



AIX-MARSEILLE UNIVERSITÉ

Faculté de droit et de sciences politiques

Institut de droit des affaires

Centre de Droit Économique

MÉMOIRE

« L'automatisation des contrats face au droit classique »

Préparé par Sarah Abdallah

Master 2 Droit économique

Sous la direction de M. Louis THIBIERGE

Année Universitaire 2022-2023

REMERCIEMENTS

Je tiens à remercier tout particulièrement Monsieur THIBIERGE, directeur du Master 2 Droit économique et directeur de ce mémoire, pour son attention, son encadrement et ses conseils constants et judicieux tout le long de mes recherches et de la rédaction de ce mémoire.

Je tiens aussi à remercier l'ensemble des professeurs du Master 2 Droit économique pour leurs conseils pertinents et pour la richesse de leurs enseignements qui ont largement contribué à l'aboutissement de mes études et de ce mémoire.

Je tiens aussi à remercier mes parents et mes amis pour leur support inconditionnel et leur encouragement continu tout au long de cette année mais surtout durant la rédaction de ce mémoire.

Sommaire

Partie 1 : L'appréciation de la formation du contrat automatisé par le droit classique

Titre 1 : Le rejet du recours à la théorie de la représentation pour déduire la formation des contrats automatisés :

Titre 2 : L'option pour un accord de volonté direct conforme au droit classique

Partie 2 : L'appréciation de la validité des contrats automatisés par le droit classique :

Titre 1 : Une appréciation objectivité de la volonté

Titre 2 : Analyse renouvelée des vices de consentement automatisés

Principales abréviations :

Al : alinéa

Art : article

ASS. H. Cap : assemblée henri capitant

BTC : Bitcoin

C. Civ : code civil

Cass. Ass. Plen : assemblée plénière de la Cour de cassation

CCE : convention des nations unies sur l'utilisation de communications électroniques dans les contrats internationaux

Coll. : collection

éd : édition

ETH : Ethereum

Fasc. : Fascicule

IA : intelligence artificielle

ML : Machine Learning

Op. cit. : opus citatum

PUAM : presse universitaire Aix- Marseille

RDC : Revue des contrats

RTD civ : Revue trimestrielle de droit civil

SICC : Singapore international commercial court

Introduction :

Le contrat : « *est une espèce de boîte
noire dont le fonctionnement est incertain,
et peut-être pas susceptible
d'investigation : à l'entrée, des volontés
privées ; à la sortie, des effets trouvant
leur cohérence autour des obligations
concernées* »¹

Le droit privé a été défini par Montesquieu comme : « les lois dans le rapport que tous les citoyens ont entre eux ». Le droit privé va donc régir les rapports des particuliers entre eux. Dans cette approche, le droit des contrats paraît une illustration parfaite de cette relation. Le contrat c'est le fruit des échanges entre les particuliers.

Malgré sa simplicité apparente, la notion de contrat n'a pas été facile à définir. Cette définition a connu beaucoup de modifications à travers les différentes réformes.² Elle est passée de la définition présentée dans l'ancien article 1101 du Code civil qui disposait que le contrat est «*la convention par laquelle une ou plusieurs personnes s'obligent envers une ou plusieurs autres à accomplir une prestation* », vers une définition plus claire et explicite sur la formation de cette convention. Il s'agit selon les auteurs d'une définition modernisée du contrat.

L'article 1101 dans sa dernière formulation dispose que : « *Le contrat est un accord de volontés entre deux ou plusieurs personnes destinées à créer, modifier, transmettre ou éteindre des obligations* ».

¹ R. Libchaber, « réflexions sur les effets du contrat », in Mélanges offerts à Jean-Luc Aubert, propos sur les obligations et quelques autres thèmes fondamentaux du droit, Dalloz 2005, p. 211 et s., spéc

² J. Flour, J-L. Aubert, E. Savaux, *Droit civil. Les obligations : L'acte juridique*, 17e éd. 2022, SIREY ; p. 127

Cette nouvelle définition va abandonner la définition du contrat par une référence ambiguë à la convention, pour une définition qui se réfère à l'accord de volonté. C'est donc une manifestation de volonté qui va rencontrer une autre, et qui portent sur la création, modification ou transmission des obligations qui va donner lieu au contrat.

Le contrat a été donc défini à travers sa formation : par la rencontre des volontés. Mais cette formation est-elle aussi simple qu'elle ne paraît ? La notion de volonté contractuelle, paraît simple et accessible, mais revient en réalité à une complexité liée à la psychologie de son émetteur : la personne.

C'est pour cette raison que le contrat a été assimilé à un tableau dans un musée. Observé de loin, il paraît clair et simple. Plus on se rapproche et on le contemple, plus on s'aperçoit des détails et de la complexité de l'œuvre. On va chercher à le comprendre, à analyser ses significations, le message s'inscrivant derrière ces lignes tracées sur une toile.³ La notion de volonté n'a de la simplicité que son nom. La doctrine a considéré que ce que l'on vise par le terme volonté, sera la volonté interne de la personne, alors que la volonté déclarée va être le consentement qui la porte⁴. C'est donc cette manifestation de la volonté qui importe pour la formation des contrats et qui va avoir un effet.

La manifestation, c'est « l'action de rendre manifeste »⁵, « faire connaître ce qui est caché »⁶. Juridiquement, la manifestation va être considérée comme « toute action d'exprimer sa volonté (par écrit, oral ou tacite) »⁷, ou « tout comportement, actif ou passif, qui permet de conclure l'existence d'une certaine volonté »⁸. Entre la volonté et sa manifestation, l'apparition des nouvelles technologies a augmenté la complexité de la recherche de cette volonté.

³ P. Gaiardo, « théorie objective et subjective du contrat, étude critique et comparative (droit français et américain) » préface de M. Fabre-Magnan, LGDJ, 2020, p. 1

⁴ F. Binois, « consensualisme et formalisme à l'épreuve de l'électronique », PUAM, 2021

⁵ Idem ; Dictionnaire littéraire en ligne, v. manifestation (sens 1) ;

⁶ Dictionnaire de l'académie française en ligne, *op.cit.* ;

⁷ G. CORNU, ASSOCIATION HENRI CAPITANT, Vocabulaire juridique, *op. cit.*, v^o expression de la volonté, p. 441 : C'est la « manifestation expresse ou tacite de volonté » ; *Ibidem*, v^o manifestation de la volonté, p. 641

⁸ A. RIEG, « Rapport sur les modes non formels d'expression de la volonté en droit civil français », Travaux de l'ass. H. CAPITANT, Journées Suisses, 1968, t. 20, Dalloz, 1972, p. 43, n^o 3

En effet, « ce ne sont pas les philosophes avec leurs théories, ni les juristes avec leurs formules, mais les ingénieurs avec leurs inventions qui font le droit et surtout le progrès du droit »⁹. Cette formule montre l'influence que va jouer le progrès technologique dans l'élaboration du droit. Le droit des contrats, et la manifestation de la volonté sont sans exception à ce principe. En effet, comme tout aspect de la vie humaine, cette manifestation de la volonté va être influencée par l'évolution de la technologie. Nous avons été témoin de cette évolution avec le développement de l'Internet et des moyens de communication électronique. La manifestation de la volonté contractuelle a commencé à se traduire par une communication électronique. Cela a abouti à une évolution du droit pour prendre en compte ces évolutions, par deux lois, une en 2000 et une autre en 2004. Ces lois ont réformé le droit des contrats, on a désormais dans le Code civil une partie consacrée aux contrats conclus par voie électronique.

Mais le développement ne connaît pas de limites. Les informaticiens ne cessent de développer les capacités des algorithmes, et cela va élargir leur champ d'application pour intervenir dans la création et la prise de décision. Ils ont donc dépassé la simple finalité de communication pour jouer un rôle plus actif. Dans le domaine contractuel, les algorithmes d'exécutions, du type « if...then » vont être mis en place pour exécuter les contrats, ce sont les célèbres « *smart contracts* », qui vont se développer et prendre de l'importance avec l'avènement de la technologie des registres distribués « blockchain ». Mais ces algorithmes ne vont pas toucher à la volonté contractuelle et n'ont aucun rôle à jouer dans la formation du contrat. Les *smart-contracts* vont seulement automatiser l'exécution des contrats, et ne vont avoir aucune incidence sur la volonté contractuelle, ni même sa manifestation.

