

Mise en garde : Il s'agit d'une version non remaniée et gardant un style oral d'un texte de conférence. Une version définitive et augmentée sera publiée en 2024 dans les actes du colloque chez Larcier, collection « Droit de l'union européenne ».

La régulation de l'innovation. Penser l'encadrement juridique de l'économie numérique

Benjamin Lehaire

Docteur en droit, professeur titulaire, Université TÉLUQ (Université du Québec)
Conférence prononcée à l'Université de La Rochelle (France) le 29 septembre 2023

Introduction

J'aimerais, à titre préliminaire, et pour bien comprendre la suite de mon propos, revenir sur les attendus du projet de loi canadien sur l'intelligence artificielle qui illustre la norme technico-économique que je présente dans mon livre (B. LEHAIRE, *L'innovation hors-la-loi. Les origines de la techno-normativité*, Bruylant, coll. Penser le droit, 2022). Cette norme consiste en la valorisation sociale de l'innovation. Cette valorisation se voit quand le législateur canadien estime « qu'il est **nécessaire** de moderniser le cadre législatif canadien afin qu'il soit **adapté** à l'ère numérique ». La « nécessité » et « l'adaptation » sont ici des mots-clés de la norme technico-économique. Le législateur canadien ajoute que cette loi vise la « confiance », ce qui est « crucial pour la croissance ». Là encore, l'enjeu de croissance économique est topique de cette norme technico-économique. Ces éléments de langage, on les retrouve aussi en France dans la Loi pour une République numérique. Je renvoie à mon livre pour plus de détails à ce sujet.

Ce qu'on voit donc, c'est que, pour nos législateurs, une norme sociale technico-économique fonde la nécessaire adaptation de la société aux innovations et impose une régulation.

Autre point intéressant, lorsque le législateur, toujours au Canada, prévoit des sanctions administratives pécuniaires, il se croit obligé de se justifier ce qui, en soi, est très étonnant. Il précise que « La sanction administrative pécuniaire vise *non pas à punir, mais à favoriser le respect de la* » loi (art. 29 (1) et (2))¹. Punir serait donc devenu un objectif ringard du droit, c'est pour cela que l'on ne réglemente plus, qu'on interdit plus, mais que l'on régule dans le domaine du droit économique. Que signifie « réguler » ?

I. La régulation : caractéristique néo-libérale de la pensée juridique occidentale

A. La régulation comme caractéristique du néo-libéralisme

¹ Je remercie Vincent Gautrais, professeur de droit à l'Université de Montréal, de m'avoir fourni ce cas dans un projet d'article qu'il m'a communiqué.

Le mot « régulation » traduit dans la pensée juridique occidentale l'idée d'un objet juridique qui ne se soumet pas spontanément à l'Interdit. On refuse de dire cela est Interdit, cela est illégal. « On » étant le pouvoir législatif et réglementaire, l'État pour le dire concrètement et simplement. L'État donc refuse de dire ce qui est Interdit. Dès lors, la réglementation cède le pas à la régulation.

Pour illustrer ce point, j'aimerais me référer à la pensée néo-libérale. Je sais que l'expression est devenue connotée de façon très négative. Elle est synonyme souvent d'ultra-libéralisme et ne veut plus dire grand-chose. Elle résonne comme une dénonciation dans la bouche de ceux qui l'utilisent. Ici, je veux vous en parler du point de vue de l'histoire de la pensée économique et juridique. Les néo-libéraux avaient des choses à dire sur la loi. Cela nous permet sans doute d'expliquer ce qui se passe actuellement dans les montages normatifs occidentaux au sujet de l'IA par exemple, mais aussi spécifiquement de l'encadrement de l'utilisation des données à caractère personnel. Pour vous résumer cette pensée juridique néo-libérale, elle consiste à faire du droit, entendu comme la norme juridique étatique, un outil de promotion du progrès par l'adaptation des agents économiques au changement. Il ne doit pas permettre de créer des rentes de situation, des monopoles. Le principe de concurrence est le moteur de la réforme néo-libérale dans le sens d'une promotion de la liberté individuelle, comme la liberté d'entreprendre.

Par exemple, un auteur comme Friedrich Hayek rappelle au début de la *Constitution de la liberté*, que « Dans un régime de liberté, la sphère libre de l'individu comprend toute action qui n'est pas explicitement restreinte par une loi générale » (p. 300). En matière d'innovation, la question de la liberté du commerce est primordiale et se heurte théoriquement à toute tentative de « réglementation ». La réglementation consiste en l'encadrement, la mise en place d'un cadre normatif, qui, par nature, dans la conception néo-libérale, nuit à la liberté et donc ultimement à l'innovation. En fait, dans la conception néo-libérale, la réglementation « rigide », contraignante, doit seulement viser « l'efficacité du mécanisme d'adaptation » (Hayek, p. 316).

