

# **L'EXTRATERRITORIALITE, LE NUMERIQUE ET LA JUSTICE : NOMMER DES JUGES NUMERIQUES TRANSFRONTALIERS POUR ENONCER LES REGLES DU JEU ? UNE ETUDE PRELIMINAIRE**

**Karen ELTIS**

Professeure titulaire, Faculté de droit, Université d'Ottawa

## **MISE EN CONTEXTE : L'ÉVOLUTION DU RÔLE ET DE LA RESPONSABILITÉ DES PLATEFORMES ET DES INTERMÉDIAIRES**

Lors d'une conférence portant sur l'intelligence artificielle (IA) à Ottawa en mars 2018, l'honorable Juge Rothstein déclarait qu'à l'ère numérique d'aujourd'hui, la question du rôle des tribunaux canadiens et de la pertinence du cadre normatif actuel était la plus importante de ce siècle<sup>1</sup>. Ce texte s'y attarde ; il présente un premier survol du sujet dans le but d'y apporter un éclairage préliminaire afin de susciter des réflexions communes sur la question dans l'optique du droit comparé.

Particulièrement, ce texte se penche sur la question de l'usurpation (involontaire) du rôle des tribunaux nationaux (canadiens, par exemple) par des plateformes multinationales déployant l'intelligence artificielle. À cet égard et à titre de première réflexion, les questions suscitées par cet article ne portent pas uniquement sur le contenu que les tribunaux devraient potentiellement limiter sur Internet, mais à plus forte raison sur qui sera l'arbitre du choix de ce contenu. Subsidiairement, cet article débattera de l'usage responsable de l'intelligence artificielle par les tribunaux dans l'ère de l'automatisation. Il va sans dire que des interrogations sur les droits constitutionnels des justiciables et sur la légitimité démocratique de telles décisions s'imposent.

À la lumière de l'érosion graduelle de l'application du droit étatique (*Douez c. Facebook Inc.*) et de la juridiction des tribunaux étatiques dans l'ère numérique (*Google Inc. c. Equustek Solutions Inc.*), au péril des droits constitutionnels, le projet invite la justice canadienne à encadrer l'usage de l'intelligence artificielle en s'inspirant du modèle européen.

---

<sup>1</sup> M. ROTHSTEIN, Allocution d'ouverture, Colloque de la Revue de droit d'Ottawa 2018 : Nouvelles orientations en droit et technologie, présentée à l'Université d'Ottawa, 7 mars 2018 [non publiée].

Suite au scandale *Cambridge Analytica*<sup>2</sup> et à l'entrée en vigueur en mai 2018 du *Règlement général sur la protection des données* (RGPD, ou *GDPR en anglais*<sup>3</sup>), les questions prolifèrent quant à la responsabilité des plateformes et des Etats en ce qui concerne certains contenus – particulièrement les « fausses nouvelles »<sup>4</sup>, incitations à la haine et autres – et les normes qui les encadrent sur le plan transfrontalier en ligne. Comme l'explique Jonathan Zittrain, en comparant le rôle des plateformes de publication en ligne à celui des journaux traditionnels :

« *The platforms were free to structure their moderation and editing of comments as they pleased, without a traditional newspaper's framework in which to undertake editing was to bear responsibility for what was published. If the New York Times included a letter to the editor that defamed someone, the Times would be vulnerable to a lawsuit [...]. Not so for online content portals that welcome comments from anywhere - including the online version of the New York Times* »<sup>5</sup>.

Selon Zittrain, ne s'applique plus la rationalité sous-jacente à l'exemption des plateformes en ligne à la responsabilité d'un éditeur qui supervise le contenu qu'il publie. Cela s'explique visiblement par le fait que l'industrie des plateformes de publication a « dépassé l'âge » (« *an infant industry has grown up* »<sup>6</sup>), suscitant la remise en question progressive de leur immunité<sup>7</sup> et de la doctrine du « marché des idées »<sup>8</sup>.

Reconnaissant qu'Internet a effectivement ébranlé le paradigme autrefois sacré du « marché des idées »<sup>9</sup>, Facebook et d'autres plateformes s'engagent dorénavant à supprimer les « formes pernicieuses de harcèlement »<sup>10</sup> ainsi que les sites de « fausses nouvelles »<sup>11</sup>, et à protéger davantage la vie privée<sup>12</sup>.

<sup>2</sup> D. KELLER, « Internet Platforms: Observations on Speech, Danger, and Money », *Aegis Paper Series*, n° 1807, Hoover Institution, Stanford University, 13 juin 2018.

<sup>3</sup> Règlement (UE) 2016/679 du Parlement européen et du Conseil relatif à la protection des personnes physiques à l'égard du traitement des données à caractère personnel et à la libre circulation de ces données, et abrogeant la directive 95/46/CE (règlement général sur la protection des données), 27 avril 2016, *Journal officiel de l'Union européenne* L 119/1, 4 mai 2016, pp. 1-88.

<sup>4</sup> D. KELLER, « Internet Platforms: Observations on Speech, Danger, and Money », *op. cit.* note 2.

<sup>5</sup> J. ZITTRAIN, « CDA 230 Then and Now: Does Intermediary Immunity Keep the Rest of Us Healthy ? », publié dans le cadre d'une série d'essais par E. GOLDMAN et J. KOSSEFF en commémoration du 20<sup>ème</sup> anniversaire de la décision *Zeran c. AOL*, disponible sur LexisNexis (10 nov. 2017) ou en ligne (31 août 2018) à : <https://blogs.harvard.edu/jzwrites/2018/08/31/cda-230-then-and-now/>.

<sup>6</sup> D. KELLER, « Internet Platforms: Observations on Speech, Danger, and Money », *op. cit.* note 2.

<sup>7</sup> K. ELTIS et P. TRUDEL, *Rapport Canadien : Le déréférencement à l'ère numérique – une approche hybride pour faire le pont entre la vision européenne et américaine du « droit à l'oubli »*, Congrès de Fukuoka 2018, rapport présenté à l'Académie internationale de droit comparé.

<sup>8</sup> J.M. BALKIN, « Information Fiduciaries and the First Amendment », *University of California Davis Law Review*, vol. 49, no. 4, avril 2016, p. 1183.

<sup>9</sup> T. WU, « Is the First Amendment Obsolete? », *Knight First Amendment Institute*, Columbia University, sept. 2017.

<sup>10</sup> D. CITRON et Q. JURECIC, « Platform Justice: Content Moderation at an Inflection Point », *Aegis Paper Series*, n° 1811, Hoover Institution, Stanford University, 5 sept. 2018.

<sup>11</sup> Commission européenne, *Déclaration de la Commissaire Gabriel sur le Code de pratique contre la désinformation en ligne*, STATEMENT/18/5914, 26 sept. 2018, Bruxelles, disponible sur : [https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/fr/STATEMENT\\_18\\_5914](https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/fr/STATEMENT_18_5914) (déclaration signée, parmi d'autres, par Google, Facebook, Twitter, Mozilla).

## TITRE DU COLLOQUE

Le fondateur et chef de la direction de Facebook, Marc Zuckerberg, écrivait d'ailleurs : « *we have a responsibility to keep people safe on our services. [...] Internet companies should be accountable for enforcing standards on harmful content* »<sup>13</sup>.

C'est ainsi que les compagnies américaines privées ont accepté – bien qu'à contrecœur – le rôle d'arbitres de la libre expression transfrontalière<sup>14</sup>. Elles forment maintenant des « juges », parfois automatisés, qui se prévalent de plus en plus de l'intelligence artificielle pour limiter les contenus potentiellement offensants, haineux<sup>15</sup>, dangereux<sup>16</sup> ou illégaux, selon les cadres étatiques pertinents<sup>17</sup>.

### I. LE REcul DU CONTRÔLE JUDICIAIRE – ET DE L'APPLICATION DES PRINCIPES JURIDIQUES EXISTANTS – SUR LE CONTENU EN LIGNE

En Amérique du Nord, conçu en tant que rempart contre les abus du gouvernement, le cadre normatif pertinent des droits de la personne de la période d'après-guerre confirme le rôle des tribunaux en tant que gardiens de la démocratie<sup>18</sup>. Précisons pour ce faire que les critères d'attribution de juridiction et de compétence des tribunaux – et en conséquence du droit substantif comme tel – ont historiquement été définis en fonction de notions territoriales, la normativité se rattachant généralement à un espace physique donné<sup>19</sup>. Même si l'examen détaillé de ces notions fondamentales de droit international privé dépasse de loin le cadre de cet article, notons que le cyberspace connaît rarement de frontières physiques et remet donc en question ce lien que le droit a

<sup>12</sup> M. ISAAC, « Facebook's Mark Zuckerberg Says He'll Shift Focus to Users' Privacy », *The New York Times*, 6 mars 2019.

<sup>13</sup> M. ZUCKERBERG, « Mark Zuckerberg: The Internet Needs New Rules. Let's Start in These Four Areas », *The Washington Post*, 30 mars 2019.

<sup>14</sup> K. ELTIS, « Inadvertently Appointing Digital Judges? A Canadian Perspective on Restricting Speech and Social Media », *The Federmann Cyber Security Center – Cyber Law Program*, 26 oct. 2017.

<sup>15</sup> W. KNIGHT, « Three Problems with Facebook's Plan to Kill Hate Speech Using AI », *MIT Technology Review*, 12 avril 2018.

<sup>16</sup> D. KELLER, « Don't Force Google to Export Other Countries' Laws », *The New York Times*, 10 sept. 2018 ; D. KELLER, « Internet Platforms: Observations on Speech, Danger, and Money », *op. cit.* note 2.