C'est surtout l'IA qui va venir automatiser la formation du contrat. L'IA va être le fruit du développement exponentiel des capacités des algorithmes et va de ce fait préoccuper le public ainsi que les juristes. Elle désigne « la possibilité pour une machine de reproduire des comportements liés aux humains, tels que le raisonnement, la planification et la créativité ».¹⁰ L'IA est un logiciel qui va permettre aux systèmes techniques de percevoir leur environnement, gérer leurs

⁹ A. COLLIARD. « La machine et le droit privé français contemporain ». Le droit privé français au milieu du XXème siècle; Etudes offertes à Georges Ripert. t.1. LGDJ, 1950, p. 115

¹⁰ Actualité, Parlement européen, « Intelligence artificielle : définition et utilisation »

perceptions, résoudre les problèmes et entreprendre des actions pour atteindre un but précis. Le logiciel va recevoir les données, les analyser et puis réagir.¹¹ L'importance de ces systèmes intelligents va se développer avec le développement remarquable des algorithmes. Les algorithmes peuvent être dotés d'une capacité de ML. Machine Learning. C'est la possibilité pour l'algorithme d'apprendre des expériences précédentes seul et sans intervention humaine. Ces systèmes de plus en plus opérer de manière autonome.

Désormais, la machine va effectuer des tâches qui étaient auparavant une exclusivité humaine. Elle va remplacer l'homme dans le domaine intellectuel en imitant sa façon de raisonner et de résoudre les problèmes. Ce dispositif est doté d'une autonomie qui le caractérise des autres outils informatiques, et a pour conséquence l'imprévision face au résultat final qu'il va générer.

Il faut pourtant noter qu'aucune IA ne dispose d'une intelligence « générale », comparable à l'homme. L'IA va toujours opérer dans le cadre de la tâche spécifique qui lui a été confiée. Même si elle dispose d'une certaine autonomie, l'IA reste toujours dépendante de la programmation qui lui a été faite par son utilisateur.

Les débats autour des effets que ces machines autonomes vont engendrer, ont été principalement menés dans le cadre de la responsabilité délictuelle faces aux actions de ces machines. Pourtant l'intervention de l'IA dans le contrat, qui était de l'ordre de la science-fiction, est désormais une réalité. L'IA a déjà transformé la négociation contractuelle et la formation des contrats dans divers domaines, et va dans ce sens changer la vision du droit des contrats même¹². C'est la formation du contrat qui est remise en cause. Le contrat étant un accord de volonté, l'existence de cet accord et sa validité, à l'aune de l'automatisation de la conclusion du contrat, est problématique. La volonté contractuelle est en effet une notion difficile à cerner, sa complexité va être aggravée par la diminution de l'intervention humaine dans sa manifestation.

Dans une affaire qui est la première sur le sujet, la cour d'appel de Singapour a été amenée à trancher un litige portant sur un contrat conclu par l'interaction de deux systèmes automatisés

¹¹ Idem ;

¹² L. Henry Scholz, " Algorithmic Contracts", Stanford Technology Law Review, Vol. 20:2, fall 2017; M. Oliver « Contracting by artificial intelligence : open offers, unilateral mistakes, and why algorithms are not agents », Australian national university journal of law and technology, Autumn 2021;

d'IA¹³. C'est dans le cadre d'échange de BTC et ETH que ces systèmes vont effectuer, de façon autonome et sans intervention humaine. La cour a été amenée à trancher sur la question de la formation du contrat sa validité. Ensuite, la cour devait se prononcer sur l'opportunité de qualifier l'erreur du logiciel en un vice de consentement.

Cette affaire a montré que les litiges qui vont naître à l'épreuve des transactions diverses, vont à un certain moment, revenir à l'application du droit commun des contrats, et ses notions les plus fondamentales pour les régler.

C'est une illustration de la réaction classique face à toute invention technologique qui va être mise en place. On va en premier la régir par l'application du droit positif en la matière. Cette application va certainement créer des défis et des problèmes juridiques, sociaux, économiques ou même techniques. Cela va amener le droit à évoluer pour faire face à ces enjeux et s'adapter au progrès de l'homme.

Le cas échéant, le droit des contrats classique, et on entend bien par cette expression le droit commun des contrats, qui régit les contrats classiques conclus entre les personnes par un échange entre eux, est donc face à une nouvelle pratique : C'est l'automatisation des contrats.

Il paraît donc nécessaire de savoir si le droit classique des contrats est en mesure d'appréhender l'automatisation des contrats, qui va intervenir lors de la formation de celui-ci, et de faire face à ses enjeux juridiques et techniques.

L'autonomie des systèmes automatisés, qui vont mettre en œuvre l'IA pour conclure les contrats, va animer une discussion portant sur la formation d'un tel contrat. La substitution de la personne par une IA va donc semer le doute autour de l'existence d'un consentement nécessaire à la formation du contrat. C'est donc ce qui a motivé le débat sur l'existence du consentement, en d'autres termes sur la formation du contrat (partie 1). Mais la réalité du problème ne va pas être l'existence de ce consentement, mais son intégrité qui peut mettre en péril la validité du contrat automatisé. Cette insécurité juridique ne peut être acceptée. C'est dans cette vision qu'il faut

¹³ Quoine Pte Ltd v B2C2 Ltd [2020] SGCA(I) 02 ; Civil Appeal No 81 of 2019

concentrer l'étude sur la validité des contrats automatisé, pour connaitre si les outils classiques vont être suffisants (partie 2).

Partie 1 : L'appréciation de la formation du contrat automatisé par le droit classique

Classiquement, on déduit la formation du contrat de la rencontre d'une offre et d'une acceptation émanant chacune de la partie. C'est l'expression de leurs volontés qui va se rencontrer. La formation du contrat naturellement ne pose pas de problème, c'est le résultat d'une interaction humaine. Mais avec l'automatisation, cette interaction a diminué pour donner lieu à l'intervention d'un système autonome. La question est de savoir si l'on peut considérer qu'un contrat a bien été formé. S'inscrivant dans cette vision, une partie de la doctrine a proposé d'assimiler l'intervention du système automatisé de l'IA, à celle d'un représentant de la partie dans la formation du contrat, une proposition qui doit être refusée (titre 1). En effet, même avec l'intervention de l'IA dans la formation des contrats, on est encore en présence d'une rencontre de volonté directe (titre 2).

Titre 1 : Le rejet du recours à la théorie de la représentation pour déduire la formation des contrats automatisés

L'automatisation va impliquer le remplacement de la personne par un logiciel, une IA, dans la négociation et la formation des contrats. La première réaction des juristes va être la mise en échec de ces contrats et la recherche d'une méthode pour les justifier. D'où le recours à la représentation : l'IA va être assimilée au représentant de la partie dans le contrat. (Chapitre 1), cette assimilation va être refusée à cause de son incohérence juridique (Chapitre 2).

Chapitre 1 : Une assimilation ambitieuse des systèmes automatisés aux représentants

Face à la nouveauté de cette pratique en droit des contrats, la notion a suscité le doute des juristes. En les comparant aux contrats traditionnels, leur formation a été mise en échec (section 1) et la représentation a été proposée comme solution (section 2).

Section 1 : La formation des contrats automatisés mise en échec

En premier, il paraît nécessaire de présenter la notion de contrats automatisés (paragraphe 1) avant de montrer comment leur appréciation par le droit positif a été problématique (paragraphe 2).

Paragraphe 1 : La notion de contrat automatisé

Le terme de contrat automatisé englobe un grand nombre de notions, et peut intervenir dans différentes phases de la vie contractuelle. En premier, on va faire la définition de la notion de contrats automatisés (partie A), avant de présenter sa mise en œuvre dans la formation du contrat. (Partie B)

A- Définition des contrats automatisés

Les contrats automatisés sont les contrats qui ont été négociés, formés et/ou exécutés par l'intervention d'un système automatisé¹⁴.