Cette adaptation de l'individu aux changements nécessaires au progrès passe par le Marché. Sur le marché, le père de la réforme libérale dans les années 1930, Walter Lippmann, journaliste et intellectuel américain, écrivait dans son livre majeur *La Cité libre* (1937) : « Il est impossible de concevoir un autre moyen [que le marché pour] ajuster l'infinie variété des ambitions et des aptitudes à l'infinie variété des besoins et des goûts » (P. 230). Le marché est donc un mécanisme d'adaptation et le droit vient au soutien de ce mécanisme.

B. Une pratique normative liée au marché

Pierre Legendre parlait d'une « pratique normative » liée au Marché. Il disait : « Le marché relève d'une constitution de la médiation », c'est-à-dire choisir un médiateur qui est ni plus ni moins selon Legendre que la Main invisible d'Adam Smith dans la mesure où « le marché prend statut d'une *mise en scène normative*, lieu public d'une liturgie instituée » (p. 21). Et Legendre ajoutait que « Le droit n'est pas une caisse enregistreuse, et le juriste

un manutentionnaire de la régulation » (Mayali, p. 24). Pourtant, on voit bien comment, avec la notion de « conformité » ou de « compliance », les juristes sont devenus des manutentionnaires de la régulation, par exemple de la vie privée avec les cadres normatifs sur la protection des données à caractères personnels. Ne parle-t-on pas maintenant de *privacy officers* ou de DPO pour *Data protection officers* ?

La régulation n'est pas seulement un mode d'encadrement du marché, mais vient avec cette notion, un rôle social assigné au juriste. Quel est ce rôle ? Legendre ne le dit pas. Par contre, l'idée que se fait Legendre du travail des juristes nous renseigne : « le juriste est un travailleur à façon : exécuter un travail sans fournir la matière première » qui est corps, image et mot. C'est la théorie legendrienne de l'anthropologie dogmatique.

On voit donc que la régulation n'est pas qu'un mot pour parler de l'encadrement juridique sans Interdit. Il a une influence sur le travail juridique. A. Supiot explique à son tour dans *Homo juridicus*, « Règlementer, c'est dicter des règles de l'extérieur, tandis que réguler, c'est faire observer les règles nécessaires au fonctionnement homéostatique² d'une organisation »³. Il ajoute, « [...] qu'elle s'exprime en technologie ou en droit, l'idée de régulation expose, si on la pousse à l'extrême, à l'utopie d'un monde entièrement purgé de conflits et susceptible de se passer de la figure du Tiers »⁴, comprenons de la Loi.

II. Un art de l'ajustement ou le juridisme américain

A. Arbitrer le rapport entre des libertés concurrentes

Ensuite, la régulation renvoie à un concept fuyant, car il ne pose pas d'Interdit, il est une dynamique, **un art de l'ajustement**⁵. Il relève plutôt de ce que Platon qualifie dans *Le sophiste* d'éristique, c'est-à-dire « l'art de discuter des choses justes et injustes ». La régulation est ainsi le signe du juridisme américain, ramené à l'art de la dispute entre des prétentions opposées. C'est, d'une certaine façon, l'opérationnalisation du critère de l'adaptation néo-libérale. Comment adapter la société au progrès, donc au changement ? Tel est l'obsession néo-libérale. La réponse est : par l'arbitrage des différends *a posteriori* et non par des solutions législatives *a priori*, comme le veut la méthode déductive du droit civil s'opposant en cela à la méthode inductive de la Common law. En effet, la méthode déductive suppose un texte prévu d'avance que le juge va appliquer à des situations particulières. La méthode inductive, celle de la Common law, permet de partir de l'enjeu pratique pour en dégager une solution juridique adaptée aux besoins réels, croit-on, créés par le choc entre des libertés concurrentes.

Ce n'est pas pour rien que les néo-libéraux sont très favorables à la Common law (ex. polémique autour du rapport *Doing Business*). Or ces différends sont le fruit de libertés individuelles antagonistes dans un système juridique libéral.

² Équilibre d'un appareil complexe.

³ p. 200.

⁴ p. 202.

⁵ J.-Cl. MICHEA, *L'empire du moindre mal. Essai sur la civilisation libérale*, p. 35.