<sup>17</sup> Dans tous les cas, pour l'instant, l'IA ne sert qu'à identifier le contenu potentiellement publié en violation des codes des plateformes mentionnées ; des humains prennent ensuite la décision. V. par ex. G. DE VYNCK et J. KAHN, « Google AI Struggles to Keep Mosque Shooting Clip Off YouTube », *Bloomberg*, 15 mars 2019 ; K. HAO, « Even the Best AI for Spotting Fake News is Still Terrible », *MIT Technology Review*, 3 oct. 2018 ; Youtube, « More Information, Faster Removals, More People – an Update on What We're Doing to Enforce YouTube's Community Guidelines », *Official Blog*, 23 avril 2018 ; M. BERGEN et A. ITO, « Inside YouTube's Battle Against the Internet's Darkest Corners », *Bloomberg*, 31 mars 2017 ; C. GRIFFITH, « YouTube Protects Copyright With Artificial Intelligence », *The Australian Business Review*, 28 nov. 2016 ; J.P. TITLOW, « YouTube is Using AI to Police Copyright - To the Tune of \$2 Billion in Payouts », *Fast Company*, 13 juil. 2016.

<sup>18</sup> L. COHEN-TANUGI, *Le droit sans l'Etat*, Paris, Presses universitaires de France, 2007, Chapitre III, pp. 39 et s.

<sup>19</sup> Y. SHANY, *Regulating Jurisdictional Relations between National and International Courts*, Oxford, Oxford University Press, 2007, 254 p.

toujours pris pour acquis<sup>20</sup>. Comme le démontre si bien l'arrêt *Douez c. Facebook Inc.* (2017)<sup>21</sup>, cette réalité entraîne un risque d'une certaine perte de pertinence de nos tribunaux, voire même de nos lois et politiques publiques canadiennes, car ces dernières risquent de ne pas s'appliquer à des « cyber relations » transfrontalières, comme l'illustre le cas de la loi C-76 sur la publicité pré-électorale<sup>22</sup>.

La perte de contrôle préoccupante de la justice canadienne sur les publications en ligne se remarque facilement dans un contexte de distribution instantanée des correspondances, qui permet à quiconque de communiquer (souvent de manière anonyme) des pensées aléatoires bien au-delà de ses frontières, en général sans la possibilité de corriger ou de rétracter la rediffusion ultérieure. De plus, une culture de ce genre peut créer une « situation dans laquelle des dizaines de millions de personnes écoutent des échos de leur propre voix qui renforcent leurs préjugés, ainsi que des "demi-vérités" »<sup>23</sup>.

La graduelle perte de contrôle des tribunaux nationaux sur la communication numérique et sur l'application du cadre normatif étatique transparaît dans l'arrêt *Douez c. Facebook Inc.*, où la Cour suprême du Canada considère une clause d'élection de for en Californie dans le contrat d'adhésion à Facebook signé mondialement par les utilisateurs :

« Pareille [adaptation progressive de la *common law* à une situation différente] importe particulièrement dans la mesure où les contrats de consommation conclus en ligne sont légion et où la portée mondiale d'Internet permet la conclusion instantanée d'opérations transfrontalières avec des consommateurs. Il est nécessaire de faire en sorte que le droit international privé "suive l'évolution et le dynamisme de la société" (*R. c. Salituro*, [1991] 3 R.C.S. 654, p. 670) »<sup>24</sup>.

<sup>20</sup> Remarquons tout de même la tentative de donner un aspect extraterritorial à certaines dispositions des lois canadiennes (y compris du Code criminel) afin de protéger les citoyens. Par exemple, grâce aux dispositions de la Loi sur la protection des renseignements personnels et les documents électroniques (LC 2000, c 5) le Commissariat à la protection de la vie privée du Canada put enquêter sur des pratiques d'une filiale canadienne ainsi que de sa société-mère étrangère, lesquelles pratiques contrevenaient aux lois canadiennes relatives à la protection de la vie privée et des renseignements personnels : Commissariat à la protection de la vie privée du Canada, *Enquête sur la conformité d'Equifax Inc. et d'Equifax Canada à la LPRPDE à la suite de l'atteinte à la sécurité des renseignements personnels en 2017, Rapport de conclusions d'enquête en vertu de la LPRPDE n° 2019-001*, 9 avril 2019, § 15. Cette même enquête démontrait les défis auxquels font face les entreprises privées quant à la collecte, le stockage, la protection et l'utilisation des données des canadiens, à l'intérieur ou à l'extérieur du territoire canadien. Ces défis seront aussi, sinon plus, importants dans le contexte de l'intelligence artificielle nécessitant d'énormes quantités de données spécifiques à la population étudiée pour son apprentissage.

<sup>21</sup> Cour suprême du Canada, *Douez c Facebook Inc.*, 2017 CSC 33, n° 36616.

<sup>22</sup> Loi modifiant la Loi électorale du Canada et d'autres lois et apportant des modifications corrélatives à d'autres textes législatifs, PL C-76, 1<sup>ère</sup> session, 42<sup>ème</sup> législature, sanctionnée le 13 déc. 2018, art. 401.

<sup>23</sup> C.R. SUNSTEIN, *Republic.Com*, Princeton, New Jersey, Princeton University Press, 2001, p. 16 (traduction libre).

<sup>24</sup> Cour suprême du Canada, *Douez c Facebook Inc.*, préc. note 21, extraits des motifs des juges Karakatsanis, Wagner et Gascon, § 36.

## TITRE DU COLLOQUE

Combinée à l'expansion des communications en ligne, cette problématique internationale a été explicitement reconnue par la Cour suprême dans les arrêts clés *Google Inc. c. Equustek Solutions Inc.* (2017)<sup>25</sup> et *Haareetz.com c. Goldhar* (2018)<sup>26</sup>. Dans ce dernier, la Cour contextualisait :

« Le présent pourvoi porte sur les règles relatives à la déclaration et à l'exercice de la compétence dans le contexte d'une action en diffamation touchant plusieurs ressorts. Bien que ces types d'actions ne soient pas nouveaux, l'augmentation exponentielle du nombre de publications sur Internet touchant plusieurs ressorts fait craindre de plus en plus le tourisme diffamatoire et la possibilité qu'un nombre illimité de tribunaux se déclarent compétents »<sup>27</sup>.

Cette incertitude juridictionnelle crée un vide occupé *de facto* par des acteurs privés américains chargés de déterminer, de manière *ad hoc*, les limites de la liberté d'expression et autres droits constitutionnels, qui ne résident plus exclusivement dans les instances de l'Etat<sup>28</sup>. A l'ère numérique, des parties privées (dites « "responsables du traitement" des données à caractère personnel »<sup>29</sup>) sont devenues, du fait de leur influence internationale, les arbitres involontaires du discours public à l'échelle globale, chacune des parties privées appliquant ses propres standards<sup>30</sup>, et ce dans l'absence de balises précises, de transparence ou de reddition de comptes.

Plus concrètement, l'arrêt *Equustek* précité<sup>31</sup> illustre parfaitement ce problème épineux. Dans cette cause, la Cour suprême a confirmé une injonction intimant à Google de désindexer des sites Web où étaient enfreints certains droits d'auteurs (*inter alia*) sur l'échelle globale, notant :

« [L]e problème en l'espèce se pose en ligne et à l'échelle mondiale. L'Internet n'a pas de frontières – son habitat naturel est mondial. La seule façon de s'assurer que l'injonction interlocutoire a atteint son objectif est de la faire appliquer là où Google exerce ses activités, c'est-à-dire mondialement »<sup>32</sup>.

En comparaison, la dissidence considérait cette injonction « inefficace »<sup>33</sup>, expliquant :

« Comme le souligne Google, on peut trouver les sites Web de Datalink à l'aide d'autres moteurs de recherche, de liens d'autres sites, de signets, de courriels, de médias sociaux, de documents imprimés, du bouche à oreille ou d'autres moyens

<sup>25</sup> Cour suprême du Canada, *Google Inc. c. Equustek Solutions Inc.*, 2017 CSC 34, n° 36602.

<sup>26</sup> Cour suprême du Canada, *Haareetz.com c. Goldhar*, 2018 CSC 28, n° 37202.

<sup>27</sup> *Ibid.*, § 1.

<sup>28</sup> Cour suprême du Canada, *Douez c. Facebook Inc.*, préc. note 21.

<sup>29</sup> En anglais, « "controller" in respect of the processing of personal data » pour le cas de Google comme opérateur du moteur de recherche du même nom, dans un cas de droit à l'oubli (« right to be forgotten ») : Cour de justice de l'Union européenne, Grande Chambre, *Google Spain c. AEPD et Mario Costeja González*, arrêt du 13 mai 2014, aff. C-131/12, §§ 32-41.

<sup>30</sup> M. ZUCKERBERG, « Mark Zuckerberg: The Internet Needs New Rules. Let's Start in These Four Areas », préc. note 13 : « *Lawmakers often tell me we have too much power over speech, and frankly I agree. [...] It's impossible to remove all harmful content from the Internet, but when people use dozens of different sharing services — all with their own policies and processes — we need a more standardized approach* ».

<sup>31</sup> Cour suprême du Canada, *Google Inc. c. Equustek Solutions Inc.*, préc. note 25.

<sup>32</sup> *Ibid.*, § 41.

<sup>33</sup> *Ibid.*, § 78.

indirects. Peu importe s'ils apparaissent ou non dans les résultats d'une recherche sur Google, les sites Web de Datalink sont néanmoins accessibles aux clients potentiels sur Internet »<sup>34</sup>.

La suite démontre que la cause de l'échec de l'injonction est son aspect extraterritorial et international : quelques mois plus tard, une cour de district de la Californie a « renversé » la décision canadienne – ou en d'autres termes, a sanctionné le non-respect de cette injonction canadienne sur son territoire – nonobstant la décision précitée et le fait que « l'arrêt de la Cour suprême du Canada avait de toute évidence une portée extraterritoriale, ce qui évitait de devoir faire *exécuter* cette décision devant un tribunal étranger »<sup>35</sup>.