Pour définir les systèmes automatisés, elles ont été assimilées aux systèmes de messageries automatisés, défini par l'article 4-g de la convention des Nations unies sur l'utilisation de communications électroniques dans les contrats internationaux (CCE) : « *g) le terme "système de messagerie automatisé" désigne un programme informatique, un moyen électronique ou un autre moyen automatisé utilisé pour entreprendre une action ou pour répondre en tout ou en partie à des messages de données ou à des opérations, sans intervention ou contrôle d'une personne physique à chaque action entreprise ou réponse produite; »*¹⁵

Avec les systèmes automatisés utilisés dans la formation du contrat, la machine va donc non seulement faciliter la communication, mais va dans ces cas être à l'initiative de cette communication. Le rôle de ces logiciels va se développer du simple rôle de passif cryptographe à un rôle plus actif dans les échanges commerciaux¹⁶.

¹⁴ CNUDCI, groupe de travail IV (commerce électronique), notes du secrétariat : « utilisation de l'intelligence artificielle et de l'automatisation pour les contrats », avril 2022.

¹⁵ Convention des nations unies sur l'utilisation de communications électroniques dans les contrats internationaux

¹⁶ Tom Allen & Robin Widdison, Can Computers Make Contracts, 9 Harv. J. L. Tech 25, 47-50 (1996)

En s'inspirant de cette définition, on a considéré que les systèmes automatisés vont donc procéder au traitement des données saisi à travers une multitude de sources pour générer un résultat, ce résultat peut à son tour déclencher d'autres processus automatisés, sans aucune intervention humaine. Dans le cadre de leurs mises en place dans la négociation, formation ou exécution du contrat, le résultat sera bien évidemment, l'émission des messages de données constitutives d'une offre, acceptation, ou toute autres action prises en guise d'exécution du contrat.¹⁷

L'idée de l'automatisation des contrats n'est pas nouvelle en soit, l'intervention de la machine dans le processus contractuel remonte à bien plus loin, mais c'est surtout le développement des systèmes automatisés qui deviennent de plus en plus sophistiqués que la discussion autour de ces contrats a pris de l'ampleur. Les contrats intelligents « smart contracts » et les systèmes de registres distribués « blockchain » ont été les plus problématiques. Le développement de l'intelligence artificielle et les algorithmes issus de la machine Learning a aussi pris part aux débats.

En effet, toutes les technologies et logiciels utilisés reposent sur le même principe. Une programmation sera effectuée, pour traduire le langage humain en langage informatique, par la suite, sera déclenché un algorithme qui va chercher à résoudre le problème posé¹⁸. Quel que soit le code utilisé et le but recherché, ou même l'effet retenu, l'acte sera mis en place par un algorithme. C'est l'étendue de cet algorithme et ces capacités et son mode de fonctionnement qui va le plus influencer le droit des contrats.

Les « smart contract » peuvent être des contrats automatisés, et vont mettre en place un algorithme qui fonctionne de manière prédéfinie par les parties sur la règle : « if...then ». Or, les smart contract ne sont pas des contrats, mais des programmes informatiques destinés à réaliser une tâche, qui n'est pas nécessairement un contrat. Les contrats automatisés peuvent aussi viser les contrats conclus à travers un système d'algorithmes autonomes. Dans des cas un programme informatique détermine les termes d'un contrat, en temps réel, en prenant en compte la disponibilité du produit par exemple ou les qualités de l'acheteur. Dans ces cas, l'algorithme remplace le savoir-faire de

¹⁷ CNUDCI, groupe de travail IV (commerce électronique), *op. cit.*

¹⁸ P. Domingos, *The Master Algorithm: How the Quest for the Ultimate Learning Machine Will Remake Our World* (Allen Lane, 2015)

l'agent humain. Dans d'autres exemples, l'algorithme peut choisir les termes et conditions du contrat, ainsi que les acheteurs et ajuster les termes à chaque transaction.

Dans ces cas, les algorithmes émettent des décisions, qui dans la vie contractuelle classique devraient être émises par une personne. Ce type de contrats automatisés, qui sont des contrats algorithmiques générés par l'intelligence artificielle, reposent sur des « *decision making algorithms* », en plus de la prise de décision humaine. Les contrats algorithmiques sont ceux dans lesquelles un algorithme détermine les obligations d'une partie. Les parties peuvent utiliser ces algorithmes pour négocier avant la conclusion du contrat, pour déterminer ce qu'il doit offrir et ce qu'il doit accepter. Les parties peuvent décider de mettre l'algorithme en fonction après la formation du contrat pour remplir les failles.

Ces types d'intelligence artificielle, ayant la capacité de Machine Learning, peut comme son nom l'indique, apprendre de l'expérience antérieure et prévoir des résultats précis sans une intervention humaine. Il permet à l'algorithme de se développer à travers l'expérience acquise et d'apprendre sans être programmé explicitement. Son utilisation est devenue répandue dans divers domaines, santé, éducation, finance, etc.

La différence majeure entre l'intelligence artificielle qui utilise un système de machine Learning et les algorithmes traditionnels est que ces derniers étaient programmés pour résoudre un problème précis d'une manière précise, par contre, l'intelligence artificielle qui utilise la technique ML peut aboutir à des décisions, en s'autoprogrammant et sans aucune intervention humaine.

On peut donc définir les contrats automatisés comme tout **contrat** qui nécessite la substitution de la personne par un algorithme, durant la vie contractuelle. Ces contrats sont ceux dans lesquels l'intervention humaine va être limitée.

B- La mise en œuvre des contrats automatisés dans la formation du contrat

Les contrats dont la formation est automatisée, ou contrats algorithmiques sont utilisés dans divers domaines, et sont déjà mis en actions dans le but de rationaliser les transactions, améliorer l'efficacité et échapper à la lenteur des contrats classiques.

Ce type de contrat est surtout retrouvé dans les transactions haute fréquence et les transactions effectuées sur des plateformes en ligne, ainsi que les transactions lancées par des appareils intelligents. Ces scénarios ne sont pas exclusifs, et peuvent impliquer l'interaction d'un humain et d'un système automatisé ou l'interaction de systèmes automatisés entre eux. Ils impliquent également l'automatisation de différentes étapes du cycle de vie d'un contrat, depuis la définition des conditions d'une offre et de l'acceptation jusqu'à l'exécution des contrats.

Le secteur de la finance peut être le domaine où se met en place le plus large usage des algorithmes et de l'IA dans la conclusion des contrats. Dans ce domaine, les algorithmes de négociations hautes fréquences sont utilisés pour exécuter des transactions à grande vitesse sur les marchés financiers. Les algorithmes sont programmés en guise de la négociation automatisée des contrats d'achat- vente d'actifs financiers en fonctions des conditions prédéfinies. Dans ce type de contrat, l'algorithme va substituer les investisseurs, pour déterminer la meilleure façon de générer des profits selon ces conditions prédéfinies. Les algorithmes sophistiqués vont ou bien offrir un prix, compte tenu de son programme et de l'action sur le marché, ou bien décider d'accepter ou de refuser une offre, sur la base des mêmes critères. Le programme de l'algorithme ne va pas apparaître pour l'autre partie, tout ce qui va apparaître est une offre de prix, ou une acceptation ou un rejet d'une offre¹⁹.

L'industrie de la publicité en ligne fait aussi usage de cette technologie. Les algorithmes vont négocier et former les contrats de publicité entre les annonceurs et les éditeurs. C'est l'algorithme qui va à travers l'analyse de données (inventaires publicitaires disponibles, critères de ciblage, enchères en temps réel) prendre la décision de conclure le contrat.

Dans le même sens, les algorithmes peuvent, à travers le traitement des données sur le profil individuel des assurés (historiques des réclamations, données démographiques, comportement de l'assuré, etc.), évaluer les risques et personnaliser les polices d'assurance.

