi les ressources allouées

¹ Benjamin Mullin, 'OpenAI and News Corp Strike Deal Over Use of Content' *New York Times* (22 May 2024)

² Benjamin Mullin, 'Newspapers Sued Microsoft and OpenAI Over AI Copyright Infringement' *New York Times* (30 April 2024)

³ Stéphanie Carre, 'Intelligence artificielle générative : entre adoption d'un règlement européen et nouvelle action américaine contre la violation massive du copyright du New York Times' (Dalloz actualité, 15 février 2024)

⁴ Benjamin Mullin, 'New York Times Sues OpenAI and Microsoft Over Copyright Infringement' *New York Times* (27 December 2023)

⁵ Complaint, *New York Times v OpenAI, December 2023'* (2023) New York Times

aux enquêtes et reportages d'intérêt public. Cela risquerait de laisser de nombreuses histoires cruciales inexplorées, au détriment de la société. Le New York Times critique également l'évolution d'OpenAI : fondée en 2015 en tant qu'organisation à but non lucratif, OpenAI a évolué en 2019 avec la création d'une filiale à but lucratif, soutenue par un investissement de plusieurs milliards de dollars de Microsoft.⁶ Bien que cette structure limite les rendements pour les investisseurs et redistribue les profits excédentaires à l'entité à but non lucratif initiale, elle suscite des inquiétudes. OpenAI génère aujourd'hui environ 80 millions de dollars par mois,⁷ et son projet de restructuration en société d'intérêt public, une entité lucrative engagée à servir le bien commun, attirerait potentiellement des investisseurs de premier plan tels qu'Apple et Nvidia, leader des fabricants de puces.⁸ Le New York Times souligne ici un revirement par rapport aux valeurs initiales d'OpenAI, autrefois axées sur la transparence et la sécurité. Cette restructuration attirerait davantage d'investisseurs pour concurrencer des rivaux bien financés, comme Google et Anthropic, tout en répondant aux coûts élevés de développement d'une IA avancée. Cependant, des experts, dont Elon Musk, cofondateur d'OpenAI, s'inquiètent d'une potentielle concentration de pouvoir et de la priorité donnée aux profits, au détriment des valeurs de sécurité et de l'éthique.⁹ Le secteur technologique, dirigé par des entreprises comme OpenAI et Microsoft, semble ainsi s'orienter vers des systèmes d'IA toujours plus performants, dans une course où la prudence pourrait être reléguée au second plan.¹⁰

Dans sa plainte, le New York Times avance plusieurs chefs d'accusation contre OpenAI et Microsoft. En premier lieu, il allègue une contrefaçon directe, affirmant qu'OpenAI a intégré des œuvres protégées du journal dans ses bases de données d'apprentissage sans autorisation. Microsoft, quant à lui, est accusé de contrefaçon secondaire, à la fois vicariale (ayant contrôlé et bénéficié des actions d'OpenAI) et contributive (ayant techniquement facilité ces violations). Le New York Times invoque également une violation du Digital Millennium Copyright Act en raison de la suppression des informations de gestion des droits d'auteur. Enfin, des accusations de

⁶ Dan Milmo, 'OpenAI Planning to Become For-Profit Company, Say Reports' *The Guardian* (26 September 2024)

⁷ Le Figaro, 'OpenAI, l'entreprise créatrice de ChatGPT, valorisée désormais à 80 milliards de dollars' *Le Figaro* (18 February 2024)

⁸ Aaron Tilley, 'OpenAI in Talks with Apple for Funding to Develop ChatGPT' *Wall Street Journal* (18 October 2024)

⁹ Dan Milmo, 'Why Is OpenAI Planning to Become a For-Profit Business and Does It Matter?' *The Guardian* (26 September 2024)

¹⁰ Nidhi Subbaraman, 'OpenAI Restructuring Is a "Natural Consequence" of an AI Arms Race' (Cornell University, 13 October 2023)

concurrence déloyale et de dilution de marque sont formulées, le New York Times affirmant que l'utilisation non autorisée de ses marques dans les contenus générés par l'IA affaiblit leur caractère distinctif et nuit à leur réputation commerciale. Face à ces violations, le journal réclame des milliards de dollars de dommages et intérêts ainsi qu'une injonction permanente.¹¹

Il est intéressant de rappeler l'affaire *New York Times Co. v. Tasini* (2001), dans laquelle le journal avait lui-même été accusé d'avoir utilisé des articles d'auteurs indépendants dans des bases de données sans autorisation.¹² À l'époque, le journal avait soutenu que la suppression de ces contenus risquait de compromettre l'intégrité des bases de données numériques. Aujourd'hui, en exigeant la suppression des modèles GPT contenant ses œuvres, le New York Times semble adopter une position inverse.

Cela illustre que la complexité de cette question ne se limite pas à la simple protection des droits d'auteur, mais soulève également des enjeux liés à l'innovation technologique. Les modèles d'intelligence artificielle générative s'appuient sur l'analyse de vastes volumes de données pour générer des résultats innovants, avec des répercussions majeures dans des secteurs tels que la recherche, la finance, le droit, l'éducation et l'industrie. La question centrale est donc de savoir comment concilier la protection des droits des créateurs avec l'évolution technologique de l'IA dans un cadre législatif adapté.

Cet article aborde deux approches distinctes de la régulation de l'entraînement des IA génératives. D'une part (I), nous examinerons les exceptions au droit d'auteur en comparant la doctrine du *fair use* aux États-Unis et les règles européennes sur la fouille de textes et de données (TDM). D'autre part (II), nous analyserons l'évolution vers une obligation de transparence, portée par des initiatives législatives en Europe et aux États-Unis.

I. Les exceptions au droit d'auteur : entre *fair use* et fouille de textes et de données

¹¹ Graeme Massie, 'New York Times Sues Microsoft and OpenAI over Copyright Infringement' *The Independent* (27 December 2023)

¹² NYT v. OpenAI: The Times's About-Face' (2024) Harvard Law Review Blog, 2 April 2024

Dans sa déclaration publique du 8 janvier 2024, intitulée *OpenAI and Journalism*¹³, OpenAI soutient que l'utilisation d'œuvres protégées pour l'entraînement de ses modèles relève de l'exception du *fair use*. L'entreprise met en avant le caractère transformatif de l'utilisation des données dans l'entraînement de ses modèles d'intelligence artificielle. Cependant, la décision des juges sur ce point est particulièrement attendue. La doctrine du *fair use*, codifiée par le Copyright Act de 1976, permet en effet l'utilisation limitée d'œuvres protégées sans autorisation préalable.¹⁴ Elle repose sur quatre critères principaux que les tribunaux évaluent pour déterminer si une utilisation relève du *fair use* ou constitue une violation des droits d'auteur.

1. Le but et le caractère de l'utilisation : Ce critère examine si l'utilisation est transformatrice, c'est-à-dire si elle modifie l'œuvre originale pour créer quelque chose de nouveau. Une utilisation transformatrice, surtout à des fins non lucratives, est plus susceptible d'être considérée comme du *fair use*. Une utilisation à but commercial est, quant à elle, soumise à un examen plus strict.
2. La nature de l'œuvre protégée : Les œuvres créatives, comme les romans ou les films, bénéficient d'une protection renforcée, tandis que les œuvres factuelles, telles que les manuels scolaires ou les articles scientifiques, sont plus susceptibles d'être couvertes par l'exception du *fair use*.
3. La quantité et la substantialité de l'utilisation : Ce critère évalue la proportion de l'œuvre utilisée. Reproduire une œuvre dans son intégralité rend plus difficile la justification du *fair use*, même si l'utilisation de petites portions peut poser problème si elles sont essentielles à l'œuvre.
4. L'effet de l'utilisation sur le marché : Ce critère examine l'impact de l'utilisation sur le marché potentiel de l'œuvre originale. Si cette utilisation diminue la demande pour l'œuvre ou entre en concurrence directe avec celle-ci, il sera plus difficile de justifier le *fair use*.

Un exemple marquant de l'application de cette doctrine est l'affaire *Google Books*.¹⁵ En 2004, Google a lancé *Google Book Search*, un service permettant de numériser des livres épuisés en partenariat avec plusieurs bibliothèques. Certaines œuvres étaient entièrement numérisées, tandis

¹³ OpenAI and Journalism' (2024) OpenAI, 8 January 2024

¹⁴ Copyright Act 1976, 17 USC §§ 101-810 (1976)

¹⁵ Authors Guild v Google Inc [2015] 804 F 3d 202 (2nd Cir)

que d'autres n'étaient disponibles que sous forme d'extraits. Accusé de violation des droits d'auteur par l'Association of American Publishers et l'Authors Guild en 2005, Google a plaidé que son service était transformatif, car il augmentait la visibilité des œuvres sans nuire à leur marché. La Cour a donné raison à Google, estimant que la finalité de son service — faciliter la recherche et la découverte de livres — ne portait pas atteinte aux ventes des œuvres concernées. Ce cas illustre la possibilité d'appliquer l'exception du *fair use* à l'entraînement des modèles d'intelligence artificielle générative. Tout comme Google Books, où d'importantes quantités d'œuvres ont été numérisées pour créer un produit nouveau, l'entraînement des modèles d'Intelligence Artificielle Générative pourrait être vu comme une utilisation transformatrice.