Faisant preuve de cette tendance inquiétante à faire abstraction de normes étatiques en matière de cyberspace et de cette perte de contrôle des tribunaux sur les plateformes transfrontalières, Google a récemment annoncé son inhabilité à se conformer aux exigences de la loi canadienne C-76 sur la publicité pré-électorale<sup>36</sup>, jugeant trop onéreux<sup>37</sup> les fardeaux juridique et opérationnel reliés aux rapports et archives des publicités électorales. De la même manière, Twitter a récemment démontré qu'elle rencontrait des difficultés à appliquer une loi française similaire<sup>38</sup>.

Il importe de souligner que cela a un impact plus large et de plus en plus significatif sur la gouvernance démocratique, atteignant un point tel que des chercheurs américains ont noté que Facebook aurait facilement pu changer le résultat des élections présidentielles controversées en 2000 (Bush c. Gore) simplement en contrôlant l'envoi des rappels (dits « *nudges* ») et des nouvelles personnalisées<sup>39</sup>. La même question se posait quant à l'influence de la dissémination et du triage de nouvelles sur les élections de 2016 (Trump c. Clinton)<sup>40</sup> ainsi que l'influence des médias sociaux sur d'autres élections récentes en Europe et au-delà<sup>41</sup>.

<sup>34</sup> *Ibid.*, § 79, extrait de la dissidence par les juges Côté et Rowe.

<sup>35</sup> R.S. MACKENDRICK, C. LOVRICS, et T.C. WINEGUST, « Un tribunal américain vient-il de faire fi de la décision de la Cour suprême du Canada ordonnant le délistage de l'ensemble des sites Web d'un distributeur? » commentaire de l'affaire *Google Inc. c Equustek Solutions Inc.* par trois avocats de Bereskin & Parr SENCRL, 3 nov. 2017, disponible sur : <https://fr.bereskinparr.com/doc/untribunal-am-ricain-vient-il-de-faire-fi-de-la-d-cision-de-la-cour-supr-me-du-canada-ordonnant-le>.

<sup>36</sup> Loi modifiant la Loi électorale du Canada et d'autres lois et apportant des modifications corrélatives à d'autres textes législatifs, *supra* note 22.

<sup>37</sup> M. MOON, « Google Canada Will Ban Political Ads Before This Year's Elections », Engadget, 5 mars 2019.

<sup>38</sup> « Twitter a refusé une pub du gouvernement français, afin de respecter la loi 'relative à la manipulation de l'information' », *Le Monde*, 2 avril 2019.

<sup>39</sup> H. GRASSEGER, « Facebook Says Its "Voter Button" Is Good for Turnout. But Should the Tech Giant Be Nudging Us at All? », *The Guardian*, 15 avril 2018.

<sup>40</sup> A. BLAKE, « A New Study Suggests Fake News Might Have Won Donald Trump the 2016 Election », *The Washington Post*, 3 avril 2018 ; R. GUNTHER, P.A. BECK, et E.C. NISBET, « Fake News May Have Contributed to Trump's 2016 Victory », mars 2018 (non publié, archivé par la Ohio State University) ; P. BUMP, « All the Ways Trump's Campaign Was Aided by Facebook, Ranked by Importance », *The Washington Post*, 22 mars 2018 ; A. BOVET et H.A. MAKSE, « Influence of Fake News in Twitter during the 2016 US Presidential Election », *Nature Communications*, n° 10, article n° 7, 2 jan. 2019.

<sup>41</sup> V. par ex., sur le Brexit en 2016 : M. GRČAR, D. CHEREPNALKOSKI, I. MOZETIČ, et P. KRALJ NOVAK, « Stance and Influence of Twitter Users Regarding the Brexit Referendum », *Computational Social*

## A. L'automatisation de la justice et l'emploi de l'intelligence artificielle par les tribunaux : à la boîte noire le pouvoir de juger ?

Somme toute, constatons qu'Internet a démocratisé l'expression individuelle, permettant à un public beaucoup plus large et diversifié de s'exprimer, sans contrainte liée aux moyens financiers. Cependant, contrairement à leurs prédécesseurs, ces nouvelles sources de communication sont progressivement soumises au contrôle *ad hoc*, obscur, et arbitraire<sup>42</sup> de l'intelligence artificielle déployée par des compagnies américaines. Il y a quelques années, Peter Barron, responsable des communications de Google UK, avait lui-même confié à BBC News que la société « apprenait en faisant » (« *we're "learning as we go"* »)<sup>43</sup>, adoptant inévitablement une approche *ad hoc* du jugement et de son exécution. Une autre remarque édifiante semble confirmer cette incertitude dans le cadre des demandes faites à ces entreprises par des membres du public pour corriger des inexactitudes à leur sujet ou faire valoir leur droit à l'oubli : « *[n]o one really knows what the criteria is [...]. So far, we're getting a lot of noes. It's a complete no man's land* »<sup>44</sup>. Il semble que la transparence et la reddition de comptes ne sont pas faciles à cultiver lorsqu'on laisse la pondération de délicates valeurs constitutionnelles à des acteurs privés étrangers et possiblement réticents à juger.

Ainsi, dans le contexte numérique international, les entreprises privées américaines, se substituant *de facto* aux tribunaux, s'approprient le pouvoir d'enfreindre ou de faire respecter les valeurs constitutionnelles, y compris la liberté d'expression et autres droits démocratiques. Ce faisant, elles se servent progressivement de l'intelligence artificielle pour accomplir cette tâche délicate normalement réservée aux cours nationales constitutionnelles.

---

*Network*, vol. 4(1), no. 6, 24 juil. 2017. Voir aussi les efforts de prévention et d'adaptation en vue des élections de mai 2019 pour l'Union européenne : Commission européenne, Haute représentante de l'Union pour les affaires étrangères et la politique de sécurité, *Plan d'action contre la désinformation (Communication conjointe au Parlement européen, au Conseil européen, au Conseil, au Comité économique et social européen et au comité des Régions)*, 5 déc. 2018 ; Commission européenne, *Déclaration de la Commissaire Gabriel sur le Code de pratique contre la désinformation en ligne*, préc. note 11 ; L. CERULUS, « Brussels Tells Social Media Giants to Delete Russian Trolls: European Commission Seeks to Stop Disinformation Ahead of EU Election », *Politico*, 5 déc. 2018.

<sup>42</sup> Chaque compagnie appliquant ses propres standards et politiques, et semblant les adapter en fonction de la réaction de leurs clients et du public.

<sup>43</sup> D. LEE, « Google Reinstates "Forgotten" Links After Pressure », *BBC News*, 4 juil. 2014.

<sup>44</sup> S. WADSWORTH, un directeur général d'Igniyte, une agence britannique de réputation en ligne, à propos du rejet par Google de la quasi-totalité de ses demandes reliées à la réputation en ligne de ses clients, cité dans : M. SCOTT, « European Companies See Opportunity in the 'Right to Be Forgotten' », *The New York Times*, 8 juil. 2014. Il semblerait que Google n'est pas la seule entreprise à « expérimenter » : « *When we announced the ability to seek re-review of content removals, we also said that we would like to set up a system where users can provide more information and context on decisions that they think we got wrong. Along these lines, we are currently experimenting with the best ways to solicit context from users.* » (Lettre de Facebook en réponse à The Santa Clara Principles, « An Open Letter To Mark Zuckerberg : The World's Freedom of Expression is in Your Hands », en ligne, disponible sur : <https://santaclaraprinciples.org/open-letter/#response>).

Les effets négatifs d'une telle liberté de développement et d'utilisation de l'IA en l'absence d'encadrement juridique ou éthique se font déjà ressentir aux Etats-Unis, et ont notamment été identifiés dans différents rapports<sup>45</sup>. Une étude des tendances du développement et de l'utilisation des technologies de l'IA aux Etats-Unis démontre que les valeurs éthiques et les politiques internes ne sont pas suffisantes pour un développement en règle du nouveau pouvoir détenu par ces entreprises<sup>46</sup>. Ces dernières cherchent plutôt à apaiser les autorités administratives européennes suite à l'entrée en vigueur du RGPD/GDPR, échappant effectivement au contrôle judiciaire. Cet état des choses serait particulièrement problématique dans des situations relatives à la publication en ligne de contenu mettant en jeu la vie privée, la réputation, et la liberté d'expression, tels les discours haineux (*Keegstra*)<sup>47</sup> ou dégradants (*Butler*)<sup>48</sup>.

En l'absence de balises étatiques claires ou de coopération en matière de droit international<sup>49</sup>, les acteurs corporatifs assument la fonction de « juges automatisés » ou ce que le New York Times nomme « *corporate custodians of the Internet* »<sup>50</sup>, tels que mis en évidence par les « conseils indépendants » déjà constitués ou en voie de création (Facebook<sup>51</sup>) ayant pour objet de « trancher des appels sur des questions de contenu »<sup>52</sup>. Pour atténuer les contraintes qui découlent inévitablement du nouveau rôle quasi-judiciaire qui leur est attribué *de facto* (par exemple par la Cour de justice de l'Union européenne dans l'arrêt *Costeja*<sup>53</sup>) et afin de développer et d'appliquer un standard au sein d'une même plateforme<sup>54</sup>, les plateformes américaines ont nommé (dans le cas de Twitter et

<sup>45</sup> S.M. WEST, M. WHITTAKER, K. CRAWFORD, *Discriminating Systems : Gender, Race, and Power in AI*, Rapport de recherche, AI Now Institute, avril 2019 ; AI Now Institute, *AI Now Report 2018*, Rapport de recherche, déc. 2018 ; voir aussi le cas de MiDAS : « Chaire Lexum, MiDAS : L'intelligence artificielle devenue juge, jury et bourreau », *Laboratoire de Cyberjustice* (en ligne), 24 juil. 2018.