¹⁹ L. Henry Scholz, "Algorithmic Contracts", Stanford Technology Law Review, Vol. 20:2, fall 2017; Jerry W. Markham, High-Speed Trading on Stock and Commodity Markets- From Courier Pigeons to Computers, 52 SAN DIEGO L. REV. 555, 563 (2015)

Ces utilisations interviennent dans le cadre d'un secteur spécifique, or l'IA (et donc les algorithmes *machine learning*), peuvent tout simplement être mises en place par une personne physique ou morale, à travers un site qui gère un commerce quelconque. Les « *dynamic pricing algorithms* » sont utilisés pour définir les prix sur le site du commerçant, en l'adaptant aux conditions du marché, ou en considération au profil personnel du contractant.

On peut donc voir à travers ces diverses utilisations de l'automatisation dans la formation contractuelle que la partie va mettre en action un programme d'IA, (qui à son tour fonctionne par des algorithmes ML), pour le substituer dans la négociation du contrat.

Dans cette approche cet **outil informatique**, va venir remplacer le contractant dans la prise de décision tant dans la négociation, ou la définition des termes du contrat, que dans la décision de former le contrat. Il va **représenter** le contrat dans le processus de contracter.

Paragraphe 2 : L'appréciation problématique de l'automatisation par le droit positif

L'intervention de l'automatisation lors de la formation des contrats va s'effectuer à travers des systèmes d'IA. Le contrat étant un accord de volonté (partie A), une incertitude a été soulevée face à sa conclusion par des systèmes autonomes (partie B).

A- Le contrat : un accord de volontés

L'article 1101 du code civil définit le contrat : « *Le contrat est un accord de volontés entre deux ou plusieurs personnes destinées à créer, modifier, transmettre ou éteindre des obligations* ». ²⁰

Le contrat est donc un accord de volontés. La volonté c'est la « faculté de déterminer librement ses actes en fonction de motifs rationnels ; pouvoir de faire ou de ne pas faire quelque chose » ²¹. Dans un sens plus juridique, elle est considérée comme étant « la conscience de ce que l'on va faire et, d'autre part, l'intention de le réaliser » ²².

²⁰ C, Civ. Art. 1101.

²¹ Dict. Le petit Larousse, 2019, v° « Volonté »

²² BUFFELAN-LANORE, Yvaine, LARRIBAU-TERNEYRE, Virginie, *Droit civil. Les obligations*, 17ème éd., Sirey, p. 336

Le contrat est formé par la rencontre d'une offre et d'une acceptation par lesquelles les parties manifestent leur volonté de s'engager.²³ L'offre doit être ferme et précise, elle doit donc montrer la volonté de la personne d'être liée par les termes suffisamment précisés dans cette offre. Une simple manifestation de la volonté de conclure un contrat n'est pas suffisante à engager la personne. De ce fait, pour être liées par les termes du contrat, les deux parties doivent manifester un consentement suffisamment précis, qui ne laisse aucun doute sur la volonté de la personne de s'engager.

On peut dire donc que la vision prédominante en droit considère que le contrat est fondamentalement une expression de la volonté, objectivement exprimée par les parties dans le *Common Law*, ou subjectivement en droit français, et qui montre que les parties veulent être liées par le contrat.

B- Un accord de volonté incertain

La substitution des systèmes automatisés à la personne dans l'émission de l'offre et de l'acceptation va créer un effet incertain sur le consentement²⁴.

Dans l'hypothèse d'automatisation de la négociation et de la formation du contrat, où une partie utilise les algorithmes pour choisir par exemple le prix ou le cocontractant, on peut bien considérer que cette offre n'est pas émise par la partie, mais c'est le système automatisé qui utilise les algorithmes qui va émettre cette offre. Le contractant peut en être conscient mais également peut l'ignorer totalement. Le problème que posent les algorithmes constitue en ce que la partie qui les a mis en place n'est pas nécessairement consciente de ce que l'algorithme a décidé, et donc de ce qu'il a offert ou accepté comme terme de contrats.

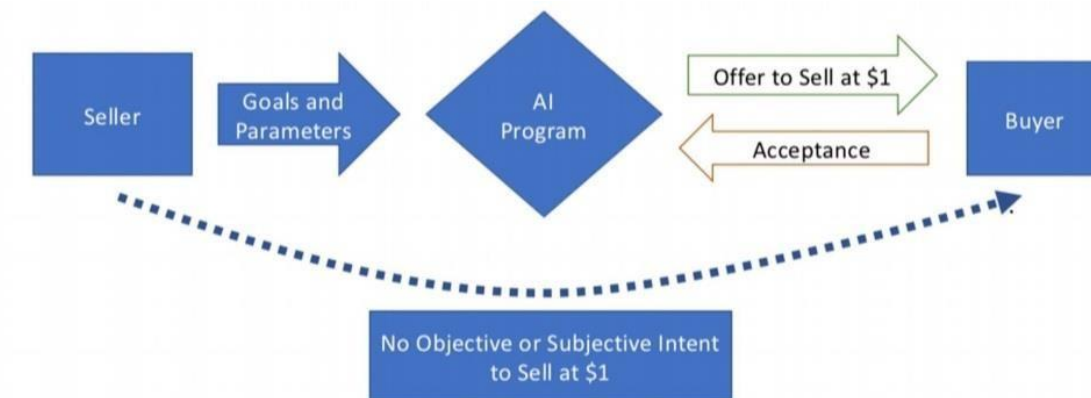
Si on prend l'exemple d'une boutique de vente de pièces d'antiques rare, ANNIE ANTIQUES qui va mettre en place un logiciel d'IA, avec un algorithme sophistiqué, pour gérer son site, et pour déterminer les prix en temps réel, basée sur les circonstances du marché. La partie contractante ne

²³ C. Civ. Art. 1113

²⁴ S. Simonyan, « Le droit face à l'intelligence artificielle, analyse croisée en droit français et arménien » 2021; M. Oliver « Contracting by artificial intelligence : open offers, unilateral mistakes, and why algorithms are not agents », *Australian national university journal of law and technology*, Autumn 2021;

va pas savoir en temps réel quelle pièce a été vendue, à qui cette pièce a été vendue, ni à quel prix.

A première vue il nous paraît que la partie peut être considérée ne pas avoir nécessairement la volonté de conclure ce contrat. En fait, l'AI peut ne pas exprimer « l'intention réelle de son utilisateur et émettre une offre qui n'exprime pas sa volonté »²⁵. Le problème va se poser si l'algorithme offre une pièce rare à 1\$, cela reflète-t-il la volonté du contractant, et donc un contrat va-t-il être valablement formé ?



Il y a un manque de volonté spécifique de conclure **ce contrat** à ces termes précis par ANNIE. La programmation du logiciel d'IA ne détermine pas précisément les termes du contrat projeté, le vendeur ne donne que des instructions considérées vagues. Le système automatisé n'est pas considéré comme étant une communication de l'offre émise par le vendeur à l'acheteur, mais il détermine lui-même les termes de cette offre, sans retour au vendeur, et il va communiquer cette offre, en l'occurrence de vendre la pièce à 1\$.

²⁵ S. Simonyan, « Le droit face à l'intelligence artificielle, analyse croisée en droit français et arménien », *op. cit.* ;

Le même raisonnement va être adopté pour traiter l'acceptation qui, de même, va être émise par l'IA, en réponse à une offre qu'il a reçue, et cela par une évaluation faite selon les circonstances et en vue des paramètres émises par la partie qu'il représente.

Section 2 : La proposition du mandat comme solution au problème de validité du contrat

Traiter l'IA et les algorithmes autonomes qu'elle génère comme de simples outils au service des contractants ont été jugé comme insuffisants pour la majorité de la doctrine. Selon leur approche, l'IA va représenter la partie qui lui a transféré ce pouvoir d'agir en son nom et pour son compte (paragraphe I), ou une telle représentation va être déduite de l'apparence (paragraphe II).