Dans sa plainte contre OpenAI, le New York Times affirme que l'entraînement de modèles d'IA tels que ChatGPT sur ses œuvres protégées constitue une reproduction non autorisée. Des entreprises technologiques se sont défendues contre des accusations similaires en affirmant que leurs modèles d'IA se limitent à l'analyse de concepts, sans reproduire textuellement les œuvres. Elles soutiennent que ce processus est analogue à l'apprentissage humain, où l'assimilation de concepts issus de contenus protégés ne constitue pas une violation des droits d'auteur.¹⁶ De plus, ces entreprises soutiennent que l'entraînement n'extrait que des éléments non protégés, tels que des idées ou des faits. Cette défense rappelle la décision de la CJUE dans l'affaire Pelham (2019), où la Cour a jugé que l'utilisation d'un échantillon sonore modifié et méconnaissable ne nécessitait pas d'autorisation.¹⁷ De la même manière, si les œuvres protégées utilisées pour entraîner des IAG sont modifiées au point de devenir méconnaissables, cela pourrait ne pas constituer une violation du droit d'auteur.

Ce débat met en lumière l'incertitude juridique entourant l'application du *fair use* aux IA, une approche reposant sur des critères interprétatifs, laissée à l'appréciation des juges. En Europe, les exceptions au droit d'auteur sont encadrées par la directive DSM (2019/790), qui réglemente la fouille de textes et de données (TDM).¹⁸ Cependant, ces dispositions ne visent pas directement l'entraînement des modèles d'IAG. L'article 3 de la directive permet aux organismes

¹⁶ Anthropic, 'Response to the Copyright Office's Notice of Inquiry on Copyright and Artificial Intelligence [Docket No. 2023-6]' (2023); Google LLC, 'Comments in Response to Notice of Inquiry, "Artificial Intelligence and Copyright"', 88 Fed. Reg. 59942 (COLC-2023-0006) (30 October 2023)

¹⁷ Pelham GmbH v Hütter and Schneider-Esleben (C-476/17) [2019] ECLI:EU:C:2019:624.

¹⁸ Directive (EU) 2019/790 of the European Parliament and of the Council of 17 April 2019 on copyright and related rights in the Digital Single Market [2019] OJ L130/92

de recherche et aux institutions patrimoniales de pratiquer des TDM à des fins de recherche scientifique sans autorisation préalable. L'article 4 étend cette exception aux usages commerciaux, sous réserve que les titulaires de droits n'aient pas explicitement exprimé leur opposition via un mécanisme d'opt-out. Ces exceptions restent toutefois limitées au droit de reproduction et n'autorisent pas la communication des données extraites au public. En outre, l'accès aux œuvres protégées doit être licite, ce qui soulève des questions concernant les contenus disponibles en ligne sans restrictions légales.

Le considérant 18 de la directive DSM précise que ces exceptions concernent les IA opérant à des fins purement statistiques et que la conservation des copies est limitée à la durée nécessaire à la fouille de données. Certains ont donc soutenu que cette directive n'était pas conçue pour réguler les modèles d'IAG, qui nécessitent d'immenses volumes de données pour leur entraînement.¹⁹ De plus, des interrogations subsistent quant à la conformité de l'exception TDM avec le triple test du droit européen, qui impose que les exceptions ne doivent ni porter atteinte à l'exploitation normale de l'œuvre, ni causer de préjudice injustifié aux titulaires de droits.²⁰

Néanmoins, la Commission européenne a confirmé l'applicabilité de ces exceptions dans un communiqué de Thierry Breton du 31 mars 2023, tandis que le Règlement sur l'intelligence artificielle (AI Act) de l'Union européenne, adopté en mai 2024, va plus loin.²¹ L'article 53(1)(c) consacre en effet le principe de l'exception de fouille de données, permettant aux fournisseurs d'utiliser des œuvres protégées, à moins que les titulaires de droits n'aient explicitement exprimé leur opposition via un mécanisme d'opt-out. Cet article pourra donc s'appliquer à l'entraînement des modèles d'IAG, et son champ d'application est élargi par l'article 2, qui inclut toute utilisation de modèles d'IA au sein de l'UE, peu importe où sont localisés les fournisseurs ou les développeurs.

II. Tendances vers une obligation de divulgation des données

Afin de garantir que les droits d'opposition, notamment via l'opt-out, soient correctement respectés, le Règlement européen sur l'IA (AI Act) impose des exigences de transparence. L'article

¹⁹ Anne-Laure Caquet, 'L'intelligence artificielle générative : l'Union européenne relaie le droit d'auteur au rang des exceptions' (Village de la Justice, 24 mai 2024)

²⁰ *ibid*

²¹ Thierry Breton, 'Communiqué du 31 mars 2023'

53(1)(d) oblige ainsi les fournisseurs d'IA à publier un résumé suffisamment détaillé des contenus utilisés pour entraîner leurs modèles, selon un format défini par l'Office AI. Cependant, des interrogations subsistent quant à l'application pratique de cette exigence : ce résumé sera-t-il assez précis pour permettre l'identification des contenus protégés par le droit d'auteur ? En réponse à ces incertitudes, la France a confié en avril 2024 au Conseil Supérieur de la Propriété Littéraire et Artistique (CSPLA) la mission de définir quelles informations devront être divulguées par les fournisseurs d'IA.²²

Une évolution parallèle a lieu aux États-Unis, où le Generative AI Copyright Disclosure Act, introduit au Congrès le 9 avril 2024, impose une transparence similaire.²³ Toute entité développant ou modifiant des bases de données d'entraînement doit soumettre un résumé détaillé des données utilisées auprès de l'United States Copyright Office avant la commercialisation des modèles. Pour les bases en ligne, une simple URL suffit, et un registre public centralisera ces informations. Contrairement au règlement européen, qui s'applique aux « fournisseurs d'IA » dans leur ensemble, le texte américain distingue les entreprises créant des bases de données de celles qui les modifient, offrant ainsi une approche plus nuancée²⁴. Une autre différence notable réside dans l'obligation de divulgation aux États-Unis, qui doit être respectée au moins 30 jours avant la commercialisation et s'applique rétroactivement aux modèles déjà mis sur le marché avant l'entrée en vigueur de la loi. Cette mesure répond aux préoccupations soulevées par la *Federal Trade Commission*, qui, dans son analyse du 29 juin 2023, a souligné l'avantage concurrentiel des entreprises ayant eu un accès illimité aux données dans le passé, créant ainsi des barrières d'accès pour les nouveaux acteurs. La FTC a donc enjoint à prendre des mesures pour rétablir une concurrence loyale²⁵. L'application pratique de ces dispositions reste à observer, notamment concernant la rétroactivité, où le processus de "machine unlearning" paraît particulièrement complexe, soulignant ainsi l'importance d'encadrer rigoureusement l'utilisation des futures données par les IAG.

²² Anne-Laure Caquet, 'L'intelligence artificielle générative : l'Union européenne relaie le droit d'auteur au rang des exceptions' (Village de la Justice, 24 mai 2024)

²³ Betty Jeulin, 'Analyse du projet de loi américain sur la divulgation des données d'entraînement des IA génératives' (Daloz actualité, 27 mai 2024)

²⁴ *ibid*

²⁵ *ibid*

DROIT BANCAIRE ET FINANCIER

La responsabilité civile des fonds activistes

Jérémie Balbous

*Étudiant en double diplôme de droit français et de droit anglais à
King's College London et à l'Université Paris-Panthéon-Assas,
Master 2 Droit Privé Général*

Introduction

Nouveaux acteurs des marchés financiers, les fonds activistes sont souvent désignés en opposition aux investisseurs passifs. Bien décidés à provoquer leur fortune, leur but est simple : déceler des failles de stratégie économique, de gouvernance, voire les potentielles fraudes de sociétés cotées, et les exploiter pour en tirer un profit. La pratique a été favorisée par les scandales financiers qui ont fragilisé les marchés. L'affaire *Enron*, par exemple, la société modèle de la gouvernance américaine, qui a sombré dans un scandale de fraude comptable, alors même qu'elle était encore désignée comme « *still the best of the best* » par *Goldman Sachs*, la veille du scandale.¹ Faut-il rappeler les conséquences désastreuses pour tant d'Américains qui ont perdu leur pension de retraite ? En ne prenant qu'une fraction du capital d'une société, un actionnaire peut influencer sur la politique à suivre ; pourtant, dans les marchés de capitaux, le pouvoir n'est-il pas justement censé être corrélé au capital investi ? Pour reprendre la formule de Bruno Oppetit, n'est-ce pas là faire du capitalisme sans capital ? Si le fait que l'actionnaire prenne un rôle actif dans la société peut être vu comme positif, cela ne doit pas se faire au détriment des règles du marché et de la stabilité des entreprises.