<sup>46</sup> AI Now Institute, *ibid.*

<sup>47</sup> K. ELTIS, « Hate Speech, Genocide, and Revisiting the "Marketplace of Ideas" in the Digital Age », *Loyola University Chicago Law Journal*, vol. 43, issue 2, 2012, pp. 267-279.

<sup>48</sup> J.-F. GAUDREAU-DESBIENS, « From Sisyphus's Dilemma to Sisyphus's Duty? A Meditation on the Regulation of Hate Propaganda in Relation to Hate Crimes and Genocide », *McGill Law Journal*, vol. 46, 2001, pp. 1117-1137.

<sup>49</sup> Conseil des droits de l'homme des Nations Unies, *Rapport du Rapporteur spécial sur la promotion et la protection du droit à la liberté d'opinion et d'expression*, 38<sup>ème</sup> session, 18 juin - 6 juil. 2018, point 3 de l'ordre du jour, A/HRC/38/35, distribution générale 6 avril 2018 ; Assemblée générale des Nations Unies, *Report of the Special Rapporteur to the General Assembly on Artificial Intelligence technologies and implications for the information environment*, 73<sup>ème</sup> session, 18 sept. 2018, point 74(b) de l'ordre du jour provisoire, A/73/348, 29 août 2018.

<sup>50</sup> « There May Soon Be Three Internets. America's Won't Necessarily Be the Best », *The New York Times*, 15 oct. 2018.

<sup>51</sup> C. NEWTON, « Facebook Will Create an Independent Oversight Group to Review Content Moderation Appeals », *The Verge*, 15 nov. 2018.

<sup>52</sup> J. CONSTINE, « Facebook Will Pass Off Content Policy Appeals to a New Independent Oversight Body », *TechCrunch*, 15 nov. 2018, (traduction libre).

<sup>53</sup> CJUE, Grande Chambre, *Google Spain c. AEPD et Mario Costeja González*, préc. note 29.

<sup>54</sup> M. ZUCKERBERG, « Mark Zuckerberg: The Internet Needs New Rules. Let's Start in These Four Areas », préc. note 13.



## TITRE DU COLLOQUE

Google)<sup>55</sup> ou s'apprêtent à créer (dans le cas de Facebook)<sup>56</sup> des commissions d'experts ayant pour toutes fins pratiques des pouvoirs quasi-judiciaires en ce qui concerne la désindexation et la suppression du contenu.

Dans le cas de Facebook, Marc Zuckerberg semble souhaiter la création de tribunaux privés qui outrepasseraient les cours nationales en matière de cyber contenu et dont les membres seraient nommés par les plateformes privées pour régler le contenu à l'échelle internationale. Il explique :

*« Lawmakers often tell me we have too much power over speech, and frankly I agree. I've come to believe that we shouldn't make so many important decisions about speech on our own. So we're creating an independent body<sup>57</sup> so people can appeal our decisions. We're also working with governments, including French officials<sup>58</sup>, on ensuring the effectiveness of content review systems »<sup>59</sup>.*

Plus loin, il semble proposer une solution unique pour toutes les plateformes réglementant leur contenu :

*« Right now, if you post something on Facebook and someone reports it and our community operations and review team looks at it and decides that it needs to get taken down, there's not really a way to appeal that. I think in any kind of good-functioning democratic system, there needs to be a way to appeal. And I think we can build that internally as a first step. But over the long term, what I'd really like to get to is an independent appeal. So maybe folks at Facebook make the first decision based on the community standards that are outlined, and then people can get a second opinion. You can imagine some sort of structure, almost like a Supreme Court, that is made up of independent folks who don't work for Facebook, who ultimately make the final judgment call on what should be acceptable speech in a community that reflects the social norms and values of people all around the world »<sup>60</sup>.*

En d'autres termes et tout simplement, M. Zuckerberg semble privilégier la création d'une instance d'appel suprême vraisemblablement non-étatique pour réviser/contrôler les décisions des plateformes privées et lui donner le dernier mot, comme il le proposait en 2018 sur le besoin de trancher sur le contenu en ligne, tel que noté précédemment. Cet article soumet que le fait d'accorder un tel rôle de « comité de sélection judiciaire » à ces entreprises privées est problématique sur le plan de la légitimité démocratique. Comme cela a pu être souligné dans différentes études :

*« Facebook and other platforms are thus incomprehensibly saddled with the gargantuan task of determining how to "balance the need for transparency with the*

<sup>55</sup> Twitter, Centre d'assistance de Twitter, « A propos des comptes suspendus » ; Google (pour Youtube), Centre d'aide Youtube, « Faire appel des actions pour non-respect du règlement de la communauté » et « Clôture de chaînes » ; Google (pour AdSense), Aide AdSense, « Mesures d'application du règlement Compte AdSense désactivé pour trafic incorrect » (dernières visites le 21 avril 2019).

<sup>56</sup> C. NEWTON, « Facebook Will Create an Independent Oversight Group to Review Content Moderation Appeals », préc. note 51.

<sup>57</sup> *Ibid.*

<sup>58</sup> M. ROSEMAIN, M. ROSE, G. BARZIC, « France to "Embed" Regulators at Facebook to Combat Hate Speech », Thomson Reuters, 12 nov. 2018.

<sup>59</sup> M. ZUCKERBERG, « Mark Zuckerberg: The Internet Needs New Rules. Let's Start in These Four Areas », préc. note 13.

<sup>60</sup> « Mark Zuckerberg on Facebook's hardest year, and what comes next », Vox, 2 avril 2018.

*need to protect people's identities*"<sup>61</sup>. This inevitably leads to ad hoc approaches by these companies. In addition, transparency and accountability are notoriously difficult to cultivate when balancing delicate constitutional values, such as freedom of expression and privacy. Even the constitutional courts and policy makers who typically perform this balancing struggle with it, as for example in the context of the controversy associated with so-called "judicial activism". This difficulty soars when the balancers are instead inexperienced and reticent corporate actors, who presumably lack the requisite public legitimacy for such matters, especially when dealing with foreign (non-U.S.) nationals. [...] This leads in turn to absurd results, such as the suppression of the picture of a 1972 depiction of a Canadian-Vietnamese child war victim by Facebook's algorithms, subject only to the immediate oversight of outsourced corporate actors abroad. Another example is PayPal's algorithm marginalizing cookbooks featuring the terms "Syria" or "Cuba" in a misguided effort to comply with security regulations »<sup>62</sup>.

Ainsi<sup>63</sup>, au-delà de la question de la censure comme telle, se pose la question de savoir s'il est compatible avec le respect de l'Etat de droit de confier à une entreprise privée un pouvoir judiciaire normalement réservé à une institution étatique (conseil constitutionnel ou analogue) ; soit le pouvoir de trancher les limites raisonnables de la liberté d'expression (droit constitutionnel)<sup>64</sup> et de la vie privée (droit quasi-constitutionnel<sup>65</sup>), et ce, dans l'absence de balises claires et connues<sup>66</sup>.

Les systèmes judiciaires ont initié, parallèlement au développement technologique et conjointement avec les processus législatifs, les bases d'une réflexion philosophique et des principes juridiques pour balancer les valeurs, droits et libertés constitutionnels relatifs à la vie privée et la liberté d'expression, par exemple. Afin d'éviter que des institutions privées remplacent pour toutes fins pratiques le processus décisionnel étatique, les Etats devraient être tenus de développer des standards généraux auxquels seront comparées les politiques de toutes les plateformes de contenu en ligne, tel que proposé (conjointement avec un mécanisme effectif de reddition de comptes) plus récemment par M. Zuckerberg :

<sup>61</sup> M. SCOTT, « Google Reinstates European Links to Articles From The Guardian », The New York Times, 4 juil. 2014.

<sup>62</sup> K. ELTIS, « Inadvertently Appointing Digital Judges? A Canadian Perspective on Restricting Speech and Social Media », *op. cit.* note 14 ; K. ELTIS, « The Anglo-American/Continental Privacy Divide? How Civilian Personality Rights Can Help Reconceptualize The 'Right To Be Forgotten' Towards Greater Transnational Interoperability », *The Canadian Bar Review*, vol. 94, no. 2, 2016, p. 355.

<sup>63</sup> Et tel que précisé dans le contexte du droit à l'oubli.

<sup>64</sup> Charte canadienne des droits et libertés, art. 2(b), partie I de la Loi constitutionnelle de 1982, constituant l'annexe B de la Loi de 1982 sur le Canada (R-U), 1982, c 11.

<sup>65</sup> Cour suprême du Canada, *Lavigne c. Canada (Commissariat aux langues officielles)*, 2002 CSC 53, n° 28188, §§ 24-25, tel que réitéré par la Cour suprême du Canada dans *Douez c Facebook Inc.*, préc. note 21, § 59, ainsi que *Alberta (Information and Privacy Commissioner) c. Travailleurs et travailleuses unis de l'alimentation et du commerce, section locale 401*, [2013] 3 RCS 733, n° 34890, § 19, cité par la juge Abella dans *Douez c Facebook Inc.*, préc. note 21, § 105.

<sup>66</sup> K. ELTIS et P. TRUDEL, *Rapport Canadien : Le déréférencement à l'ère numérique – une approche hybride pour faire le pont entre la vision européenne et américaine du « droit à l'oubli »*, *op. cit.* note 7.