Paragraphe 1 : Une représentation par transfert volontaire du pouvoir

La représentation volontaire doit traditionnellement prendre la forme du mandat (partie A), de ce fait, on a considéré que le système automatisé doté de l'IA va représenter la partie dans le contrat, les systèmes automatisés constituent donc des mandataires artificiels (partie B)

A- Le mandat, la forme de la représentation volontaire

Le code civil a traité de la représentation dans le contrat, en marge de la capacité de contracter. Pourtant le code ne donne pas une définition claire de cette notion. L'article 1153 dispose que : *« Le représentant légal, judiciaire ou conventionnel n'est fondé à agir que dans la limite des pouvoirs qui lui ont été conférés »*²⁶

L'article 1154 ajoute que: *« Lorsque le représentant agit dans la limite de ses pouvoirs au nom et pour le compte du représenté, celui-ci est seul tenu de l'engagement ainsi contracté.*

*Lorsque le représentant déclare agir pour le compte d'autrui mais contracte en son propre nom, il est seul engagé à l'égard du cocontractant »*²⁷

Il n'y a pas donc une définition claire de la représentation dans le code. Une définition animée par une approche moderne a analysé la représentation « en faisant référence au pouvoir d'agir dans

²⁶ C. Civ. Art. 1153

²⁷ C. Civ. Art 1154

l'intérêt d'autrui ».²⁸ La représentation va donc permettre au représentant de lier le représenté par un acte qu'il va conclure en son nom et pour son compte²⁹, de telle sorte que « les effets actifs et passifs de cet acte se produisent directement dans le patrimoine de cette dernière »³⁰. En d'autres termes, le représentant ne sera pas tenu des effets de l'acte qui se produisent directement sur la tête du représenté³¹.

Les termes des articles 1153 et 1154 du code civil montrent que la notion essentielle de la représentation repose sur la question de transfert de pouvoir, une notion qui n'a pas été définie par le code.³² Par contre, des indications ont été fournies à propos des sources de la représentation.

La représentation peut être légale ou judiciaire, dans ces deux cas elle trouvera sa source respectivement dans les textes ou dans une décision judiciaire. L'étendue de cette représentation sera donc déterminée par la source qui lui a donné lieu³³. Dans ces deux cas, la représentation n'est pas volontaire, et le pouvoir n'est pas transféré par une volonté du représenté, ni dans les conditions qu'il a fixées. Le représenté est dessaisi des pouvoirs ainsi visés pendant la durée de la représentation³⁴. Ce sont les cas où cette personne dont la capacité à gérer ses propres intérêts est mise en cause et de ce fait sa protection nécessite son dessaisissement de l'exercice de ce pouvoir. Un tiers va être investi de ce pouvoir, et ce transfert sera organisé légalement ou judiciairement, et non conventionnellement parce que cette personne ne détient plus ce pouvoir pour avoir la possibilité de le transférer³⁵.

Par contre la représentation est volontaire lorsque le représenté délègue « volontairement » le pouvoir au représentant, par le biais d'un contrat, plus spécialement un mandat. C'est le représenté

²⁸J. Flour, J-L. Aubert, E. Savaux, *Droit civil. Les obligations : L'acte juridique*, 17e éd. 2022, SIREY M. Storck, « Essai sur le mécanisme de la représentation dans les actes juridiques », préf. Huet-Weiller, LGDJ, « Bibl. droit privé », t. 172, 1982 ; P. Didier, « De la représentation en droit privé » n. 38 ;

²⁹ Idem ;

³⁰ J. Ghestin, G. Loiseau, Y-M. Serinet, *traité de droit civil, la formation du contrat* ; Tome 1 : le consentement, 4^e éd., LGDJ ;

³¹ J. Flour, J-L. Aubert, E. Savaux, *Droit civil. Les obligations : L'acte juridique*, *op. cit.* ; V. Lévy et Castelado, « Histoire du droit civil », Dalloz, « précis », 2^e éd., 2010, n. 602 s. ; Le vocabulaire juridique de l'Association Capitant (dir. G. Cornu, PUF, 11e éd., 2016)

³² J. Flour, J-L. Aubert, E. Savaux, *op. cit.*

³³ J. Ghestin, G. Loiseau, Y-M. Serinet, *op. cit.* ;

³⁴ C. Civ. Art 1159 al. 1

³⁵ J. Flour, J-L. Aubert, E. Savaux, *op. cit.* ;

qui va déterminer par ce contrat l'étendue et la durée de cette représentation. C'est un transfert de pouvoir qu'il organise lui-même pour ses propres intérêts. Dans ce cas, le représenté conserve la capacité d'exercer ces droits.³⁶ Le transfert volontaire est conventionnel, parce que la personne détient toujours ce pouvoir et a la liberté de le transférer de ce fait.

B- Un transfert volontaire des pouvoir aux systèmes intelligents

Pour combler le problème supposé du consentement, une théorie a été proposée et qui repose sur le fait de considérer que l'algorithme mis en place par les logiciels l'IA, joue le rôle de représentant de la partie dans le contrat³⁷. On a eu recours à « *agency law* », une notion de la *Common law*. En droit français, cela repose sur le recours à la représentation dans le contrat. Et plus précisément, on a considéré que c'est le mandat qui est visé parce que comme déjà traité, c'est le type de représentation volontaire, où c'est la personne qui détient le pouvoir d'agir, qui va volontairement transférer ce pouvoir et va organiser librement ce transfert.

La solution proposée sera donc de considérer que le programme d'IA représente la personne qui l'a mis en action. C'est la dualité des logiciels d'IA qui a justifié cette proposition. En fait l'autonomie de l'algorithme est limitée par les paramètres sur lesquels il a été programmé, et donc les limites fixées par l'utilisateur³⁸. En effet, le mandataire est un agent autonome, mais qui doit agir dans les limites du pouvoir qui lui a été transféré.

Quand la partie met en place un logiciel d'IA, qui est programmé pour générer un résultat, avec les algorithmes de ML, la partie a bien défini les limites du résultat projeté, mais elle n'a point connaissance de ce que la décision finale sera précisément. L'algorithme va apprendre et va se développer à travers le traitement de grande masse de données, et par la suite générer le résultat.

³⁶ C. Civ. Art. 1159 al. 2 J. Ghestin, G. Loiseau, Y-M. Serinet, « traite de droit civil, la formation du contrat » *op. cit* ;

³⁷ L. Henry Scholz, " Algorithmic Contracts", Stanford Technology Law Review, Vol. 20:2, fall 2017; S. Simonyan, « Le droit face à l'intelligence artificielle, analyse croisée en droit français et arménien »

³⁸ Simonyan, « Le droit face à l'intelligence artificielle, analyse croisée en droit français et arménien », *op.cit.*

Dans les deux cas, que ce soit les contrats automatisés ou les contrats conclus par la voie d'un représentant, il existe cette incertitude, ce risque que l'agent va au-delà de la volonté de la partie, *stricto sensus*.³⁹

Paragraphe 2 : Une représentation par effet de l'apparence

Une autre proposition a été faite, à savoir, celle de la représentation par effet de l'apparence. On va avoir recours au mandat apparent qui produit les effets de représentation (partie A), pour déduire que le pouvoir de l'IA puise sa source de cette apparence (partie B)

A- La théorie de l'apparence produisant un effet de représentation

Cette théorie d'origine prétorienne va être consacrée par l'article 1156 du Code civil, dans son alinéa premier disposant que : « *L'acte accompli par un représentant sans pouvoir ou au-delà de ses pouvoirs est inopposable au représenté, sauf si le tiers contractant a légitimement cru en la réalité des pouvoirs du représentant, notamment en raison du comportement ou des déclarations du représenté.* »⁴⁰

Cette théorie va donc permettre « au tiers contractant, de s'opposer à l'inopposabilité du contrat au prétendue représenté »⁴¹. Elle a été consacrée par un arrêt de l'assemblée plénière de la Cour de Cassation le 13 décembre 1962⁴². Cet arrêt va consacrer le mandat apparent ou le tiers va croire légitimement que le mandataire a reçu mandat du mandant. Une partie va croire, de façon erronée, qu'une autre partie est mandatée. Cette partie va se fonder sur cette apparence pour conclure un acte qui normalement n'est pas valable, mais dans ce cas va produire des effets⁴³.