Il est difficile de donner une définition satisfaisante de l'activisme actionnarial, puisque ce n'est pas une notion juridique à proprement parler. Le rapport du Club des juristes en donne des éléments : « *Le comportement d'un investisseur usant des prérogatives accordées aux minoritaires afin d'influencer la stratégie, la situation financière ou la gouvernance de l'émetteur, par le moyen initial d'une prise de position publique* ». ² Trois éléments : l'utilisation des prérogatives de l'actionnaire (expertise de gestion, inscription d'une résolution à l'ordre du jour), l'intention d'influencer la stratégie de l'entreprise, et surtout, la publicité des positions. L'arme principale des fonds activistes est en effet la pression médiatique, par des rapports financiers internes, lettres personnelles comminatoires voire injurieuses, fuites dans les médias. Les conséquences peuvent être drastiques : rappelons-nous de la révocation d'Emmanuel Faber de la tête de Danone sous la pression du fonds Bluebell Capital, qui ne gérait qu'un fonds d'à peine 70 millions d'euros et ne

¹Jean-Jacques Pluchart, « L'étude du cas Enron » in *L'éthique des affaires : portée et limites de l'approche fonctionnaliste - La Revue des Sciences de Gestion* 2005/6 (n°216), p. 17 à 32

² Rapport Club des juristes, « Activisme actionnarial », novembre 2019.

possédait que 20 millions € de Danone sur 41 milliards de capitalisation boursière... soit 0.05 % du capital.³

Le cas des activistes vendeurs, aussi appelés *short-sellers*, au vu de leur position à découvert, est probant. L'hypothèse est simple : un fonds repère une société-cible, qu'elle estime sur-évaluée par les marchés. L'action vaut 10, elle devrait n'en valoir que 3. Le fonds prend une position à découvert, c'est-à-dire qu'elle emprunte à un établissement de crédit des actions moyennant une prime. Elle revend ensuite les actions sur les marchés espérant les racheter plus tard à moindre prix, pour les rendre au prêteur et empocher la plus-value. C'est une opération risquée, puisque l'exposition du shorteur est illimitée : une fois acquise, l'action peut prendre en valeur sans limite, à charge à l'investisseur de racheter les actions à prix fort. Par nature, la vente à découvert est controversée, puisqu'elle consiste à parier contre la bonne santé des marchés financiers, et que le but des shorteurs est de voir le cours d'une société chuter. C'est d'autant plus vrai pour l'activisme *short* : puisque les investisseurs actifs ont parié sur la baisse du cours de la société-cible, ils s'évertuent à faire chuter le prix de l'action. Un exemple d'actualité est celui de l'attaque du fonds *Muddy Waters* contre le groupe Casino. Un rapport virulent est publié en décembre 2015, pointant du doigt l'endettement supposé des *holdings* du groupe, que les liquidités à terme ne permettraient pas de supporter.⁴ Le rapport dénonçait aussi le manque de transparence des comptes du groupe, suggérant de potentiels abus. Pourtant, les agences de notation financières comme Standard & Poor's confirmaient la qualité du crédit du groupe Casino. Le rapport a eu l'effet de prophétie auto-réalisatrice escompté : le cours de l'action Casino avait alors chuté de 20% — depuis, il a chuté de 95%. Face à la pression, la société n'a pas pu se redresser. Dans une interview donnée au Monde, le PDG de Casino Charles Naouri déclare : « *Pendant ces huit ans, nous avons été l'objet d'attaques régulières de « shorts ». À force de diffuser des rumeurs négatives, dans un environnement légal qui ne nous protège pas, ils ont fini par asphyxier notre financement* ». ⁵

S'il est indéniable que l'activisme actionnarial au sens large permet l'efficacité des marchés et assure une plus grande vigilance de la part des dirigeants de sociétés cotées, le potentiel d'abus et

³ Financial Times, « Culture wars: Danone board sours on CEO after activist pressure », 15 mars 2021

⁴ Muddy Waters, « Muddy Waters is Short Groupe Casino », 27 décembre 2015,

⁵ Le Monde, « Carson Block : “Jean-Charles Naouri avait le temps de redresser Casino” », 11 juillet 2023

de déstabilisation des marchés est certain. Les fonds activistes se présentent comme une nouvelle milice des marchés, à l'affût des fraudes⁶. Comment leurs abus peuvent-ils être sanctionnés en droit ? Les méthodes utilisées par les fonds activistes — notamment les communications émises sur les entreprises-cibles — peuvent être appréhendées par le droit commun de la responsabilité civile. Une décision importante de la Cour d'appel de Paris a retenu la condamnation d'un actionnaire activiste pour usage abusif de son droit de critique (I), un fondement qui interroge (II).⁷

I. Le principe de l'abus de droit de critique

La mise en œuvre de la responsabilité des fonds activistes du fait de leurs communications présuppose un abus dans l'utilisation de ce droit. En effet, les activistes sont légitimes à critiquer la gestion d'une société. Lorsqu'ils sont actionnaires, cela découle simplement de la participation active dans la société : ce serait même un élément d'*affectio societatis*.⁸ Lorsque l'activiste n'est pas actionnaire, son droit de critique est protégé par la Convention européenne de sauvegarde des droits et libertés fondamentales qui permet une liberté dans l'expression des personnes physiques et morales. Ceci est particulièrement vrai dans le cadre des sociétés cotées, par essence publiques. Vu l'importance de ces sociétés, leur bon fonctionnement et une bonne information du public, dont l'épargne est en jeu, relèvent de considérations d'intérêt général.⁹

Cela étant, comme toute liberté, le droit de critique n'est pas illimité. Conformément à la théorie de l'abus de droit, classique du droit des obligations, il n'est pas de droit dont on ne puisse abuser. L'intention de nuire pervertit l'usage normalement licite d'un droit et le rend illicite, donc condamnable, ce qui ressort notamment lorsque le droit est détourné de sa fonction sociale¹⁰. Dès lors, l'activiste ne peut utiliser son droit de critique dans un intérêt purement égoïste de recherche de profit, par opposition à un intérêt « commun » ou « social » qui serait lésé.¹¹

⁶ Carson Block, « Distorting the Shorts », 23 février 2022

⁷ Cour d'appel de Paris, Pôle 5 - chambre 9, 16 septembre 2021, n° 20/07397

⁸ Viandier A., *La notion d'associé*, Th, LGDJ, n°174, 1978 ; cf. sur ce point, Lecourt A., « Le droit de critique de l'associé », in *Mél. Urbain-Parléani I.*, Dalloz 2023, p. 155

⁹ CEDH, 7 février 2012, n° 40660/08, *Von Hannover c/ Allemagne*, AJDA 2012. p. 1726, chron. Burgorgue-Larsen L. ; D. 2012. 1040, note Renucci J.-F

¹⁰ Routier R., « De la représentation logique dans l'abus - Essai en droit des affaires » in *Mél. en l'honneur du Professeur Le Cannu P.*, LGDJ, 2014

¹¹ D. Schmidt, « De l'intérêt commun des associés » *JCP G* 1994 p. 404

Ce droit de critique se borne à la gestion de la société : la Cour européenne des droits de l'Homme (CEDH) opère une distinction entre la critique de la personne du dirigeant et de la marche de la société. Dans un important arrêt *Petro Carbo Chem*, la Cour interdit toute condamnation, fût-elle symbolique, à l'encontre d'un actionnaire activiste minoritaire qui avait critiqué publiquement une importante société cotée roumaine, ce qui avait précipité son déclin.¹² La critique n'avait pas été abusive, en ce qu'elle ne visait pas le dirigeant, et qu'elle s'inscrivait dans un débat d'intérêt général sans être injurieuse ou dépourvue de base factuelle. *A contrario*, il faut comprendre que la critique activiste peut être abusive. La Cour relève même l'intérêt concurrent de protection du succès commercial et de la viabilité des entreprises, non seulement pour le bénéfice des actionnaires et des salariés, mais aussi pour le bien de l'économie en général.

II. Le fondement de l'abus de droit de critique

Dans l'affaire *Altamir Investment*, un activiste reprochait un manque de transparence comptable, des frais de gestion trop élevés, et un manque de performance de la société par rapport aux concurrents. Il publie ces reproches par le biais d'encarts payants et d'articles dans des journaux spécialisés, de notes publiées sur son site internet, de lettres adressées aux actionnaires, au président de l'AMF et de l'ADAM.

La Cour d'appel de Paris relève « *un acharnement dans sa critique à l'encontre des gérants d'Altamir et a laissé planer un doute sur la transparence et la fiabilité de la gestion de cette dernière portant ainsi atteinte à sa moralité* ». La société Moneta s'était donc rendue responsable « *d'un préjudice d'image qu'il convient de réparer* ».¹³ Le caractère excessif de la critique se cristallise par la répétition d'une critique « *systématique* ».¹⁴

Si cette décision, première en la matière, ouvre la porte à la responsabilité civile des fonds activistes, reste qu'elle doit être tempérée. La Cour d'appel n'emploie pas les fondements habituels

¹² CEDH, 30 juin 2020, n°21768/12, *Petro Carbo Chem c/ Roumanie*, JCP E 2020, 486

¹³ Cour d'appel de Paris, Pôle 5 - chambre 9, 16 septembre 2021, n° 20/07397

¹⁴ Civ 2ème, 3 avril 1979, Bull. civ. II, n°113 « l'arrêt retient que l'appréciation est portée sans esprit de dénigrement systématique ». ; adde Lécuyer G., *Traité de droit de la presse*, préc. n° 1262

de droit interne en matière d'abus du droit de critique, que sont la diffamation et le dénigrement.¹⁵ Ces fondements sont pourtant exclusifs l'un de l'autre. Le premier, issu d'un texte pénal, sanctionne les propos portant atteinte à l'honneur d'une personne, morale ou physique ; alors que le second n'est qu'une émanation de l'article 1240 du Code civil, spécifiquement réservé à l'atteinte aux produits et services d'une entreprise.¹⁶ Pourtant, le défendeur, la société Moneta, avait bien fait valoir dans ses écritures que les faits pouvaient relever de la diffamation, mais non du dénigrement, puisqu'il n'y avait pas de « *volonté par une société concurrente, de détourner la clientèle de la société dénigrée* ».

Plusieurs interprétations sont possibles, vu le montant des dommages et intérêts alloués par voie de condamnation aux dépens de l'article 700 du Code de procédure civile. La Cour d'appel a peut-être estimé que les propos portant atteinte à l'honneur de la personne morale cachaient en réalité une critique de ses produits et services. Une jurisprudence contestée admet en ce cas la qualification de dénigrement.¹⁷ Autrement, il est possible d'y voir la concrétisation de l'abus de droit comme fondement autonome de responsabilité en droit des sociétés. La motivation sibylline de l'arrêt le laisse croire. En outre, la mention répétée du terme « *harcèlement* » dans la décision interroge. La Cour d'appel a-t-elle alors adopté la thèse émise par A. Couret, qu'existerait une forme de harcèlement en droit des sociétés, au même titre que le harcèlement moral ou sexuel ?¹⁸ Pourtant, le harcèlement revêt les critères de la faute intentionnelle, qui, comme le rappelait un auteur : « *suppose que la volonté soit dirigée non seulement vers l'acte dommageable, mais également sur les conséquences de cet acte, c'est-à-dire sur le dommage lui-même* »¹⁹.