## TITRE DU COLLOQUE

*« One idea is for third-party bodies to set standards governing the distribution of harmful content and to measure companies against those standards. Regulation could set baselines for what's prohibited and require companies to build systems for keeping harmful content to a bare minimum »<sup>67</sup>.*

Dans l'attente d'une initiative des plateformes elles-mêmes, les Etats devraient se questionner sur le fait de savoir s'il ne devrait pas plutôt être de leur ressort de créer et gérer une instance d'appel spécialisée. Dans l'affaire *Douez* relative à la clause d'élection de for en Californie dans le contrat d'adhésion entre Facebook et ses clients, les juges Karakatsanis, Wagner et Gascon de la Cour suprême du Canada écrivaient :

« [I]l existe un intérêt prépondérant à ce que les tribunaux canadiens statuent dans les affaires qui portent sur des droits constitutionnels ou quasi constitutionnels, car ces droits jouent un rôle essentiel dans une société libre et démocratique et incarnent des valeurs canadiennes fondamentales. Il est foncièrement dans l'intérêt du public que les tribunaux canadiens tranchent en la matière. Par leurs décisions, les tribunaux établissent des normes et interprètent les droits dont jouissent les Canadiens »<sup>68</sup>.

Pour l'instant, il semble que les commissions indépendantes et les systèmes d'intelligence artificielle de ces entreprises soient (malgré eux) déjà en voie d'usurper pour toutes fins pratiques le rôle des magistrats, dans l'absence de balises, de transparence et reddition de comptes qui doivent caractériser l'utilisation de l'intelligence artificielle dans son présent stade de développement. Il reste à déterminer si, en l'absence de contrôle effectif des tribunaux<sup>69</sup>, la nomination par défaut de ces « juges numériques » est compatible avec le respect de l'Etat de droit. Mieux cerner les retombées pour la justice de cette automatisation ainsi que de « l'exportation » de la justice (décrites précédemment) revêt donc une importance grandissante.

### B. La remise en question de la transparence et la non-discrimination comme pierres angulaires de la justice

L'idée visionnaire de Facebook précitée de créer des commissions d'experts ou un processus d'appel, ou tout autre processus décisionnel au sein duquel la fonction d'altérer le discours reviendrait à un groupe de spécialistes, doit être examinée de plus près à la lumière du rôle de nos tribunaux pour la protection de la démocratie. En conséquence et parallèlement, il importe de passer en revue l'obligation positive à laquelle les Etats sont assujettis en ce qui a trait à leur contribution dans l'édiction d'un cadre réglementaire visant à protéger les droits de la personne, y compris dans le cyber espace. La réponse à la première question ne peut être complète sans la réponse à la seconde. Dans le but de remédier à la situation actuelle, le présent projet se veut une étincelle suscitant une discussion pluridisciplinaire sur les garde-fous juridiques qui peuvent être érigés<sup>70</sup>.

<sup>67</sup> M. ZUCKERBERG, « Mark Zuckerberg: The Internet Needs New Rules. Let's Start in These Four Areas », préc. note 13.

<sup>68</sup> Cour suprême du Canada, *Douez c Facebook Inc.*, préc. note 21, § 58.

<sup>69</sup> Cour suprême du Canada, *Google Inc. c Equustek Solutions Inc.*, préc. note 25.

<sup>70</sup> E.A. KIRLEY, *Reputational Privacy & the Internet: A Matter for Law?*, mai 2015 [non publié, dissertation à la Faculté des études graduées de la Osgoode Hall Law School, York University], à la

Aujourd'hui, d'une manière juste, indépendante et impartiale, les tribunaux assument le rôle de gardiens de la Constitution et des droits qu'elle protège, y compris la liberté d'expression<sup>71</sup>. La vérification indépendante (par exemple, des traitements des données, de la désindexation et bien au-delà) est essentielle dans un Etat de droit<sup>72</sup>. Cependant, l'obligation de protéger les droits de la personne, qui tient tant à cœur à la magistrature dans un système démocratique, relève de l'Etat et du judiciaire en tant que gardiens de la Constitution. Sous ce rôle, l'exécutif et le judiciaire doivent respecter des principes de justice fondamentaux. Au contraire, selon la vision de Mark Zuckerberg précitée, la fonction de surveiller le discours public reviendrait à un groupe de spécialistes non-étatiques. Une réalité où des plateformes qui créent et appliquent les règles du jeu numérique en tant que « juges de facto », sans pour autant devoir motiver leurs raisons ou se justifier, suscite de nombreuses interrogations. Cependant, certains<sup>73</sup> revendiquent le potentiel des nouvelles technologies pouvant améliorer la qualité de la justice de manière responsable tout en respectant les droits fondamentaux enchâssés en droits domestique et international.

Comme point de départ de notre réflexion, songeons peut-être à appliquer les indices du philosophe Joseph Raz, énoncés dans un contexte de gouvernance démocratique plus traditionnel. Selon lui, « *at least one, commonly agreed, aim of the rule of law is to avoid arbitrary government* », et en relation avec les fonctions

---

note en bas de page n° 613 : « *The Streisand effect is a phenomenon whereby an attempt to censor or gag a report has led to greater interest in the story than would have been garnered had they not attempted to ban or censor it in the first place* ». Certains ont proposé ce phénomène la loi de Streisand, considérant l'inévitabilité de l'effet (« Streisand Effect ») [dernière mise à jour le 14 mars 2019], en ligne : Rationalwiki) ; voir aussi S. CURRY JANSEN et B. MARTIN, « The Streisand Effect and Censorship Backfire », *International Journal of Communication*, vol. 9, 2015, pp. 656-671 ; Cour suprême du Canada, *A.B. c. Bragg Communications Inc.*, 2012 CSC 46, n° 32240 ; et sur la différence entre les médias digitaux, voir E.A. KIRLEY, *ibid.* Voir également E. POSNER, « A Terrible Shame: Enforcing Moral Norms Without the Law Is No Way to Create a Virtuous Society », *Slate*, 9 avril 2015 : « *Shaming has always been extraordinarily important - often, even more important than the formal legal system. In the distant past, when legal systems were rudimentary, shaming was a major source of public order* ».

<sup>71</sup> V. par ex. Cour suprême du Canada, *Dagenais c. Société Radio-Canada*, [1994] 3 RCS 835, p. 950, dans le contexte d'une demande pour une ordonnance de non-publication : « Les tribunaux sont les gardiens non seulement du droit à un procès équitable, mais aussi de la liberté d'expression » ; et plus récemment, Cour d'appel de Montréal, *Savard c. La Presse ltée*, 2017 QCCA 1340, § 54, dans le contexte d'une demande pour une ordonnance de non-publication : « Le système judiciaire est le gardien de la démocratie et les médias en assurent la surveillance ».

<sup>72</sup> Cour suprême du Canada, *La Reine c. Beauregard*, [1986] 2 RCS 56, n° 17884, § 24 ; *Mackeigan c. Hickman*, [1989] 2 RCS 796, n° 21315, 21351, p. 827.

<sup>73</sup> V. par ex. A. JEROME, « Over 40 Researchers Commit to AI Project Aimed at Improving Access to Justice », *The Lawyer's Daily*, 25 juil. 2018 ; B. ALARIE, A. NIBLETT et A. H. YOON, « How Artificial Intelligence Will Affect the Practice of Law », *University of Toronto Law Journal*, vol. 68, issue supplement no. 1, 1<sup>er</sup> janv. 2018, pp. 106-124 ; J. ZELEZNIKOW, « Can Artificial Intelligence and Online Dispute Resolution Enhance Efficiency and Effectiveness in Courts », *International Journal for Court Administration*, vol. 8, no. 2, mai 2017, pp. 30-45 ; J. ZELEZNIKOW, « Using Web-based Legal Decision Support Systems to Improve Access to Justice », *Information & Communications Technology Law*, vol. 11, 14 juil. 2010, pp. 15-33. Voir aussi les efforts déployés par la Commission européenne pour l'efficacité de la justice (CEPEJ), *Lignes directrices sur la conduite du changement vers la Cyberjustice*, adoptées lors de la 28<sup>ème</sup> réunion plénière de la CEPEJ, CEPEJ(2016)13E, Strasbourg, 7 déc. 2016.

## TITRE DU COLLOQUE

essentielles d'un gouvernement, la stabilité et la prédictibilité sont essentielles, tout comme « *observing due process* »<sup>74</sup>. Transposés au cyber contexte, les critères que forge J. Raz pourraient rehausser la transparence et rendre le processus plus vérifiable. Les indices doivent donc mener à un processus : « (1) raisonnablement clair, (2) raisonnablement stable, (3) disponible publiquement, (4) [ayant] des règles et des standards généraux, (5) appliqu[é] de manière prospective et non rétroactive »<sup>75</sup>.

Ces critères, ou des principes semblables, ont été intégrés dans des tentatives d'encadrement du développement rapide de l'IA et de son utilisation grandissante au sein de et par les juridictions judiciaires à l'échelle mondiale. Ces tentatives diffèrent entre les Etats et renseignent sur l'approche que peut adopter le Canada et une potentielle juridiction internationale de justice transfrontalière du contenu en ligne.

Le survol précédent sert de mise en contexte et prépare le terrain pour la discussion qui suit, laquelle se penche plus précisément sur le déploiement de l'intelligence artificielle (développée par des parties privées) par des tribunaux étatiques et sur les problèmes épineux que cet usage suscite dans une perspective de droit comparé.

## II. LE DÉPLOIEMENT DE L'INTELLIGENCE ARTIFICIELLE PAR LES TRIBUNAUX : LES APPORTS DE LA PERSPECTIVE COMPARATISTE

*Un mot sur la méthodologie.* Afin d'étudier l'impact de la révolution technologique actuelle sur la magistrature, cet article prône une méthode comparatiste. Puisque cette « révolution technologique » ne connaît pas de frontières, les solutions privilégiées dans d'autres pays ayant un système de justice comparable au nôtre<sup>76</sup> sont source de grande inspiration. L'objectif est de recourir à l'expérience de pays voisins (« démocraties sœurs ») en se penchant sur leurs solutions et en s'attardant sur leur pertinence et leur possible adaptation au Canada.