³⁹ *Idem* ;

⁴⁰ C. Civ. Art. 1156 al. 1

⁴¹ J. Flour, J-L. Aubert, E. Savaux , op. cit

⁴² Ass. Plén. 13 déc. 1962, n. 57-11.569, Bull. Ass. Plén., n.2, D 1963, note Calais-Auloy, RTD civ. 1963. 372, obs. Cornu, JCP 1963. II. 13105, note Esmein, GAJC, Tome 2, 13e éd., 2015, n. 282 : « le mandant peut être engagé sur le fondement d'un mandat apparent, même en l'absence d'une faute susceptible de lui être reprochée, si la croyance du tiers à l'étendue des pouvoirs du mandataire est légitime, ce caractère supposant que les circonstances autorisaient le tiers à ne pas vérifier les limites exactes de ces pouvoirs » ; R. cabrillac, « la theorie generale de la representation dans le projet de refirme du droit des contarts francais », in melanges D. R. Martin, LGDJ, 2015, p.111. préc.

⁴³ P. Gaiardo, « théorie objective et subjective du contrat, étude critique et comparative (droit français et américain) » préface de M. Fabre-Magnan, LGDJ, 2020

On va donc protéger les tiers contre les situations d'inopposabilité de l'acte pour défauts de pouvoirs, lorsque celui-ci a eu une croyance légitime de l'existence de ce pouvoir ⁴⁴. Pour caractériser cette dernière, on va se baser sur « l'attitude du représenté »⁴⁵ : son comportement ou ses déclarations.

À titre d'exemple, on peut voir le fait de ne pas notifier la révocation du mandat à l'autre partie, contractant habituel, comme comportement créateur d'une croyance légitime. Il existe aussi d'autres circonstances qui selon la Cour de Cassation ne va pas autoriser le contractant à vérifier le pouvoir de la partie et ses limites, comme la faible importance du contrat, les relations antérieures et la confiance entre les parties, un défaut de communication d'une information qui concerne l'étendue de la représentation...⁴⁶

Pour conclure, on peut donc considérer que le mandant peut être lié, par les actes conclus par un tiers « mandataire » si certaines conditions ont été remplies : en premier, que le mandataire a par ses comportements ou ses déclarations créé une apparence d'autorité chez le mandataire, c'est-à-dire que cette personne est investie du pouvoir d'agir en son nom et pour son compte. On ajoute de plus, que le contractant de bonne foi a manifesté une croyance légitime que cette personne a le pouvoir d'agir, et c'est en se basant sur cette croyance qu'elle s'est engagée.

B- L'intelligence artificielle face à une représentation par apparence

Un autre courant a considéré que la théorie du mandat doit être prise par une approche différente, pour faciliter son application et pour être plus adaptée aux contrats automatisés. Cela va consister à appliquer la notion de mandat apparent. C'est l'équivalent en droit français de ce qu'on appelle dans les systèmes Common Law : « apparent authority »⁴⁷.

Dans ce cas, la partie qui opère à travers un programme d'IA, peut être considéré avoir effectué un comportement qui crée une apparence légitime chez les autres parties que ce programme est

⁴⁴ A. Dannis-Fantome, « Apparence et contrat », préf. G. Viney., Paris, France, LGDJ., 2004 ; Capitant, Terré, Lequette et Chénéde, GAJC, Tome 2, 13^e éd., 2015, n 282, préc.

⁴⁵ J. Flour, J-L. Aubert, E. Savaux , op. cit

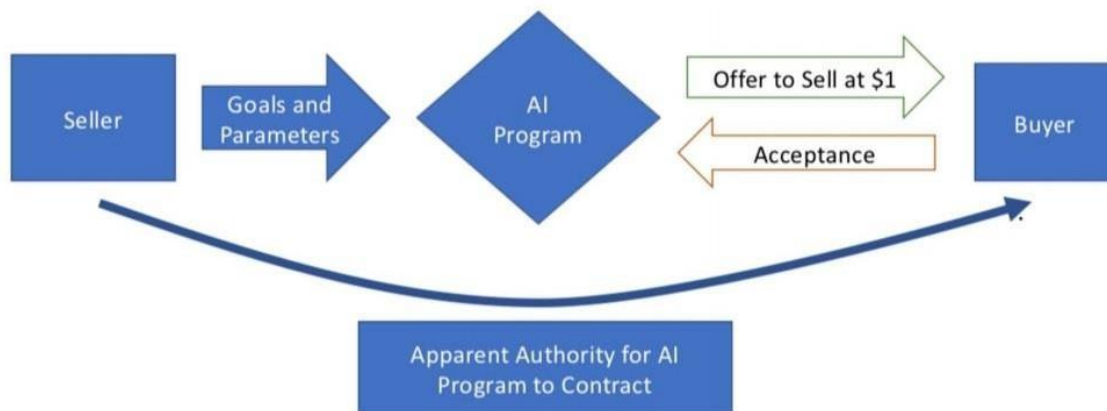
⁴⁶ Idem ;

⁴⁷ M. Oliver « Contracting by artificial intelligence : open offers, unilateral mistakes, and why algorithms are not agents », Australian national university journal of law and technology, Autumn 2021; L. Henry Scholz, “ Algorithmic Contracts”, op. cit.

autorisé à agir en son nom et pour son compte. En d'autres termes, elle crée une croyance légitime que l'offre ainsi que l'acceptation sont générés par un outil ayant le pouvoir de les émettre.

Si on prend l'exemple de ANNIE Antiques, déjà mentionné, en créant le site, Annie peut être considéré comme créant une croyance légitime chez les acheteurs que le site, contrôlé par son programme d'AI, est autorisé à agir en son nom. La relation de représentation n'a pas à être intentionnellement créée, une personne peut être liée par un mandat apparent du fait de son comportement.

Quand cet agent algorithmique va conclure un contrat, il va être considéré comme ayant conclu ce contrat pour le compte de ANNIE, cette dernière va se trouver liée par ce contrat. Quand le programme d'Annie est considéré comme étant son mandataire, il n'est plus important de voir si elle a personnellement manifesté son intention d'être lié par les termes négociés par ce programme. Du moment où l'IA émet un acte qui va « consentir » au contrat projeté, ce « consentement » va être considéré comme suffisant pour lier Annie.



Cette illustration montre l'échange de consentement entre l'acheteur et le vendeur. Même si le vendeur n'a manifesté aucune volonté de vendre à 1 \$, ce contrat va lui être opposé en application

de la théorie du mandat apparent. En programmant l'IA et en mettant les objectifs et les paramètres, le vendeur a effectué des actes suffisants pour créer une croyance légitime que ce programme a l'autorité d'agir au nom de la partie.

Chapitre 2 : Les problèmes juridiques face à l'application de la théorie de représentation

L'intervention de l'IA, avec ses caractéristiques propres, dans la vie contractuelle n'est certainement pas une notion facile à analyser, et va avoir des incidences sur la formation du contrat⁴⁸. Néanmoins, il reste à savoir si l'analyse à travers la représentation est la meilleure solution.

De grandes incertitudes accompagnent cette proposition. En effet, on a réussi à justifier l'existence de l'accord de volonté, mais cela n'est pas sans incidences. D'autres problèmes sont apparus et vont faire obstacle à l'application de cette théorie.

Ces obstacles vont puiser leurs sources dans l'absence de personnalité juridique de l'IA (section 1), un argument fondamental qui a été bizarrement ignoré par les défenseurs de la proposition. Ce manque de personnalité juridique ne va pas être sans effet, et va certainement constituer un obstacle à la représentation au sens juridique (section 2)

Section 1 : L'intelligence artificielle : un objet de droit dépourvue de la personnalité juridique

Pour comprendre le rôle de l'IA dans le contrat, en tant qu'un outil ou en tant que réel « agent contractuel » il paraît essentiel d'analyser sa qualification légale (section 2) à l'aube de la division classique du droit en objet ou sujet de droit (section 1)

Paragraphe 1 : La division classique en objet et sujet de droit

Les droits subjectifs vont avoir des titulaires, et des choses sur lesquels ils vont porter⁴⁹. C'est cette logique qui va aboutir à l'établissement de la différence entre sujet de droit ayant une personnalité juridique (A), et les objets de droit dépourvus de cette personnalité(B).