Les critères de cet abus de droit de critique sont encore flous, mais il est évident qu'il est une arme contentieuse importante pour les sociétés ciblées par les fonds activistes. Ce contentieux très factuel doit faire l'objet d'une clarification dans un objectif de sécurité juridique, essentiel en la

¹⁵ Viney G., « La sanction des abus de la liberté d'expression », *D.*, 2014, p. 787 ; Traullé J., « Exclusivisme de la loi du 29 juillet 1881 : la fin justifie-t-elle encore les moyens ? », *D.*, 2020, p. 1368

¹⁶ A.P., 12 juillet 2000, n° 98-10.160 et n° 98-11.155, *D.* 2000. p. 218, et p. 463, obs. Jourdain P. ; *JCP G* 2000, I, p. 280 note. Viney G

¹⁷ Passa J., Lapousterle J., *J-Cl. Concurrence - Consommation*, fasc. 240, n° 56 ; adde Larriue J., « Dénigrement ou diffamation : le nuage noir de la discorde », *Prop. industr.* 2024, comm. 28

¹⁸ Couret A., « Le harcèlement des majoritaires », *BJS* 1996 n°2, page 112

¹⁹ Tardif A., « Les potentialités du contrôle de conventionnalité en matière d'abus de la liberté d'expression », *Resp. civ. et ass.* n° 2, Février 2020, étude 2

matière. Ceci d'autant que les restrictions de liberté d'expression, dont fait partie le droit de critique, doivent être autorisées par une norme claire, nette, précise et détaillée, ce que contrôle la CEDH.

Régulation de la GovTech et responsabilité sociale des
entreprises : une analyse comparée entre l'UE, le
Royaume-Uni et les États-Unis

Ivan Kovalenko

*Étudiant en sciences organisationnelles à l'Université Paris
Dauphine-PSL*

Introduction

Dans un monde où la technologie et le développement durable redéfinissent notre avenir, l'Union Européenne joue un rôle essentiel dans l'élaboration de politiques visant à une gouvernance technologique éthique et durable. D'autres États comme le Royaume-Uni et les États-Unis ont également intégré des normes spécifiques dans leurs législations et leurs modèles de gouvernance d'entreprise. Bien que chaque pays ait ses propres particularités, il est intéressant de constater qu'ils interagissent, s'inspirent mutuellement et collaborent sur des projets communs.

Dans cette optique de droit comparé, cet article examinera les pratiques liées aux technologies gouvernementales (GovTech), qui désignent l'utilisation d'outils numériques dans les processus administratifs et la gestion publique, ainsi que les initiatives en matière de responsabilité sociale des entreprises (RSE) au sein de l'UE, du Royaume-Uni et des États-Unis. Nous mettrons en lumière leurs similarités, leurs divergences ainsi que leurs influences réciproques. Dans un premier temps, nous analyserons la position de l'UE sur la GovTech et la RSE (I), avant de la comparer avec celle de juridictions telles que le Royaume-Uni et les États-Unis (II). Cela nous permettra d'identifier des objectifs communs entre ces trois juridictions et de mieux comprendre l'influence de l'Union européenne sur la gouvernance mondiale (III).

I. La position de l'UE sur la GovTech et la RSE

L'Union européenne s'est imposée en tant que pionnière dans l'élaboration de cadres réglementaires, notamment dans le domaine de la GovTech, qui englobe l'ensemble des technologies ayant pour but de transformer et d'améliorer l'efficacité du secteur public, en rendant les services publics plus accessibles et efficaces pour les citoyens. Une des initiatives marquantes en la matière est la réglementation sur l'intelligence artificielle (IA) adoptée en mai 2024. Bien que cette réglementation vise principalement à encadrer l'utilisation de l'IA au sein de l'UE, elle a également un impact significatif sur les GovTech intégrant des systèmes d'intelligence artificielle.¹

¹ EU AI Act: first regulation on artificial intelligence' (*European Parliament Topics*, 6 August 2023)

Son principal objectif est d'imposer des exigences de transparence aux entreprises développant l'IA. Ainsi, certaines IA seront considérées comme « à haut risque » en raison de leur impact majeur sur la vie des citoyens : par exemple, les systèmes utilisés pour la chirurgie assistée par robot ou pour la notation des examens scolaires. Ces IA à haut risque doivent faire l'objet d'évaluations rigoureuses pour garantir leur conformité à la loi. Le lien entre le Règlement européen sur l'IA de 2023 (*EU AI Act 2023*) et la GovTech est particulièrement pertinent. Car de nombreuses applications d'IA à haut risque, listées dans l'Annexe III du règlement, concernent des utilisations par des entités publiques. Par exemple, les systèmes d'IA utilisés dans les services publics pour l'accès aux prestations sociales, dans la police pour la reconnaissance faciale, ou encore dans le contrôle des frontières pour l'évaluation des risques migratoires. Ces domaines relèvent directement de la GovTech, et l'*EU AI Act* impose donc aux administrations publiques et à leurs fournisseurs technologiques de se conformer à des normes strictes en matière de transparence, de sécurité et d'éthique. De plus, la réglementation vise à prévenir la création de contenu illégal, comme les deepfakes, images générées par ordinateur utilisant l'image d'une personne et manipulant ses données, en garantissant que ces IA soient testées et certifiées. Cette législation renforce ainsi la responsabilité et la transparence des entreprises technologiques, y compris celles qui opèrent dans le secteur public. Par conséquent, les GovTech utilisant des modèles d'IA tels que GPT-4 ou DALLÉ-2 devront se conformer à ces normes, contribuant à la mise en place de systèmes plus sûrs et éthiques.

Par ailleurs, l'Union Européenne a mis en place des réglementations spécifiques pour encadrer le développement de la GovTech. Par exemple, la Directive (UE) 2016/2102 sur l'accessibilité des sites web et des applications mobiles des organismes du secteur public impose aux administrations publiques de rendre leurs services numériques accessibles à tous les citoyens, y compris les personnes en situation de handicap. Cela illustre l'engagement de l'UE envers l'aspect social de la RSE dans le contexte des technologies gouvernementales.

En outre, l'UE s'est établie comme un leader dans le domaine de la RSE, définie par la Commission européenne comme « l'intégration volontaire par les entreprises de préoccupations sociales et environnementales à leurs activités commerciales et à leurs relations avec les parties

prenantes ».² Bien que non obligatoire pour toutes les organisations, la RSE joue un rôle croissant pour les entreprises technologiques et les secteurs publics, avec des initiatives visant à renforcer la durabilité et la gouvernance responsable. La convergence entre technologie et RSE est surtout évidente dans la manière dont les entreprises utilisent des solutions technologiques pour mesurer leur impact environnemental et améliorer leur niveau de transparence.

En effet, l'UE vise à atteindre un bilan « carbone neutre » d'ici 2050, en ligne avec les objectifs définis par le SSP1-1.9, le scénario le plus optimiste calculé par l'ONU,³ qui vise à limiter le réchauffement climatique mondial à 1,5 degré Celsius par rapport aux niveaux industriels.⁴ Un exemple concret de cette orientation est la loi française du 15 novembre 2021, qui vise à réduire l'impact environnemental des technologies numériques. Cette loi impose des limites à la consommation énergétique des centres de données et encourage la « sobriété numérique », en incitant les entreprises à aligner leurs innovations technologiques avec les objectifs environnementaux. Pour atteindre ces objectifs, la Banque européenne d'investissement a alloué plus de 35 milliards d'euros au financement de projets d'énergie renouvelable au cours des dix dernières années.⁵

En pratique, ces réglementations, qu'elles soient contraignantes ou non, influencent considérablement les décisions stratégiques des entreprises à travers de nombreuses industries et modifient les dynamiques des marchés mondiaux. Par exemple, une entreprise GovTech qui développe des solutions numériques pour les administrations publiques devra s'assurer que ses technologies respectent les normes RSE, lesquelles pourraient devenir obligatoires à l'avenir. Si cette entreprise n'intègre pas de pratiques durables dans ses opérations, la valeur de ses services pourrait être perçue comme inférieure aux attentes du marché, affectant ainsi sa compétitivité.

² Bercy Infos, 'Qu'est-ce que la responsabilité sociétale des entreprises (RSE) ?' (*Ministère de l'Économie*, 18 Juillet 2022')

³ What is carbon neutrality and how can it be achieved by 2050' (*European Parliament Topics*, 13 March 2019)

⁴ Andrea Januta, 'Explainer: the U.N climate report's five futures decoded' (*Reuters, business environment*, 8 September 2023)

⁵ COP28: EIB to support objectives of global renewables and energy efficiency pledge' (*European Investment Bank*, 2 December 2023)

En appliquant ce modèle aux conglomérats, on constate que la prise de conscience croissante selon laquelle le succès des entreprises est lié à leur responsabilité sociale et environnementale est illustrée par des personnalités influentes telles que Lawrence Fink, PDG de BlackRock. En 2019, Fink a exhorté les dirigeants d'entreprises mondiales à concentrer leurs efforts sur la durabilité, l'intendance environnementale et la gouvernance sociale.⁶

De plus, des initiatives concrètes sont déjà visibles, notamment avec l'adoption de cadres réglementaires tels que *l'EU AI Act*. Certaines entreprises GovTech, ainsi que des grandes entreprises technologiques, ajustent leurs stratégies pour se conformer aux nouvelles normes de durabilité et de gouvernance responsable, en intégrant des critères ESG dans leurs opérations. Cela démontre que cette prise de conscience ne reste pas théorique, mais se traduit par des actions tangibles. Étant donné que le commerce est de plus en plus mondialisé, il est essentiel d'examiner les réglementations adoptées par d'autres juridictions, notamment le Royaume-Uni et les États-Unis, pour comprendre comment ces nouvelles exigences influencent le marché global.