### A. Approches américaine et européenne : un contraste remarquable

Une première approche de l'encadrement de l'intelligence artificielle est celle de la protection statutaire régionale ou internationale. Les avancées contemporaines du cadre réglementaire de la protection de la vie privée et des renseignements personnels sont pertinentes pour fournir une comparaison adéquate. Par exemple, le RGPD précité<sup>77</sup> de l'Union européenne, entré en vigueur en mai 2018, fait couler beaucoup d'encre à l'international<sup>78</sup>. Mis à part

<sup>74</sup> J. RAZ, « The Law's Own Virtue » *Oxford Journal of Legal Studies*, vol. 39, no. 1, 10 jan. 2019, p. 2 et 5.

<sup>75</sup> *Ibid.*, p. 3 (traduction libre).

<sup>76</sup> S. CHOUDHRY, « The Methodology of Comparativism », in S. Choudhry (dir.), *The Migration of Constitutional Ideas*, Cambridge, Cambridge University Press, 2007, pp. 37-38.

<sup>77</sup> RGPD, supra note 3.

<sup>78</sup> A titre de preuve : J. DETRIXHE et J. KARAIAN, « **GDPR is Bigger than Beyoncé** », *Quartz*, 22 mai 2018.

son important impact indirect sur le développement éthique de l'IA<sup>79</sup>, le RGPD abrite des articles peu connus qui s'attardent spécifiquement sur l'intelligence artificielle. De manière révolutionnaire, il requiert une intervention « humaine » dans la prise de décisions sensibles<sup>80</sup>. Ainsi, le paragraphe premier de son article 22 énonce : « La personne concernée a le droit de ne pas faire l'objet d'une décision fondée exclusivement sur un traitement automatisé, y compris le profilage, produisant des effets juridiques la concernant ou l'affectant de manière significative de façon similaire »<sup>81</sup>.

Entre autres exceptions, le paragraphe second de l'article 22 indique qu'il peut être renoncé à ce droit par le consentement de la personne concernée<sup>82</sup>. De plus, les articles 13(2)g), 14(2)g) et 15(1)h) du RGPD<sup>83</sup> exigent qu'une personne qui fait l'objet d'une collecte de ses données personnelles ou non, que ses renseignements personnels soient traités ou non, se voit fournir les informations complémentaires nécessaires pour garantir un traitement équitable et transparent, notamment « l'existence d'une prise de décision automatisée, y compris un profilage » prévue à l'article 22, et y sont incluses « des informations utiles concernant la logique sous-jacente, ainsi que l'importance et les conséquences prévues de ce traitement pour la personne concernée ».

De manière significative, et quoiqu'une analyse profonde dépasse le cadre très restreint de cet article, soulignons simplement que le RGPD semble tenter d'aborder l'effritement du consentement comme pierre d'assise du « capitalisme numérique ». Cette tendance fut critiquée féroce par la professeure américaine Shoshana Zuboff (ce qu'elle nomme *Surveillance Capitalism* dans son plus récent livre<sup>84</sup>), postulant que les données personnelles représentent une nouvelle devise.

Tout en insistant sur le fait que leur technologie est trop complexe pour être légiférée, certaines entreprises ont investi des milliards de dollars dans le lobbying contre la surveillance et, tout en développant des empires sur les données financées par des fonds publics et les détails de notre vie privée, elles ont constamment rejeté les normes établies en matière de responsabilité sociétale. Et ce qui est fondamentalement différent dans cette nouvelle forme d'exploitation et d'exception est qu'au-delà de la simple extraction à nu de nos vies intérieures intimes, elles cherchent à les façonner, les diriger et les contrôler. Leurs opérations transposent le contrôle total sur la production mis au point par le capitalisme industriel à tous les aspects de la vie quotidienne<sup>85</sup>.

<sup>79</sup> D. INCALZA, « Understanding the Impact of GDPR on Artificial Intelligence-Enabled Processes », *Medium*, 25 juin 2018.

<sup>80</sup> RGPD, *supra* note 3.

<sup>81</sup> *Ibid.*, art. 22 § 1.

<sup>82</sup> *Ibid.*, art. 22 § 2(c).

<sup>83</sup> *Ibid.*, articles 13(2)f), 14(2)g) et 15(1)h).

<sup>84</sup> S. ZUBOFF, *The Age of Surveillance Capitalism: The Fight for a Human Future at the New Frontier of Power*, Public Affairs Books, 2019, 704 p.

<sup>85</sup> J. BRIDLE, « The Age of Surveillance Capitalism by Shoshana Zuboff Review – We Are the Pawns », *The Guardian*, 2 fév. 2019 (traduction libre).

## TITRE DU COLLOQUE

Ceci étant, et reflétant et appliquant vraisemblablement les articles précités du RGPD, la Commission européenne pour l'efficacité de la justice (CEPEJ) prône une approche visant un encadrement de l'utilisation de l'intelligence artificielle par des principes éthiques adaptés à un domaine particulier. Ainsi, la Charte éthique européenne d'utilisation de l'intelligence artificielle dans les systèmes judiciaires et leur environnement (CEEUIASJE)<sup>86</sup>, adoptée les 3 et 4 décembre 2018, énonce des critères<sup>87</sup> appliquant les préoccupations du RGPD en matière de justice. Particulièrement consternée par l'expérience qui « montre que les algorithmes sont source d'erreurs et de discrimination », la CEPEJ préfère « énoncer[r] les règles du jeu » plutôt que « faire confiance au verdict des algorithmes »<sup>88</sup>. Selon cette dernière :

« Parmi ces principes, le respect des droits de l'homme et de la non-discrimination revêt une importance fondamentale. L'objectif est de s'assurer, dès la conception et jusqu'à l'application pratique, que les solutions garantissent le respect des droits garantis par la CEDH et la Convention n° 108 du Conseil de l'Europe. Le principe de non-discrimination est expressément énoncé en raison de la capacité de certains traitements - notamment en matière pénale - de révéler des discriminations existantes en regroupant ou en classifiant des données concernant des personnes ou des groupes de personnes. Les acteurs publics et privés doivent donc veiller à ce que ces applications ne reproduisent ni n'aggravent cette discrimination et ne conduisent pas à des analyses ou pratiques déterministes »<sup>89</sup>.

Un volet connexe à cette approche est la formation spécialisée de la magistrature dans le domaine. Par exemple, l'Estonie a mis sur pied un tribunal spécialisé jugeant les cas de cyber harcèlement<sup>90</sup>. Les juges – des humains – sont nommés par le gouvernement suivant la procédure normale, avec l'exigence additionnelle des qualifications et des connaissances et expériences particulières sur le cyber contenu.

De manière étonnante, aucune mesure de ce genre ne semble (pour le moment) être mise en place aux Etats-Unis. La perception contraire semble y être assurée : aucune balise juridique ou éthique n'est imposée à l'utilisation de l'IA en contexte judiciaire. Les effets problématiques de l'utilisation de l'IA en l'absence d'encadrement juridique ou éthique (sur le plan constitutionnel et autre) se font déjà ressentir aux Etats-Unis, tels que rapportés<sup>91</sup>.

<sup>86</sup> Conseil de l'Europe, Commission européenne pour l'efficacité de la justice (CEPEJ), *Charte éthique européenne d'utilisation de l'intelligence artificielle dans les systèmes judiciaires et leur environnement*, adoptée lors de la 31<sup>ème</sup> réunion plénière de la CEPEJ, Strasbourg, 3-4 déc. 2018.

<sup>87</sup> La CEPEJ a pour objet l'amélioration de l'efficacité et du fonctionnement de la justice dans les Etats membres, *ibid*.

<sup>88</sup> L. NEUER, « Justice : faut-il faire confiance au verdict des algorithmes ? », *Le Point*, 30 jan. 2019, en entretien avec Clementina Barbaro, secrétaire du groupe de travail sur la qualité de la justice au Conseil de l'Europe, et Xavier Ronsin, premier président de la cour d'appel de Rennes.

<sup>89</sup> Secrétariat de la Commission européenne, Direction des droits de l'homme, *La Charte éthique européenne de la CEPEJ sur l'utilisation de l'intelligence artificielle (IA) dans les systèmes judiciaires et leur environnement : Note de présentation*, 4 déc. 2018.

<sup>90</sup> A. SINGH, *Legal Standards on Freedom of Expression: Toolkit for The Judiciary In Africa*, Paris, UNESCO, 2018, p. 201.

<sup>91</sup> V. *supra* note 46.

La cause *Wisconsin v Loomis*<sup>92</sup> illustre ces inquiétudes, présage d'une manière préoccupante l'avenir de l'utilisation de l'intelligence artificielle par les cours de justice, et augure mal quant au droit à un procès équitable et à la non-discrimination *inter alia*. Précisons. Dans cette affaire, un juge au Wisconsin s'est servi d'un logiciel dont le code source est gardé secret (sous la protection du secret commercial de la compagnie privée ayant fabriqué et vendu le logiciel au système de justice) afin de déterminer les chances de récidive d'un homme condamné à six ans de prison. Ainsi, la Cour du Wisconsin affirma que la prise en considération d'une évaluation algorithmique des risques de récidive par le logiciel COMPAS (dont la méthodologie est imperceptible aux juges) lors du choix d'une sentence pour un accusé déclaré coupable d'infraction criminelle ne viole pas les droits procéduraux constitutionnels de l'accusé, et ce, malgré le fait que l'accusé porte le lourd fardeau de démontrer que le logiciel en question serait défaillant afin de convaincre la cour d'user de sa discrétion pour réfuter l'évaluation de l'algorithme.