⁴⁸ S. Simonyan, « Le droit face à l'intelligence artificielle, analyse croisée en droit français et arménien » ; p. 182

⁴⁹ Y. Blandin, C. Lavielle, « les grands principes juridiques : sujet et objet de droit, actes et faits juridiques, preuve »
fiche pratique n. 3206, 2023

A- Sujet de droit titulaire de personnalité juridique

Les sujets de droit sont les personnes. C'est « l'être qui jouit de la personnalité juridique » et qui de ce fait jouit de « l'aptitude à être titulaire de droits »⁵⁰. Les sujets de droits sont donc appréciés par leur attribution d'une personnalité juridique. La personnalité juridique est définie comme étant l'aptitude à être détenteur de droits et d'obligations. C'est une condition primordiale pour acquérir une capacité à conclure des actes juridiques.

L'attribution de cette personnalité se fait par la loi aux personnes physiques et aux personnes morales.

La personne physique c'est la personne humaine, vivante et viable. Elle constitue une personne juridique de sa naissance à sa mort. Cette personne est naturelle. En plus des personnes physiques, les personnes morales sont aussi considérées comme étant des sujets de droit, et elles se voient attribué une personnalité juridique. En fait, la notion de personne morale va être définie à travers la personnalité juridique. C'est « toute entité dotée de la personnalité juridique »⁵¹. Ils vont avoir l'aptitude d'être titulaires de droits et obligations, donc de droits subjectifs, et vont avoir une existence juridique propre distincte des personnes qui les gèrent. La loi va régler la naissance et la disparition de la personnalité juridique des personnes morales.

On peut donc conclure que la loi confère exclusivement la personnalité juridique à ces deux types de personnages, les personnes physiques et les personnes morales, en les qualifiant de sujet de droit. Par contre, tout ce qui ne tombe pas sous la qualification de sujet de droit, est considéré objet de droit.⁵²

⁵⁰ Vocabulaire juridique, Cornu, préc.

⁵¹ Definition-juridiques.fr ; définition de la personnalité juridique ; <https://www.definition-juridique.fr/personnalite-juridique/>

⁵² Y. Blandin, C. Lavielle, « les grands principes juridiques : sujet et objet de droit, actes et faits juridiques, preuve » ; op. cit. ;

B- L'objet de droit dépourvue de la personnalité juridique

Les objets de droit sont « les choses sur lesquelles portent des droits subjectifs »⁵³. Elles sont donc dépourvues de la personnalité juridique à la différence des sujets de droit.

Les biens peuvent être des biens matériels ou des biens immatériels. Ils peuvent de même être un élément vivant, végétal ou animal⁵⁴. Même si l'animal est considéré un être doué de sensibilité, il ne constitue pas un sujet de droit. Le seul critère est l'attribution de la personnalité juridique donc la possibilité d'être titulaire de droits et obligations. L'objet de droit comme l'animal peut faire l'objet d'une protection particulière par la loi, mais cela ne change pas sa qualification.

Ni l'existence d'un être vivant, ni l'autonomie, ou aucun autre critère ne peut faire différencier la qualification. La division est claire. Tout ce qui n'est pas considéré par la loi comme sujet de droit titulaire de personnalité juridique, est un objet de droit.

Paragraphe 2 : la qualification légale de l'IA

En effet, l'attribution de la personnalité juridique aux machines dotés d'une IA est déjà un sujet de débat (partie A), mais une telle attribution n'est possible que par la force de la loi (partie B)

A- Une controverse causée par l'autonomie de l'IA

Avec l'apparence de l'IA, et leur développement rapide, une controverse a pris place autour de leur qualification. En effet, l'IA est caractérisée par son autonomie. Sa dénomination par intelligence a été inspirée par le fait que son fonctionnement imite l'intelligence humaine.

On a considéré que l'IA doit être dotée de personnalité juridique en raison de l'autonomie, qui la distingue des autres biens ⁵⁵. Cette autonomie a été mise en évidence avec la demande d'établissement d'un régime de responsabilité relatif aux dommages causés par les machines autonomes qui fonctionnent avec la technologie d'intelligence artificielle.

⁵³ Idem ;

⁵⁴ Idem ;

⁵⁵ Bensoussan A., Droit des robots, préc., aborde ce sujet à la p. 41 de son livre ; projet de rapport de la députée Mady Delvaux, commission des affaires juridiques, du 3 mai 2016, PR\1095387FR.doc, p. 13 du projet de rapport. Son rapport a été adopté par le Parlement européen le 16 févr. 2017.

C'est cette autonomie qui a poussé une grande partie de la doctrine d'assimiler l'IA à un représentant, un « agent » qui va agir pour le compte de la partie. Or la question de la personnalité juridique n'a pas été discutée par ces derniers.

Il a été considéré que l'IA doit remettre en cause le droit existant, et doit donner lieu à une nouvelle forme de personnalité juridique. De même, une comparaison avec les animaux a été faite, ainsi qu'une proposition de mettre en place un droit de la robotique pour permettre d'établir les droits et obligations des robots⁵⁶.

Tous ces débats et propositions ont été animés par une seule circonstance : l'autonomie de l'IA. Néanmoins cette autonomie est-elle suffisante pour l'instauration d'une nouvelle forme de personnalité juridique ? La loi ne s'est pas encore prononcée.

B- Absence de personnalité juridique par la force de la loi

On a pu conclure que la personnalité juridique est attribuée par la force de la loi, qui elle seule permet de différencier les sujets des objets de droit. C'est exclusivement les personnes physiques ou morales qui sont dotées de cette personnalité.

L'intelligence artificielle ne constitue certainement pas un sujet de droit, elle ne tombe sous l'égide d'aucune de ces divisions. « Le robot ne peut disposer de la personnalité juridique, ni même s'en voir reconnaître une »⁵⁷. L'IA n'est ni un être humain, ni une personne morale.

Peu importe l'ampleur de son autonomie ou des actes qu'elle y prend part, peu importe aussi l'intelligence dont elle fait preuve⁵⁸. L'IA qui imite le fonctionnement de l'être humain n'est pas un être humain vivant et viable.

Toutes ces caractéristiques ne constituent pas les « critères déterminants »⁵⁹ de la reconnaissance d'une personnalité juridique. L'IA peut être même plus autonome que la personne, ou même plus

⁵⁶ Idem ;

⁵⁷ T. Daups, « Le robot, bien ou personne ? Un enjeu de civilisation ? », Petites Affiches - 11 mai 2017 - no 94

⁵⁸ Le robot « intelligent » est-il un bien comme le grille-pain inintelligent ? Incomparables par leurs capacités, ce sont des biens car tous deux non humains, non vivants et produits manufacturés

⁵⁹ T. Daups, « Le robot, bien ou personne ? Un enjeu de civilisation ? », Op. cit.

intelligente que lui parfois, mais cela ne permet pas de lui attribuer une personnalité juridique, tant que la loi n'a pas stipulé une telle attribution.

De ce fait, l'IA, ne peut pas être dite de détenir n'importe quel droit ou obligation, en d'autres termes, elle ne peut pas être titulaire de n'importe quel droit subjectif.

Cette qualification de l'IA n'est donc pas sans effets, surtout face aux allégations doctrinales de la possibilité d'assimiler les systèmes d'IA qui génère les contrats, aux représentants légaux et surtout aux mandataires.

Section 2 : Les effets de la qualification en objet de droit sur la représentation juridique

L'absence de la personnalité juridique de l'IA est le reproche essentiel à l'application de la théorie de la représentation aux contrats automatisés. Cela n'est certainement pas sans incidence.

Cela va paraître clair sur deux volets. Le premier repose sur le fait que la représentation a besoin d'un fondement, qui va permettre de l'établir et de la réglementer. Faute d'absence de personnalité juridique de l'IA, la représentation volontaire de nature contractuelle, à savoir le contrat de mandat, ne peut pas être établi (paragraphe I). Le deuxième va consister sur les effets de la représentation. (Paragraphe II)

Paragraphe 1 : Inexistence d'un fondement juridique de la représentation

La représentation se base sur un fondement juridique. Quand elle est volontaire, son fondement est de nature contractuel (partie A) et de ce fait ne peut être établi avec un objet (partie B).