II. La position réglementaire du Royaume-Uni et des États-Unis

En matière d'objectifs environnementaux, le Royaume-Uni a conservé des positions proches de celles de l'UE, en partie dues à son appartenance passée à l'UE avant le Brexit (2020). Certaines de ses règles en matière de gouvernance d'entreprise se traduisent par des obligations de divulgation imposées aux entreprises. Par exemple, depuis le 1er octobre 2013, toutes les entreprises cotées au Royaume-Uni sont tenues de rendre compte de leurs émissions de gaz à effet de serre ainsi que de leur consommation énergétique mondiale dans le cadre de leur rapport annuel des directeurs, conformément aux Companies Act 2006 (Strategic Report and Director's Report) Regulations 2013.

Cela est essentiel pour deux raisons majeures. Premièrement, mesurer les émissions est une étape fondamentale pour mieux les gérer.⁷ Cela présente un avantage réputationnel pour les entreprises,

⁶ A fundamental reshaping of finance- Larry Fink's 2020 letters to CEOs' (*Blackrock* 2019)

⁷ Department for Environment, Food & Rural Affairs, 'Benefits of reporting greenhouse gas emissions' (*UK Government Policy Papers*, 8 April 2011)

influençant les préférences des investisseurs, car ces derniers cherchent de plus en plus à investir de manière durable, privilégiant des entreprises qui démontrent une forte réputation en matière de responsabilité environnementale et une stratégie d'adaptation à long terme. Deuxièmement, ces rapports permettent aux entreprises de réaliser des économies en identifiant les activités à forte consommation d'énergie et en envisageant des alternatives plus durables, telles que l'énergie renouvelable, augmentant ainsi la rentabilité. Le développement de la GovTech est fortement lié à la RSE. Parce que les technologies gouvernementales peuvent jouer un rôle clé dans l'atteinte des objectifs sociaux et environnementaux. Par exemple, la GovTech permet aux administrations de numériser leurs services. Cela réduit la consommation de papier et les déplacements, ce qui a un impact positif sur la réduction des émissions de carbone. De plus, en veillant à l'accessibilité numérique, les technologies gouvernementales favorisent l'inclusion sociale. Elles permettent à tous les citoyens, y compris les personnes en situation de handicap, d'accéder aux services publics. Ainsi, les entreprises fournissant des solutions GovTech sont encouragées à intégrer des pratiques RSE dans leurs opérations pour répondre aux attentes en matière de durabilité et de responsabilité sociale. Ceci est particulièrement pertinent pour des entreprises globales comme Amazon, qui adaptent leurs installations pour répondre à la fois aux exigences commerciales et de durabilité dans un modèle appelé « *built-to-suit* ». ⁸ En outre, ces rapports peuvent appuyer des actions en justice. Une tendance croissante, inspirée des États-Unis, est celle des actions collectives qui permettent à un ou plusieurs individus d'intenter une action en justice au nom d'un groupe ou d'une classe. ⁹ Les rapports d'entreprises peuvent servir de base à ces recours et exposer les entreprises à des sanctions financières considérables. Un exemple est le cas des émissions chez le constructeur automobile allemand Volkswagen, qui résultait d'un stratagème pour échapper aux tests d'émissions sur les voitures diesel et a conduit à une sanction en dommages et intérêts de 14,7 milliards de dollars par un juge fédéral à San Francisco en 2016. ¹⁰

En matière de GovTech et d'IA, le Royaume-Uni privilégie une approche plus libérale par rapport à l'*EU AI Act*. Plutôt que d'adopter une législation vaste pour réguler l'IA, le livre blanc publié par le Département des Sciences du Royaume-Uni en mars 2023 a introduit un cadre non

⁸ Matt Mellot, 'Built-to-Suit: What Does That Even Mean?' (*Sterling CRE Advisors*, 2 February 2024)

⁹ Wex Definitions team, 'Class Action' (*Cornell Law School*, April 2023)

¹⁰ Andy Gillin, 'largest class action lawsuits & settlements' (*GJEL Accident Attorneys*, 1 February 2024)

statutaire. Ce cadre fixe des attentes tout en conférant des pouvoirs aux régulateurs de chaque secteur, tels que la Financial Conduct Authority (FCA) et la Competition and Markets Authority (CMA).¹¹ Face aux évolutions rapides de l'IA, cette approche flexible est conçue pour pouvoir évoluer aisément, créant ainsi un environnement propice à l'innovation.¹² Toutefois, bien que cette flexibilité encourage l'innovation, elle ne prend pas suffisamment en compte l'empreinte écologique de ces innovations, notamment en termes de consommation énergétique.

À l'inverse, certains États américains ont commencé à adopter des lois spécifiques pour réguler l'IA. Par exemple, l'État de New York a promulgué la Loi 144, qui impose aux employeurs de réaliser des audits sur les outils d'IA utilisés dans les décisions de recrutement.¹³ Tandis qu'une déclaration des droits de l'IA, similaire à la législation européenne, est encore en l'état de projet, il est important de noter que les politiques américaines en matière d'IA sont largement menées par des organismes non gouvernementaux. Des investisseurs institutionnels, comme Blackrock, développent leur propre IA avec des normes internes, et des entreprises comme Microsoft influencent l'usage et le développement de l'IA, notamment via des investissements massifs tels que les milliards de dollars injectés dans OpenAI, créateur de Chat-GPT.¹⁴

Les universités américaines jouent également un rôle central en enseignant aux dirigeants mondiaux la gouvernance de l'IA. Par exemple, le Stanford Human-Centered Artificial Intelligence se positionne comme un centre clé pour les discussions mondiales sur l'IA. Ce centre contribue à clarifier que la régulation de l'IA ne se limite pas à imposer des « restrictions » sur l'IA, mais que la sécurité de ces technologies dépend du contexte dans lequel elles sont déployées.¹⁵ Un modèle d'IA qui n'a pas de contexte manquera des informations nécessaires à une prise de décision éclairée. Par exemple, une voiture autonome programmée pour « protéger le conducteur » pourrait, en l'absence de contexte adéquat, choisir d'entrer en collision avec un piéton pour remplir son objectif sans évaluer les implications plus larges. Ce type de réflexion

¹¹ Mark A. Prinsley *et al*, 'The UK's approach to regulating the use of AI' (*Mayer Brown*, 7 July 2023)

¹² Hannah Meakin *et al*, 'AI and the UK regulatory framework' (*Norton Rose Fulbright Blog*, 15 May 2023)

¹³ Goli Madhavi *et al*, 'US state-by-state AI legislation snapshot' (*BCLP Client Intelligent*, 12 February 2024)

¹⁴ 'Microsoft backed OpenAI valued at \$80bn after company completes deal' *The Guardian* (17 February 2024)

¹⁵ Stanford University Human Centered Artificial Intelligence

rejoint celles avancées par l'ancien directeur commercial de X (Google) Mo Gawdat, dans son ouvrage « Scary Smart ».

Alors que certains développements semblent diverger, l'UE, le Royaume-Uni et les États-Unis s'influencent mutuellement et collaborent souvent sur des projets réglementaires. Comme nous le verrons, le rôle central de l'UE dans l'élaboration des réglementations souligne non seulement son engagement à relever des défis mondiaux complexes, mais sert également de catalyseur pour encourager d'autres juridictions à suivre cet exemple.

III. Influences mondiales et objectifs communs

Atteindre un bilan carbone neutre est devenu un objectif stratégique global, perçu non seulement comme une pratique commerciale responsable, mais aussi comme un impératif pour la pérennité des opérations des entreprises et des gouvernements.

Cet engagement est illustré par l'adhésion des dirigeants de l'UE, du Royaume-Uni et des États-Unis à l'Accord de Paris, signé lors de la Conférence des Nations Unies sur les changements climatiques de 2015 (COP21). L'UE, avec ses objectifs ambitieux d'adaptation aux changements climatiques, a joué un rôle clé dans la mobilisation de la communauté internationale.¹⁶ Par exemple, lors de la COP28, l'UE a encouragé la création de nouveaux fonds d'investissements verts en Afrique, auxquels les États-Unis ont promis des dizaines de millions de dollars.¹⁷ En plus de son rôle central dans la formation de l'Accord de Paris, l'UE a plaidé pour des objectifs énergétiques mondiaux, tels que la « transition loin des énergies fossiles ». Cependant, cette transition n'aura de sens que si elle est suivie d'actions concrètes. L'UE a pris les devants en initiant de nouveaux fonds, tels que le *fond mondial sur les pertes et dommages*, promettant plus de la moitié de son financement initial (plus de 400 millions d'euros).¹⁸ Les résultats de la COP28 montrent que la coopération internationale est essentielle pour relever les défis mondiaux urgents,

¹⁶ David Waskow *et al.*, 'Unpacking COP28: key outcomes from the Dubai climate talks and what comes next' (*World Resources Institute*, December 17 2023)

¹⁷ Office of US Press Relations, 'USAID commits \$53 million to address climate change in cities' (*USAID*, 6 December 2023)

¹⁸ 'COP28' (*European Council*, 15 January 2024)

et en s'engageant à mettre en œuvre ces décisions, l'Union européenne renforce son rôle de leader dans la gouvernance environnementale mondiale.¹⁹

Une autre considération importante est l'impact de la législation de l'UE sur la manière dont les États tiers interagissent avec elle, notamment en matière de gestion des données. Un exemple marquant est le Règlement Général sur la Protection des Données (RGPD) de 2018, qui s'applique également aux entreprises non européennes traitant les données des résidents de l'UE. Cela signifie que les entreprises opérant dans des juridictions extérieures à l'UE doivent souvent se conformer aux directives de l'UE et aux exigences de rapport.²⁰ Par la suite, d'autres juridictions tendent à aligner leurs régulations sur celles de l'UE, ce qui favorise l'harmonisation des règles et rend le marché plus sûr pour les investisseurs tout en facilitant les affaires transfrontalières, comme le montrent les accords post-Brexit entre l'UE et le Royaume-Uni. Cela souligne le rôle de la GovTech européenne dans l'incitation d'autres juridictions à adopter certaines pratiques d'entreprise.