Néanmoins, afin d'induire une certaine prudence auprès des juges ayant recours à l'utilisation d'une telle technologie, la Cour impose qu'un rapport d'enquête présentiel comprenait une telle analyse de risques COMPAS soit accompagné d'un « avertissement écrit », lequel contient cinq avertissements destinés aux juges et portant sur : la nature secrète et commerciale de l'algorithme ; les biais et limitations inhérents au logiciel utilisé, et leur potentiel effet disproportionnel sur certains groupes (telles les minorités) ; et la spécificité du logiciel conçu pour assister à la prise de décision post-essentielle. De plus, la Cour prescrit la manière dont ces évaluations doivent être présentées aux tribunaux de première instance et la façon dont les juges peuvent les utiliser. Par exemple, le résultat de l'évaluation algorithmique ne peut pas déterminer la sévérité de la peine ou si elle comprendra une incarcération.

## B. Faire confiance au verdict de l'algorithme « secret » ?

Sans même s'attarder sur les enjeux constitutionnels précis (qui dépassent le cadre restreint de ce premier survol comparatif), notons simplement que plusieurs éléments importants de cette décision vont à l'encontre des cinq principes essentiels à l'utilisation de l'IA en matière de justice prescrits par la CEEUIASE précitée. En effet, le premier principe d'une application compatible avec le respect des droits fondamentaux ne semble pas avoir été respecté sur le plan des droits procéduraux, puisque la démarche est inconnue du juge et du défendeur lui-même, alors même que ce dernier a le fardeau de prouver toute défaillance du logiciel dont il n'a pas accès aux renseignements pertinents. Il est en de même du deuxième principe de non-discrimination, puisque l'évaluation de COMPAS considérait des données par groupes portant des traits similaires, ne permettant pas toujours l'individualisation de ses conclusions sur l'accusé, alors même que des études ont démontré (et la Cour a pris acte du fait) que COMPAS

<sup>92</sup> Cour suprême du Wisconsin, *State of Wisconsin c. Eric L. Loomis*, 881 NW (2d) 749, 13 juil. 2016, n° 2015AP157–CR.



## TITRE DU COLLOQUE

pourrait, de façon disproportionnée et discriminatoire, classer comme récidivistes les individus appartenant à des groupes minoritaires historiquement vulnérables. Qui plus est, le troisième principe – référant à la qualité et à la sécurité du logiciel – pourrait être mis en péril en l'espèce, car les données fournies au système COMPAS lors de son apprentissage n'avaient pas été validées par une comparaison avec la population générale de l'Etat du Wisconsin. Le quatrième principe de transparence, neutralité et intégrité est également enfreint, car tel que noté précédemment, la méthodologie de COMPAS était inaccessible aux juges et à l'accusé et pouvait être fondée ou, du moins, prendre en considération les préjugés racistes ou stéréotypiques déjà présents dans le système de justice en général et en droit pénal en particulier. Le cinquième principe, la maîtrise de son utilisation par l'utilisateur, semble aussi être brimé par l'incompréhension générale du fonctionnement d'un tel système, des limites de son application, et de son rôle secondaire dans la prise de décision judiciaire.

Dans l'optique du droit comparé, une décision récemment rendue de la plus haute cour du Canada peut inspirer à présager sur la manière dont les cours canadiennes trancheraient une affaire similaire, ou de la façon dont elles devraient considérer leur propre utilisation de l'IA. Ainsi, *May c. Ferndale*<sup>93</sup> considèrerait l'adaptation du principe de l'équité procédurale (provenant du système judiciaire) aux décisions administratives. Dans cette affaire, cinq individus condamnés à la prison à perpétuité ont été transférés d'un pénitencier à sécurité minimale à un établissement à sécurité moyenne suite à une réévaluation de leur classification suivant une nouvelle politique adoptée par les services correctionnels, laquelle faisait appel à un logiciel informatique pour définir le code de sécurité des détenus. Suite à cette perte de liberté, les détenus ont contesté la décision en cour supérieure provinciale et ont présenté une requête pour obtenir la « matrice de notation » du logiciel afin de connaître et comprendre les renseignements sur lesquels était fondée leur réévaluation. Considérant le devoir d'agir équitablement du décideur administratif et le droit procédural à la communication de la preuve qui en découle, la Cour suprême décida que la personne visée par la décision administrative doit disposer des renseignements suffisants pour pouvoir faire des représentations informées au décideur ; en l'espèce, ces renseignements incluent ceux sur lesquels se fonde la décision, y compris la « matrice de notation » du logiciel. Cette obligation peut être législativement renforcée, comme c'était le cas dans cette affaire par la Loi sur le système correctionnel et la mise en liberté sous condition<sup>94</sup>. Bien qu'elle portât sur des organismes administratifs, cette décision pourrait très bien se transposer à l'utilisation d'un système d'intelligence artificielle par les cours de justice de façon à ce que sa « boîte noire » soit accessible aux décideurs et décidés d'une manière que son fonctionnement et ses critères soient compréhensibles.

<sup>93</sup> Cour suprême du Canada, *May c. Etablissement Ferndale*, 2005 CSC 82, n° 30083.

<sup>94</sup> Loi sur le système correctionnel et la mise en liberté sous condition, L.C. 1992, ch. 20.

En résumé, en plus de renseigner quant aux différences entre les approches européenne et américaine, le contraste *Loomis*-CEEUIASE soulève des questions fondamentales quant au rôle de l'IA dans la préservation des droits et libertés en général, et dans le système de justice en particulier. Les mêmes principes développés pour l'utilisation de l'IA dans le cadre du processus décisionnel au système judiciaire renseignent sur l'aspect éthique à adopter par les entités privées se suppléant aux cours de justice. Tel que noté, le contraste entre les approches européenne et américaine à date suggère que le Canada et la justice transfrontalière devraient suivre l'exemple de l'UE et de ses pays membres, et se méfier de l'usage non-balisé de l'IA exercé aux Etats-Unis.

### C. Le déploiement responsable et encadré de l' IA par les tribunaux : principes de base et pistes de réflexion

Les nouvelles technologies et l'IA peuvent certes contribuer à l'efficacité et à l'accès à la justice. Le désengorgement de la justice est prometteur, tout comme l'espoir de pallier des préjugés humains et des aléas de la vie. En d'autres termes et en comparaison à l'idée d'un système d'IA neutre et constant, comme l'ont démontré des chercheurs de l'Université Ben Gourion du Negev (Israël), les juges humains sont plus portés à accorder une libération conditionnelle suite à un bon repas, bien rassasiés<sup>95</sup>. Cela dit, l'intelligence artificielle *non-encadrée* risque plutôt d'avoir l'effet contraire : aggraver la discrimination, enracinant et enchâssant les préjugés très humains de leurs créateurs humains, parfaitement dissimulés derrière l'algorithme soi-disant neutre et infaillible<sup>96</sup>.

La technologie, et l'intelligence artificielle en particulier, peut facilement devenir une béquille inquiétante pour un système de justice débordé, nous offrant un irrésistible faux sentiment de sécurité. Dans ce sens, on peut parler de « l'automatisation de la justice », phénomène qui suscite des préoccupations constitutionnelles, de transparence et de procédure équitable, et plus spécifiquement de discrimination sous-jacente sous le couvert de la technologie dite infaillible (ou du moins perçue ainsi). La transition au sein de la prise de décision judiciaire pour remplacer graduellement l'intuition et l'instinct judiciaire par des fondements technologiques ne rehaussera pas nécessairement l'objectivité et la rationalité des décisions. Cette transition vers l'utilisation croissante de la technologie dans la prise de décision judiciaire doit se faire de manière encadrée, incorporant les principes et valeurs juridiques fondamentaux.

Pour une transition vers un système juste et efficace, ces technologies doivent être déployées de manière transparente et redevable, sans pour autant devenir un outil inévitable, irremplaçable, indubitable, et qui exclurait les magistrats du processus décisionnel. Ainsi, les outils technologiques utilisés par les cours de

<sup>95</sup> S. DANZIGER, J. LEVAV, and L. AVNAIM-PESSO, « Extraneous Factors in Judicial Decisions », *Proceedings of the National Academy of Sciences of the USA*, vol. 108, no. 17, 26 avril 2011, pp. 6889-6892.

<sup>96</sup> Cette question se pose d'ailleurs dans le cadre administratif de l'immigration au Canada : P. MOLNAR et R. DEIBERT, « Ottawa's Use of AI in Immigration System Has Profound Implications for Human Rights », *The Globe and Mail*, 26 Sept. 2018.

## TITRE DU COLLOQUE

justice devraient venir en aide à la Cour dans ses décisions, et non remplacer son jugement suivant une démarche qui manque de transparence et risque d'enchâsser des stéréotypes racistes sans convenablement permettre aux parties de faire des représentations. On ne devrait pas subir le résultat de l'IA sans droit de regard du magistrat humain, nommé suivant un processus clair, indépendant et redevable.

Intégrer les droits et principes défendus par nos Chartes et par les valeurs de notre système de justice dans la conception, le développement et l'application de l'IA est un début de solution digne d'exploration profonde. Lors de l'utilisation de l'IA, il importe de se servir de ces nouvelles technologies pour améliorer la qualité de la justice de manière responsable et en respectant les droits fondamentaux enchâssés en droit domestique et international<sup>97</sup>. Il s'ensuit que le système judiciaire se doit d'accompagner la « révolution numérique »<sup>98</sup>, et surtout d'encadrer l'usage de l'IA, précisément celui déployé dans le processus décisionnel décrit.