Le domaine de la religion aux États-Unis est particulièrement illustratif de cela. Comment en effet concilier une liberté religieuse, valeur cardinale dans le système constitutionnel américain, et le pouvoir de l'État qui vient limiter cette liberté ? Ce contentieux nous apprend beaucoup sur la notion de régulation. La régulation est ainsi l'arbitrage entre des intérêts divergents, mais légitimes *a priori*. Cet arbitrage est confié non pas au pouvoir législatif, mais bien au pouvoir judiciaire. On voit bien l'intérêt pour les innovations ici, puisqu'on n'interdit pas *a priori* l'innovation, mais en tant que fruit de la liberté d'entreprise, seule une liberté concurrente peut venir la limiter et le législateur se trouve ainsi délivré de l'odieuse de l'interdiction et s'en remet aux parties prenantes pour établir la réglementation et au juge pour l'application détaillée. En effet, déléguer l'*imperium* aux parties prenantes pour établir par exemple des cadres est une solution médiane. Le législateur s'en remet aux experts et aux parties prenantes pour établir un « cadre » *a priori*, mais conforme aux attentes du Marché, sans s'en remettre au juge de droit commun pour régler des questions épineuses dont la solution judiciaire pourrait contrecarrer l'innovation. On peut citer le cas de la requalification des contrats de partenariat des chauffeurs Uber en contrats de travail à titre d'exemple.

La régulation est donc l'art de l'ajustement entre des libertés. C'est là où je veux en venir. Pour cette raison, on retrouve aussi beaucoup la notion de « consentement » dans le droit positif du numérique, car le « consentement » renvoie au principe de libre examen hérité de la pensée protestante. L'objectif est de parvenir à un équilibre entre la liberté du commerce, laquelle se nourrit par exemple des données personnelles, et dont dépend la capacité d'innovation des États, et la confiance du public, confiance qui repose largement sur la transparence des mécanismes numériques et l'information afin d'obtenir la libre adhésion des consommateurs, par exemple en faisant de leur consentement une pièce maîtresse de la régulation.

B. Inflation législative et expert-régulateur : les manifestations quotidiennes de la régulation

Donc on voit que la notion de régulation n'est pas si fuyante que cela, pourvu qu'on la replace dans un contexte politique et juridique clair, celui du juridisme américain et de la pensée néo-libérale sur la Loi, qui a largement déteint sur l'Union européenne dans tous les domaines. L'inflation législative européenne résulte, en somme, de ces facteurs, surtout de l'adhésion de l'UE au modèle néo-libéral de pensée sur le droit qui consiste à ajuster le mécanisme concurrentiel par l'utilisation de cadres normatifs mouvants, tellement mouvant qu'ils vont jusqu'à l'anticipation de problématiques futures.

La régulation, c'est aussi le visage du fameux « régulateur », cette figure du tiers qui persiste, mais pas dans une forme trop intransigeante, comme peut en avoir l'air un tribunal de droit commun. Le législateur crée une autorité administrative indépendante (cela fait moins peur aux entrepreneurs), ou au Canada, on a aussi des tribunaux administratifs qui relèvent de cette logique, par exemple le Tribunal de la protection des renseignements personnels créé par le projet de loi C-27. Le régulateur incarne la figure de l'expert seul capable de mettre ses mains dans les mécanismes du Marché, sans tout détraquer. Je rappelle en effet que dans la pensée néo-libérale, le Souverain, démocratique ou monarque

absolu, ne doit pas toucher aux mécanismes du marché, seule une délégation à des experts, en vue de réformes visant l'adaptation de la société au moyen du mécanisme concurrentiel est possible.

Conclusion

En conclusion, mon objectif était de mettre en perspective notre travail de juriste et les évolutions du droit, notamment parce que la régulation est le signe d'une mutation dans le rapport de la Loi à la liberté du commerce.

L'innovation est un sujet sensible dans nos sociétés occidentales. Le législateur ne peut pas être contre le progrès, source de croissance et pour libérer les flux économiques, notamment dans le secteur très changeant du numérique, il faut un encadrement juridiquement lui-même dynamique qui, conformément à la pensée néo-libérale sur le droit, sera adaptable au progrès.

La régulation apparaît depuis quelques années comme le concept clé répondant à cette exigence d'adaptation, mais elle s'accompagne paradoxalement, en tout cas à première vue (car cela s'explique par l'ADN du néo-libéralisme), d'une inflation réglementaire au contenu flou accompagnée de régulateurs spécialisés, et finalement une grande confusion que les juristes, « manutentionnaires de la régulation », doivent maintenant démêler, notamment dans le cadre de ce colloque.