En somme, le cadre réglementaire entourant les nouvelles technologies et le développement durable dans l'UE, au Royaume-Uni et aux États-Unis illustre l'interaction dynamique entre innovation, responsabilité et impact à l'échelle mondiale. Malgré des approches différentes dans chaque juridiction, des objectifs communs se dessinent, en particulier dans la lutte contre le changement climatique et le renforcement des pratiques de gouvernance d'entreprise. L'UE, notamment, se positionne comme un acteur visionnaire et responsable, avec une législation pionnière sur la neutralité carbone et la promotion de pratiques de gouvernance environnementale et sociale. Son rôle dans les conférences internationales sur le climat témoigne de son engagement au-delà de ses frontières. À mesure que sa réglementation se renforce, son influence sur l'innovation mondiale, la gouvernance d'entreprise et la gestion de l'environnement ouvrira la voie à l'adoption de pratiques durables et responsables pour l'avenir. Ainsi, l'intégration de nouvelles solutions technologiques dans les politiques environnementales devient cruciale pour que les progrès technologiques se poursuivent parallèlement à la protection de l'environnement.

¹⁹ 'Causes and effects of climate change' (*United Nations*)

²⁰ Brooke Master, 'BlackRock to roll out first generative AI tools to clients next month' *Financial Times* (6 December 2023)

NOUVEAUX INSTRUMENTS JURIDIQUES

Le Legal Design, un moyen prometteur au service d'une justice en crise

Oriane Dreue

*Étudiante en Master 1 Droit des Affaires et Droit Fiscal à l'Université
Paris-Panthéon Assas*

Introduction

À l'heure où la justice est en crise et les tribunaux sont engorgés, des solutions innovantes tentent d'être apportées afin de soulager les acteurs du monde juridique.¹ Parmi elles se trouve le Legal Design. Si sa pertinence est traditionnellement étudiée sous l'angle de la relation des avocats avec leur clientèle, il apparaît intéressant de se demander si ses multiples bénéfices pourraient conduire à généraliser son recours.

Comme le traduisent ses termes composites, le Legal Design est le fruit de la rencontre entre le design et le droit. Le mot Design vient du latin « designare », qui signifie « dessiner », « montrer par quelque indication ». Le syndicat professionnel des designers, l'Alliance France Design, lui assigne comme objectif « d'apporter des solutions aux problématiques de tous les jours, petites et grandes, liées aux enjeux économiques, sociétaux et environnementaux ».²

Lorsque le Design est utilisé par les praticiens pour véhiculer une information claire de la règle de droit, adaptée aux besoins d'un utilisateur ciblé, on parle de Legal Design. La communication peut ainsi s'effectuer par le biais de graphismes, de schémas, souvent plus parlants qu'un texte juridique seul. Toutefois, cette pratique ne se résume pas à de simples infographies. Le décret n°2019-1333 du 11 décembre 2019 réformant la procédure civile en atteste ; la rédaction des décisions de la Cour de cassation a été aménagée afin d'être mieux comprise par les justiciables.³ Les arrêts sont désormais structurés avec des paragraphes numérotés et des titres clairs tels que « faits et procédure », « examen des arguments » et « conclusion ». La réforme entamée par ce décret prévoit également une motivation enrichie, dans laquelle la Cour explique son raisonnement, ce qui améliore encore l'accès des citoyens au Droit tel qu'explicité par le juge. Les aménagements d'un texte, pensés de telle façon à ce que l'écrit soit compréhensible pour son destinataire, peuvent donc aussi bien être du Legal Design.

¹ Rapport du Comité des États Généraux de la Justice, *Rendre Justice aux Citoyens* (Octobre 2021–April 2022, Ministère de la Justice, 2022)

² Alliance France Design, 'Quelques citations célèbres sur le design' (Alliance France Design, 2024)

³ Décret n° 2019-1333 du 11 décembre 2019 réformant la procédure civile, *Journal Officiel de la République Française* (11 December 2019)

Le Legal Design se décompose en plusieurs phases, dont une première dite d'empathie. Elle consiste à se mettre à la place du destinataire de l'information afin de comprendre ses besoins. En établissant une liste de problèmes à résoudre, le praticien entre dans une phase de réflexion qui aboutira à la création d'un prototype. Ce dernier sera testé auprès du bénéficiaire dans le but de lui apporter des solutions juridiques.⁴

Pour comprendre les ambitions de cette pratique, il convient de revenir sur ses origines (I). Grâce à ses promesses, cette méthode efficace et humanisante pourrait contribuer au soulagement de l'appareil juridictionnel (II), même si elle fait face à un scepticisme quant aux obstacles qu'elle soulève (III).

I. Les origines d'une pratique aux grandes ambitions

Pour certains auteurs, l'émergence des LegalTechs dans les années 2000 a joué un rôle crucial dans l'apparition du Legal Design moderne.⁵ Cette pratique s'est développée dans les pays anglo-saxons, notamment aux États-Unis et au Royaume-Uni.⁶ En 2009, la designer Candy Chang et le *Center for Urban Pedagogy* créent notamment un guide à destination des vendeurs ambulants new-yorkais, visant à clarifier les réglementations auxquelles ils étaient soumis. Pour d'autres, les prémices de cette pratique sont plus anciennes et elles lui trouvent même un lien de parenté avec la citation attribuée à Napoléon Bonaparte : « Un bon croquis vaut mieux qu'un long discours ». Malgré ces amorces, ce n'est qu'en 2014 que le Legal Design est conceptualisé pour la première fois par l'avocate et designer Margaret Hagan, dans son ouvrage *Law by design*.⁷ Elle présente cette méthode comme étant une innovation, car elle bouleverse la présentation traditionnelle de la règle de droit.

En tant que méthode centrée sur les besoins des utilisateurs, le Legal Design affiche de grandes ambitions, telles que favoriser l'accessibilité et l'intelligibilité du droit, objectifs de valeur

⁴ Florence Creux-Thomas, 'Le Legal Design: Gadget ou Opportunité pour les Avocats?' *La Semaine Juridique* (16 December 2019, no 51) 1321

⁵ 'Qu'est-ce qu'une legaltech ?' *Dalloz Étudiant* (29 September 2017)

⁶ Sihem Ayadi Dubourg, 'Comprendre le Legal Design, pour transformer l'expérience de vos clients' *Juridy* (6 June 2020)

⁷ *Law by Design*, Margaret Hagan, 2014

constitutionnelle.⁸ Il pourrait en conséquence constituer un moyen efficace et humanisant afin de pallier certaines problématiques symptomatiques d'une justice en crise. La défiance croissante des citoyens envers l'institution judiciaire en est un exemple. Une étude de l'institut CSA (Consumer Science & Analytics) réalisée en 2021, reprise par le rapport des États généraux de la justice en 2023,⁹ montre que 67 % des personnes interrogées estiment que la justice est opaque ou « plutôt opaque ». Ce même rapport met l'accent sur un objectif phare : « Une clarification du rôle de la justice dans la société et vis-à-vis des autres acteurs institutionnels ». La complexité du langage juridique perçue par les justiciables renforce le sentiment de manque de transparence. Ce constat s'étend au-delà des frontières françaises. En effet, un sondage réalisé sur internet par le Conseil supérieur de la Justice belge en 2016 démontre que pour 86 % des répondants, le langage judiciaire est insuffisamment clair.¹⁰ Ces problématiques pourraient ainsi justifier la multiplication des recours au Legal Design afin de faire connaître au plus grand nombre le fonctionnement des institutions juridictionnelles ou bien le sens des décisions de justice.

II. Un moyen efficace et humanisant

De par ses ambitions, le Legal Design limiterait le risque de contentieux, bien qu'il n'existe pas encore de statistiques précises permettant de l'apprécier. Il offre une meilleure connaissance des normes juridiques et des conséquences de leur violation : il contribue donc à une meilleure accessibilité et intelligibilité du droit. À titre d'illustration, 91 % des conditions générales de vente sont signées à l'aveugle.¹¹ Or un engagement dépourvu de consentement éclairé est un facteur non négligeable de risque de contentieux. Le Legal Design pourrait en conséquence contribuer à jouer en faveur du désengorgement des tribunaux.