En ce sens, *Winsconsin v Loomis* présente une première tentative américaine imparfaite pour encadrer l'usage de l'IA dans le processus décisionnel judiciaire. Expliquées dans un article publié par le *Harvard Law Review*<sup>99</sup>, les mises en garde de la Cour dans *Loomis* sont insuffisantes pour susciter chez les juges un réflexe de méfiance envers les algorithmes d'un logiciel développé par intelligence artificielle, pour estomper les préoccupations constitutionnelles énumérées ci-dessus, et pour garder le contrôle du juge (et de l'humain) sur ce processus. De plus, un tel avertissement à inclure au rapport présentiel comprenant une analyse de risques du type COMPAS ne produira pas l'effet escompté de scepticisme des évaluations algorithmiques dans le système judiciaire. De manière générale et à ce stade, les tribunaux – et leurs juges – ne sont pas suffisamment outillés et renseignés pour comprendre le fonctionnement des algorithmes, leur disposition, leurs limitations internes à leur application, et leur rôle secondaire dans la prise de décision judiciaire. S'y ajoutent les questions de la protection des secrets commerciaux, du nombre restreint d'études publiées sur l'utilisation de l'IA en contexte judiciaire, et de la croissance des pressions externes (cours, plaideurs) et internes (psychologiques) pour faciliter l'accès à la justice par l'amélioration de la rapidité et de l'efficacité du système judiciaire, tous des facteurs militant en faveur de l'utilisation prématurée et irréfléchie de ces algorithmes par le système de justice. Dans l'attente de balises plus claires et d'un plus grand nombre d'études disponibles sur le sujet, les juges devraient s'abstenir de recourir à l'intelligence

<sup>97</sup> Tel que généralement proposé pour un encadrement juridique et éthique du développement de l'IA : « The Toronto Declaration : Protecting the Rights to Equality and Non-Discrimination in Machine Learning Systems », Access Now Policy Team, 16 mai 2018, disponible sur : <https://www.accessnow.org/the-toronto-declaration-protecting-the-rights-to-equality-and-non-discrimination-in-machine-learning-systems/>.

<sup>98</sup> H. CYR, « Principe de justice et développement de l'intelligence artificielle », Conférence sur le projet de Déclaration de Montréal sur le développement responsable de l'intelligence artificielle, Montréal, 15 fév. 2018 [non publié].

<sup>99</sup> « State v. Loomis : Wisconsin Supreme Court Requires Warning Before Use of Algorithmic Risk Assessments in Sentencing », *Harvard Law Review*, vol. 130., no. 5, 2017, pp. 1530-1537.

artificielle, surtout lorsque la démarche est secrète ou lorsque les juges ne comprennent pas son fonctionnement.

Nous sommes donc et de toute évidence tempêtés par l'automatisation des acteurs judiciaires et attirés par ses promesses d'efficacité, d'impartialité, de neutralité et de constance. A cet effet, l'absence d'encadrement aux Etats-Unis est un exemple à ne pas suivre, et les différents principes développés en Europe – quoiqu'à leurs premiers balbutiements, mais inspirés par des articles bien moins connus mais fort prometteurs du RGPD - devraient fournir des pistes de solutions pour un changement de paradigme. De manière significative, et telle que mise en place en Europe dans cette section peu explorée du RGPD<sup>100</sup>, une intervention ou révision humaine devrait toujours être exigée dans les cas où l'intelligence artificielle est impliquée dans la prise de décisions sensibles. Toujours suivant cet exemple de principe, afin qu'une telle mesure législative soit efficace, il faut la peaufiner avec des principes et valeurs fondamentaux. De plus, comme en Estonie, il faut s'assurer que les juges comprennent la technologie de manière à interpréter la législation à la lumière de ces principes et valeurs et dans les circonstances de chaque affaire. En attendant une telle prise de conscience sociétale et l'élaboration d'un cadre juridique délibératif, les cours de justice devraient éviter d'utiliser l'IA au risque de perpétuer ou d'instaurer des injustices.

## CONCLUSIONS

### Harmoniser le « panorama juridique » ?

Ce texte préliminaire tente de susciter une première réflexion portant sur des questions devenues urgentes. De la sorte, la première partie s'est penchée sur le contexte plus général de la « modération » du contenu en ligne – surtout sur la question de l'identité des futurs modérateurs de contenu et sur l'obligation des acteurs privés de rendre des comptes dans ce contexte à la lumière du principe de la légitimité démocratique. En ce faisant, le texte invite les juristes à élargir leur conception de ce principe dans l'optique de l'extraterritorialité incontournable dans l'ère numérique (le cyberspace ne connaissant de toute évidence pas de frontières) pour encadrer le déploiement de l'IA convenablement, tenant compte des principes de procédure équitable, d'impartialité des tribunaux et de légalité. Pour des raisons évidentes, ces obligations pèsent d'abord et avant tout sur les tribunaux, gardiens de la démocratie.

Ainsi, il nous incombe d'adopter des *principes proactifs* qui régiront et encadreront l'utilisation de l'intelligence artificielle dans le domaine judiciaire au lieu de l'employer aveuglement ou de manière *ad hoc*. Il importe de souligner

---

<sup>100</sup> Voir le Principe 3 – Droit d'appel – des Santa Clara Principles : « *Companies should provide a meaningful opportunity for timely appeal of any content removal or account suspension* » (Les Santa Clara Principles furent développés lors de la conférence Content Moderation at Scale à la Santa Clara University's High Tech Law Institute, Washington, DC, 7 mai 2018).

## TITRE DU COLLOQUE

que, dans l'ère numérique, « voir n'est plus croire »<sup>101</sup> – un phénomène dont le traitement dépasse certes la discussion restreinte de ce texte, mais qui mérite d'être soulevé comme question future qui influencera non seulement la formation de la magistrature, mais aussi le droit de la preuve de manière bien plus générale.

En effet, il appert que l'approche européenne traitée dans la troisième partie du texte pourrait inspirer le Canada à développer des principes souples, flexibles et – dans la mesure possible – éventuellement harmonisés sur le plan international, aptes à guider la magistrature dans son emploi de l'IA. Cette approche – peaufinée davantage – saurait mieux satisfaire l'impératif de la légitimité démocratique, car les acteurs privés, suivant un modèle corporatif particulier, ne peuvent et ne doivent surtout pas épauler les impératifs de la justice (surtout – mais non seulement – à la lumière des préjugés qui se cachent souvent derrière la technologie soi-disant neutre).

### « Garder la main de l'homme » – un droit d'opposition à la prise de décision automatisée

Dans un deuxième temps – et fidèle à la Charte, qui bien entendu veille au droit à un procès juste et équitable entre autres droits judiciaires méticuleusement enchâssés – il faudra s'inspirer des articles 21 et 22 ainsi qu'aux principes innovateurs mis en avant dans le RGPD précité qui, dans une section moins bien connue mais qui présage de l'avenir, reconnaît le droit au regard humain et à la transparence dans la prise de décision par l'IA.

Loin de nous l'idée de formuler des recommandations plus concrètes et mieux élaborées ici. Cependant, on peut noter qu'afin de promouvoir une réflexion plus poussée sur la transparence et sur la supervision « humaine » du processus judiciaire, il est utile de se référer au concept allemand de *Drittwirkung*<sup>102</sup>. Développé dans le contexte du droit constitutionnel, ce principe, résumé brièvement, prévoit que les parties privées sont aussi soumises aux principes des droits de la personne. Pour nos fins, cela inclurait les plateformes et les développeurs d'algorithmes employés dans le contexte judiciaire et fournirait un point de départ utile à la discussion qui nous occupe.

### Cas « simples » et « complexes » ou difficiles : l'IA n'écarte pas la règle du droit

Alors que les cas dits « simples » pourraient vraisemblablement être traités par des algorithmes dans le futur, les cas plus complexes (ou étiquetés « difficiles » par l'ancien juge en chef Barak, définis comme « ces affaires dans lesquelles il y a plus qu'une réponse légale au problème juridique posé »<sup>103</sup>)

<sup>101</sup> J. ROTHMAN, « In the Age of AI, Is Seeing Still Believing? », *The New Yorker*, 5 nov. 2018.

<sup>102</sup> La doctrine allemande des effets des droits fondamentaux sur les tiers, v. généralement : E. ENGLE, « Third Party Effect of Fundamental Rights (Drittwirkung) » *Hanse Law Review*, vol. 5, no. 2, 1<sup>er</sup> oct. 2009, pp. 165-173.

<sup>103</sup> A. BARAK, « L'exercice de la fonction juridictionnelle vu par un juge : le rôle de la Cour suprême dans une démocratie » *Revue française de droit constitutionnel*, vol. 2, n° 66, 2006, p. 228.

devraient pour leur part être laissés aux magistrats humains, conformément aux normes précitées et aux impératifs de la justice<sup>104</sup>. Car comme souligne ce texte, en référence aux travaux d'une experte du droit international, l'Etat serait tenu en vertu d'un devoir constitutionnel affirmatif de créer des règles de droit privé qui protègent le citoyen contre les actions d'acteurs privés de manière viable sur le plan transfrontalier<sup>105</sup>.

---

<sup>104</sup> J. BARATA, « New EU Proposal on the Prevention of Terrorist Content Online: An Important Mutation of the E-Commerce Intermediaries' Regime », The Center for Internet and Society, 12 oct. 2018, p. 7 : « *it enables a so far undefined set of State bodies to take decisions on content hosted by intermediaries, and gives those same State bodies the power to remove or disable access to it in one hour using a private proxy. A platform that is notified that a particular piece of content violates law in one State must then choose between taking the content down EU-wide or even globally on the one hand, and carrying out State-by State legal analysis on the other* ».

<sup>105</sup> V. R. HOWSE et K. NICOLAIDIS, « Democracy without Sovereignty: The Global Vocation of Political Ethics », in T. BROUDE, Y. SHANY (dir.), *The Shifting Allocation of Authority in International Law - Considering Sovereignty, Supremacy and Subsidiarity - Essays in honour of Professor Ruth Lapidoth*, 1<sup>ère</sup> éd, Oregon, Hart Publishing, 2008, pp. 163-191.