Dans un second temps, cette pratique innovante vise à servir l'exigence d'efficacité de la justice. En vertu de l'article 6 de la Convention Européenne des Droits de l'Homme, toute personne a droit à ce que sa cause soit entendue dans un délai raisonnable. Toutefois, les juridictions peinent à faire

⁸ Décision n° 99-421 DC du 16 décembre 1999

⁹ Rapport du Comité des États Généraux de la Justice, *Rendre Justice aux Citoyens* (Ministère de la Justice, Avril 2022) 69

¹⁰ Conseil Supérieur de la Justice, *Projet Épices: Le langage clair au menu du judiciaire* (CSJ, 2018)

¹¹ 'D'un besoin d'intelligibilité du droit à une évolution du monde juridique par le Legal Design' *Juri'Predis* (24 June 2020)

face à cette exigence face au nombre conséquent d'affaires nouvelles introduites chaque année. À titre d'illustration, le site du Ministère de la Justice recensait près de 1 453 000 affaires nouvelles portées devant les tribunaux judiciaires en 2022 (hors chambres commerciales, tribunaux de commerce et ruptures d'union), en augmentation par rapport à l'année précédente.¹² Outre le volume important d'affaires introduites chaque année, certains litiges tendent à perdurer en raison de la longueur et de la technicité des actes de procédures — assignations et conclusions — qui en complexifient leur lecture. Chez les avocats et juristes, un certain constat gravitant autour de cette problématique est partagé. La fondatrice de l'agence Just Cause — agence spécialisée dans la production de Legal Design et dans la formation de cette méthode — Ghislaine Brenas énonce que « plus personne ne lit intégralement ce que l'on écrit, ni les clients, ni les magistrats ». ¹³ Cette analyse recoupe celle de la fondatrice du cabinet Sagan Avocats, Alexandra Sabbe Ferri, qui s'interroge : « Qui lit encore (...) des conclusions de 40 pages ? ». ¹⁴ Le juge a donc besoin de trouver et de comprendre rapidement les informations pertinentes et l'argumentation qui fonde les prétentions. Le Legal Design pourrait en conséquence aider le juge à avoir une connaissance complète des moyens formulés dans de plus brefs délais .

Enfin, il s'agit d'une pratique humanisante. Dans sa fonction informative, elle accorde une place primordiale aux justiciables. Elle est notamment utilisée par les juristes afin d'explicitier le sens des décisions de justice. L'exercice consiste alors pour les professionnels du Droit à faire preuve de pédagogie afin de transmettre une information efficace et synthétique aux citoyens. De plus en plus d'acteurs mettent en œuvre cette pratique, tant dans le secteur privé que public. C'est notamment le cas du directeur juridique du département de la Vendée, Dany Gilbert, qui a vu les retombées positives se multiplier depuis l'adoption du Legal Design par le service en raison de la clarté des solutions juridiques. ¹⁵

Le Legal Design est une piste méritant donc d'être explorée, malgré le fait que cette pratique trouve ses détracteurs.

¹² Ministère de la Justice, *Chiffres clés de la justice, Édition 2023* (Ministère de la Justice, 2023)

¹³ Florence Creux-Thomas, 'Le legal design, gadget ou opportunités pour les avocats?' *La Semaine Juridique - Edition Générale* (16 December 2019, no 51) 1321

¹⁴ *ibid*

¹⁵ Cassandre Tinebra, 'Pourquoi le Legal Design est-il un outil incontournable pour les professionnels du droit ?' (*Village de la Justice*, 4 January 2024)

III. Un scepticisme persistant mais non invincible quant à l'ambition projetée

Certains praticiens du droit s'interrogent sur l'intérêt d'intégrer le Legal Design dans la pratique juridique. Le professeur Bruno Dondero, par exemple, a exprimé des réserves à ce sujet, estimant que « si le juriste est celui qui parcourt les chemins du droit et qui guide autrui sur ces chemins, on ne voit pas comment il pourrait dans le même temps faire preuve de créativité ».¹⁶ L'idée selon laquelle le juriste doit se conformer à un jargon spécifique, seul intelligible par lui, persiste toujours. Cependant, la discipline connaît un essor grandissant, tant dans le cadre de l'enseignement universitaire que dans la pratique professionnelle. Cet intérêt croissant accordé au Legal Design témoigne ainsi d'un certain changement des mentalités. En outre, il existe une crainte au sujet d'un « Legal Design orienté ».¹⁷ C'est en effet le praticien — concepteur du design — qui maîtrise l'information et qui choisit d'en rendre une partie accessible ou non. Néanmoins, ce qui est perçu comme un danger pourrait constituer une force dans une phase contentieuse. Ayant établi sa stratégie, l'avocat défend l'application de la règle de droit au litige qui est la plus favorable à son client. Dans cette optique, le Legal Design pourrait constituer un instrument efficace au service de sa capacité argumentative.

Au-delà des doutes relatifs à l'efficacité de cette pratique, d'autres obstacles matériels viennent se heurter à sa pérennité. Le Legal Design soulève tout d'abord une problématique financière. En effet, il faut former les juristes à cette pratique ou bien embaucher des praticiens pourvus d'une double compétence. Or, cette discipline n'étant pas encore pleinement répandue, cette double fonction est assez rare ; cette main-d'œuvre qualifiée est donc assez onéreuse.

Enfin, le Legal Design est souvent assimilé à une pratique chronophage. Même si les initiations à cette pratique commencent à émerger, elles sont encore loin d'être le principe au sein des facultés de droit françaises. Rares sont donc les juristes qui la maîtrisent au moment de leur entrée dans le monde du travail. S'ils désirent s'y pencher de plus près ultérieurement, ils doivent prendre le temps de se former. Or dans un contexte de justice en crise, le temps est précieux, tant pour les

¹⁶ Bruno Dondero, « La créativité et les juristes », Cahiers de Droit de l'Entreprise, n° 5 Sept 2016, dossier 46

¹⁷ Bruno Dondero, Legal design. - Parler de design à propos du droit a-t-il un sens ? La Semaine Juridique Edition Générale, n° 4, Janvier 2019

juges que les avocats. Il en va de même pour les entreprises qui ont souvent des contraintes de calendrier très fortes. Toutefois, il peut être argué que le Legal Design pourrait ultérieurement constituer un gain de temps. Cette pratique assure une meilleure intelligibilité de la règle de droit et donc génère potentiellement moins d'incompréhensions de la part des justiciables, des partenaires d'affaires ainsi que des salariés. Les avocats et les conseils d'entreprises pourraient donc gagner un certain temps, car leurs clients auraient moins d'interrogations.

La RegTech comme nouvelle technologie au service de la conformité

Alexane Gille

Étudiante en LLM Droit international des affaires à l'Université Paris-Panthéon-Assas, spécialiste en conformité réglementaire

Introduction

Les obligations liées à la conformité, souvent désignées sous le terme de *compliance*, sont de plus en plus répandues à travers le monde. Ce qui a commencé comme une législation non contraignante (*soft law*) est progressivement devenu du droit contraignant (*hard law*) avec des lois telles que la loi Sapin 2 en France, le *Foreign Corrupt Practices Act* aux États-Unis (loi sur les pratiques de corruption à l'étranger, soit FCPA par ses sigles en anglais) et, plus récemment, le devoir de vigilance en France. Ces règles imposent aux entreprises de se conformer aux normes légales et sociales, non seulement pour leurs propres opérations, mais aussi pour surveiller en permanence leurs fournisseurs et filiales. Cela fait de la conformité réglementaire un secteur en pleine expansion, occupant désormais une place cruciale au sein des entreprises, qu'elle opère dans le secteur financier ou dans d'autres secteurs d'activité.

Les lois et sanctions à l'encontre des entreprises deviennent de plus en plus strictes, exigeant une vigilance constante. Ces règles évoluent en permanence pour s'adapter à de nouvelles réalités et visent à garantir la transparence, la protection des consommateurs, la sécurité des données et la préservation de l'environnement, tous essentiels à la bonne gouvernance et à la responsabilité sociale des entreprises. Cependant, la diligence raisonnable (*due diligence*) doit être menée de manière continue par les entreprises, et se conformer à ces exigences réglementaires représente un défi majeur pour les entreprises, nécessitant des ressources significatives en temps, argent et main-d'œuvre.

C'est dans ce contexte que le concept émergent de RegTech, ou technologies réglementaires, prend tout son sens. La RegTech fait référence à l'utilisation de technologies innovantes telles que l'intelligence artificielle, l'automatisation, l'analyse des données et la blockchain pour aider les entreprises à se conformer aux exigences réglementaires de manière plus efficace et agile.¹ Dans cet article, nous explorerons en détail le rôle de la RegTech comme technologie innovante pour relever les défis de conformité dans les entreprises (I), tout en examinant ses avantages (II) et ses perspectives pour le futur (III).

¹ 'Qu'est-ce qu'une RegTech ?' (*Utocat*, 7 July 2021)

I. Les défis des entreprises face à la conformité réglementaire

Les entreprises sont confrontées à divers défis pour mettre en œuvre des mesures visant à respecter les règles de conformité réglementaire.

Le premier défi majeur réside dans la diversité des règles dynamiques et internationales. Puisque les industries s'élargissent et se spécialisent, les entreprises doivent mettre en place des programmes de conformité complexes, qui exigent une coordination entre plusieurs départements. À ce problème s'ajoute l'extraterritorialité des normes, qui oblige les entreprises internationales à mettre en place des mécanismes clairs et stricts pour respecter les réglementations des pays où elles opèrent.²

Les conséquences d'un manquement à la conformité comprennent des amendes considérables et un impact négatif sur leur réputation. Par exemple, la banque d'investissement Goldman Sachs a été condamnée par plusieurs régulateurs mondiaux, dont le Département de la Justice (DoJ) américain, à une amende de 2,9 milliards de dollars dans l'affaire 1MDB, relative au blanchiment d'argent du fonds d'investissement malaisien en 2020, en raison de l'application extraterritoriale de la loi FCPA.³ Pour faire face à ces défis, les entreprises se tournent vers des cabinets de conseil spécialisés pour obtenir des informations sur la conformité réglementaire. La situation se complique lorsque ces entreprises doivent garantir une conformité totale et continue aux normes, notamment en raison de l'extraterritorialité de ces règles. Elles doivent ainsi veiller à respecter les normes dans tous les secteurs d'activité internationaux et au sein de toutes les fonctions internes de l'entreprise. Que ce soit pour la chaîne d'approvisionnement, les opérations financières, la *due diligence*, la responsabilité sociétale des entreprises (RSE) ou les rapports extra-financiers, cette exigence rend la surveillance et le respect des cadres réglementaires particulièrement difficiles à maintenir.

² Jay McMahan, Michael Chau, 'Le défi des chefs de la conformité : gérer la réglementation croissante' (*Deloitte Perspectives*)

³ A. Ananthalakshmi and Rozanna Latiff, 'Explainer: Goldman Sachs and its role in the multi-billion-dollar 1MDB scandal' (*Reuters Asian Markets*, 12 October 2023)

Le second défi majeur des entreprises est la gestion des données. Elles doivent garantir la sécurité, la confidentialité et l'intégrité des données tout en se conformant aux exigences réglementaires et en se protégeant contre les cyberattaques.⁴ La conformité réglementaire couvre le cycle de vie des données, incluant leur collecte, leur stockage et leur analyse, en veillant à la gestion d'énormes quantités de données sensibles. En Europe, les entreprises doivent respecter plusieurs réglementations cruciales. Le Règlement Général sur la Protection des Données (RGPD) impose des normes strictes pour la protection des données personnelles, tandis que la Directive sur la Sécurité des Réseaux et Systèmes d'Information (NIS2) renforce la sécurité des infrastructures critiques. Pour le transfert de données personnelles hors de l'Europe, les entreprises peuvent utiliser les clauses contractuelles types comme passeport de protection ou adopter les *Binding Corporate Rules* (BCR soit Règles d'Entreprise Contraignantes) pour assurer une protection uniforme au sein de leurs filiales internationales. Ces mesures sont d'autant plus nécessaires face à l'augmentation des fuites de données, souvent causées par des failles dans la mise en œuvre des protections. Par exemple, l'établissement public Pôle Emploi, aujourd'hui France Travail, a subi une cyberattaque ayant compromis les données de plus de 43 millions de personnes. Cette affaire est actuellement sous enquête par la Commission Nationale de l'Informatique et des Libertés (CNIL) pour vérifier la conformité au RGPD, avec des possibles actions de groupe ou amendes à la clé.

Les sanctions pour non-conformité, telles que les amendes financières, les atteintes à la réputation et les poursuites pénales contre les dirigeants, poussent les entreprises à respecter les réglementations. Pour éviter les erreurs et automatiser les processus, elles se tournent de plus en plus vers les nouvelles technologies. La RegTech joue un rôle clé en aidant les entreprises à identifier rapidement les risques et les obligations tout en optimisant la conformité.

II. Avantages de la RegTech pour les entreprises

Si nous prenons comme référence la loi Sapin 2 pour les sujets de conformité, nous devons mettre en œuvre des politiques, des procédures et des cartographies des risques, ainsi qu'une évaluation

⁴ Sylvie Miet *et al*, 'Les Regtech, un des métiers de la Fintech' (KPMG France, 2019)

des tiers (*due diligence*). Ces actions peuvent bénéficier d'automatisations et de l'aide de technologies telles que la RegTech, qui optimise la gestion des risques.

La RegTech permet d'analyser de gros volumes de données, d'optimiser les processus opérationnels en automatisant les tâches répétitives, en rationalisant les flux de travail et en facilitant la conformité réglementaire en offrant une surveillance en temps réel et une gestion efficace des risques pour faire face aux défis mentionnés en (I).

Certaines solutions RegTech, comme OneTrust, ont été développées pour classer les affaires des clients à l'aide de questionnaires personnalisés selon leur secteur ou activité, et pour émettre des alertes en cas de mise à jour d'une situation de risque. OneTrust permet ainsi aux entreprises de répertorier leurs clients dans une base de données et de détecter des signaux d'alerte critiques dans plusieurs catégories de risques (ex. paiements manqués, nouvelles réglementations sur les données informatiques, etc.). Cette solution automatisée évalue chaque tiers en fonction de la nature et du niveau de risque qu'il présente, envoyant des alertes automatiques pour les situations à risque élevé. Ainsi, les entreprises peuvent gérer plus efficacement les anomalies et les comportements suspects, renforçant leur capacité à prévenir les violations réglementaires et les fraudes tout en s'adaptant aux exigences évolutives et à l'application extraterritoriale des normes.

En effet, l'utilisation de l'intelligence artificielle combinée à l'analyse de *big data* peut aider à identifier et à classer les données sensibles, ainsi qu'à gérer les consentements des utilisateurs. Cette avancée facilite la conformité au RGPD et aux réglementations françaises de lutte contre le blanchiment des capitaux et le financement du terrorisme (LCB/FT).⁵ Si l'on revient à l'exemple de la RegTech de OneTrust, sa solution *Cloud* permet aux entreprises de se conformer aux lois sur la protection des données, telles que le RGPD, tout en automatisant l'analyse des données.

Cependant, ces techniques d'IA ne sont pas encore largement utilisées ; en effet, elles sont en cours de développement et leur utilisation doit être progressive et contrôlée, afin d'éviter les controverses liées notamment à la justice prédictive. C'est pourquoi il est important de voir comment la RegTech pourrait affecter notre futur.

⁵ Commission nationale des sanctions, 'Le dispositif LCB-FT', publications du Ministère de l'économie française

III. Perspectives : la RegTech au service des régulateurs

En France, la Loi n° 2016-1691 du 9 décembre 2016, dite loi Sapin 2, a introduit des obligations importantes pour les entreprises en matière de conformité réglementaire. Cette législation impose des dispositifs clés tels qu'une cartographie des risques, un code de conduite, et un dispositif d'alerte interne, parmi d'autres mesures comme la formation du personnel et le contrôle interne. Ces avancées soulignent l'importance croissante accordée à la conformité. Dans ce contexte, les RegTech émergent comme des outils essentiels pour aider les entreprises à répondre aux défis de la gestion de la conformité et des risques.

Dans le domaine de la conformité, plusieurs instances et organismes peuvent agir en tant que régulateurs, en fonction du secteur d'activité et des risques spécifiques encourus par l'entreprise. Cependant, ces régulateurs se trouvent souvent confrontés à des contraintes de ressources qui limitent leur efficacité. C'est dans ce contexte que la RegTech se présente comme une solution prometteuse, offrant des moyens innovants et technologiques pour aider les régulateurs à franchir les obstacles liés à la supervision. En s'appuyant sur les nouvelles technologies pour soutenir les régulateurs, ces derniers peuvent accomplir leur mission consistant à surveiller le bon fonctionnement du marché financier, à protéger les consommateurs, ou encore à assurer la sécurité des données.

Les régulateurs peuvent recourir aux lanceurs d'alerte, un concept développé par le politicien américain Ralph Nader. Le lanceur d'alerte est une personne qui, de bonne foi et sans contrepartie financière directe, signale des informations concernant des crimes, des délits, des menaces pour l'intérêt général ou des violations de lois, de règlements ou d'engagements internationaux.⁶ Cependant, ils se trouvent souvent dans une position délicate, détenant des informations sensibles et risquant de subir des conséquences sociales importantes telles que la stigmatisation, la rétorsion ou la perte d'opportunités professionnelles.

⁶ 'loi numéro 2022-401 du 21 mars 2022 visant à améliorer la protection des lanceurs d'alerte.

C'est là que l'alternative des *whistlebots* (ou lanceurs d'alertes IA) pourrait intervenir, selon Vivienne Brand, professeure adjointe à l'Université UNSW en Australie.⁷ L'IA ne souffrirait pas de la stigmatisation sociale (jusqu'à présent) et fournirait un jugement impartial sur les questions de conformité. Toutefois, l'algorithme de ces '*whistlebots*' sera fondé uniquement sur des éléments objectifs contextualisés, ce qui ne lui permettra pas, à lui seul, d'éliminer les pratiques commerciales contraires à l'éthique. La subjectivité humaine peut être considérée comme risquée ou déraisonnable par rapport à l'IA, qui choisira une solution différente à un problème donné.⁸

Cependant, il est important de rappeler que l'éthique relève de l'humain, malgré ses imperfections, et qu'elle devrait toujours jouer un rôle fondamental dans la conformité réglementaire. Alors, dans tous les échanges impliquant l'intervention des robots, cette approche risquera-t-elle d'éliminer l'aspect éthique et humain de la prise de décision et de tendre vers une justice prédictive et mathématisée ? Pour l'instant, une solution intermédiaire semble possible, avec une intervention en deux étapes impliquant à la fois l'IA et une vérification humaine ultérieure, afin d'atteindre cet équilibre. Ce qui est certain, c'est que la RegTech jouera un rôle crucial dans l'avenir de la conformité réglementaire.

En conclusion, la RegTech utilise les nouvelles technologies pour aider les entreprises à se conformer aux réglementations et à gérer de vastes quantités de données et les risques qui lui sont associés. Cette approche flexible améliore la gestion interne des sociétés et renforce leur réputation internationalement. Cependant, bien que la RegTech offre des outils puissants pour l'efficacité des processus, elle ne remplace pas le jugement humain. Par exemple, des solutions comme les alertes de OneTrust ou les systèmes de signalement comme Whistlebot peuvent identifier des signaux de risque, mais leur capacité à interpréter ces alertes est limitée, les confinant principalement à la détection de risques plutôt qu'à un traitement complet des cas. Il est donc crucial d'intégrer une validation humaine dans le processus décisionnel. À l'avenir, une collaboration étroite entre les professionnels du droit et les développeurs de technologies restera essentielle pour garantir une conformité efficace tout en respectant les normes éthiques.

⁷ Vivienne Brand, 'CORPORATE WHISTLEBLOWING, SMART REGULATION AND REGTECH: THE COMING OF THE WHISTLEBOT?' (2020) 43(3) UNSW Law Journal

⁸ Nizan G. Packin, *Regtech*, 'Compliance and Technology Judgement Rule' (2018) 93 Chi.-Kent L. Rev. 193.