A- La représentation volontaire de nature contractuelle

Dans le cas de recours à l'IA, le transfert de pouvoir est volontaire, il doit avoir un fondement contractuel. En effet, la représentation est soit légale, soit judiciaire, soit conventionnelle.⁶⁰ L'existence d'une représentation doit avoir un fondement. Le texte de l'article 1153 du C.Civ est clair, et énonce une liste exclusive des sources de la représentation.

⁶⁰ C. civ. Art. 1153

La forme de représentation qui est volontaire, doit donc avoir un fondement conventionnel et doit avoir ses limites fixées entre les deux personnes effectuant ce transfert par un contrat. C'est notamment le régime du mandat qui va trouver application.

La définition du mandat est présentée à l'article 1984 C. Civ. : « *Le mandat ou procuration est un acte par lequel une personne donne à une autre le pouvoir de faire quelque chose pour le mandant et en son nom.* »

Le contrat ne se forme que par l'acceptation du mandataire. »⁶¹

Le mandat est donc en premier un acte, c'est donc un contrat, avec toutes les conséquences juridiques de cette nature. L'article donne plus de précision en disant que c'est un contrat par lequel une personne donne à une autre un pouvoir. C'est donc une relation contractuelle entre deux personnes juridiques.

Cet accord de volonté va fixer toutes les limites et l'étendue du pouvoir de transférer et va réglementer de ce fait la relation entre le mandant et le mandataire.

B- Impossibilité d'établissement d'un mandat avec une IA

La nature contractuelle de la relation de représentation, suppose donc la présence de deux sujets de droit, qui peuvent conclure des actes juridiques. C'est l'exercice d'un droit subjectif, qui est exclusif aux sujets de droit, comme déjà présenté.

Entre une personne et un objet, aucune relation contractuelle ne peut être établie. L'IA n'a pas la capacité d'accepter de représenter son propriétaire, pour faire quelque chose en son nom et pour son compte. Le fait de programmer une IA, peut fixer les limites et l'étendue du pouvoir exercé par cette dernière, mais n'est point constitutif de contrat. L'IA n'a pas, et ne peut pas manifester une volonté constitutive d'acceptation de cette mission.

En présence de cette impossibilité de voir une relation contractuelle de mandat entre la personne et l'IA, la supposition de la représentation de l'IA pour cette partie dans le contrat, se trouve sans fondement. En effet, la représentation volontaire a pour seul fondement le contrat et qui dans ce

⁶¹ C. Civ. Art. 1984.

cas est inexistant. En absence de fondement légale de la relation, on ne peut pas prétendre l'existence d'une représentation de n'importe quel type que ce soit.

Pourtant, l'absence de fondement légal pour cette relation prétendue de représentation n'est pas la seule conséquence de la non-attribution de personnalité juridique à l'IA. La nature de l'IA va avoir d'autres conséquences sur le fonctionnement même du mécanisme de représentation.

Paragraphe 2 : Impossibilité du transfert de pouvoir à un objet incapable de le détenir

En effet, la loi conditionne ce transfert au fait d'être effectué d'une personne à une autre, donc admet une condition de personnalité juridique (partie A), cette condition est en fait nécessaire pour avoir un représentant capable d'accomplir les actes objet de la représentation (partie B).

A- La représentation : un transfert de pouvoir d'une « personne » à une autre

En effet, le transfert de pouvoir doit être à une personne juridique. C'est un mécanisme selon lequel « une personne (le représentant) agit pour une autre (le représenté) »⁶². Le corps et l'essence de cette théorie est de justifier que les actes pris par une personne tierce au contrat soient considérés comme liants la partie par un contrat. C'est cette intervention d'une « personne » distincte des parties qui est problématique.

On peut bien conclure que le mécanisme de représentation qui a comme conséquence le transfert de pouvoir doit s'effectuer entre deux personnes juridiques ⁶³. Cela écarte non seulement l'application de la théorie de représentation volontaire, mais aussi la théorie de représentation par apparence. En effet, avoir l'apparence de détenir le pouvoir de conclure le contrat, suppose la possibilité d'une telle représentation. On ne peut pas dire que l'IA à créer chez le contractant l'apparence de représenter la partie si l'hypothèse d'une telle représentation n'est pas possible en soit.⁶⁴ Le tiers doit en effet légitimement croire aux pouvoirs du représenté. Cela n'est pas possible si le principe de représentation légale suppose qu'il soit effectué par une personne juridique.

⁶² J. Flour, J-L. Aubert, E. Savaux, *Droit civil. Les obligations : L'acte juridique*, 17e éd. 2022, SIREY ;p. 540

⁶³ C. Civ. Art. 1156, J. Flour, J-L. Aubert, E. Savaux, *Droit civil. Les obligations : L'acte juridique*, *op. cit.*,

⁶⁴ M. Oliver « Contracting by artificial intelligence : open offers, unilateral mistakes, and why algorithms are not agents », *Australian national university journal of law and technology*, Autumn 2021;

De plus, la représentation volontaire effectuée par le biais du mandat, vise non seulement à régir les effets de la représentation face aux tiers mais aussi à régir la relation entre les parties de la représentation. Le pouvoir du représentant étant puisé du mandat, il a des obligations à l'égard du représenté et doit assumer la responsabilité contractuelle s'il ne respecte pas l'accord qui régit leur relation. Cela est inconcevable avec l'objet juridique, qui est l'IA qui ne peut ni assumer une responsabilité ni être un débiteur d'une obligation. De ce fait, l'IA ne peut qu'être un outil qui agit pour le compte de la personne et non un représentant de cette personne.

B- L'accomplissement d'actes juridiques objet de la représentation : une exclusivité des personnes juridiques

La finalité de la représentation réside dans le fait que le représentant accomplit les actes au nom et pour le compte du représenté. L'accomplissement de ces actes par une personne distincte qui est elle-même habilitée à accomplir des actes juridiques. Naturellement, à cause de l'effet relatif du contrat, les actes qu'elle accomplit vont naturellement l'engager elle-même, mais exceptionnellement, elle va engager une autre personne, par ce mécanisme juridique.

Or, l'IA avec sa qualification d'objet ne peut pas accomplir des actes. Elle ne peut pas être détentrice de droits ni d'obligations. De ce fait, elle ne peut pas accomplir des actes juridiques, en tant qu'entité autonome juridiquement de la personne de son utilisateur.

L'absence de cette autonomie juridique et donc l'incapacité de l'IA de conclure aucun acte juridiques elle-même est la raison pour laquelle on ne peut pas considérer comme beaucoup ont considéré que cette IA doit être considérée plus qu'un simple outil. Pour la considérer plus qu'un simple outil qui exprime la volonté de son utilisateur, elle doit avoir une volonté propre et une capacité de conclure des actes elles-mêmes pour justifier ce transfert de pouvoir, ce qui n'est pas le cas. L'IA ne peut être qu'un simple outil utilisé par la partie pour la conclusion du contrat.

Titre 2 : Un accord de volonté direct, conforme au droit classique

Le débat a donc été orienté vers l'existence de l'accord de volonté. La partie peut-elle se prévaloir que le contrat conclut en son nom par l'IA et les algorithmes « autonomes » représentent-ils une réelle volonté.

La volonté est une notion qui est en fait le fondement du droit des contrats. C'est autour de cette volonté que le droit des contrats a été construit. De ce fait, on a un fondement théorique qui va étudier l'autonomie de cette volonté et va en déduire les conséquences sur la formation du contrat. D'autre part on va avoir des règles qui vont traiter de la manière dont les volontés des parties vont être extériorisées pour se rencontrer. C'est à travers la célèbre rencontre de l'offre et de l'acceptation.

Face à l'automatisation on va suivre le même raisonnement. En premier on va étudier dans comment le mécanisme d'automatisation peut être appréhendé par le principe de l'autonomie de la volonté (chapitre 1), pour ensuite voir comment l'accord algorithmique peut être homogénéisé avec l'accord de volonté classique (chapitre 2).

Chapitre 1 : La possibilité d'appréhender le concept d'automatisation par l'autonomie de la volonté

Pour reprendre l'idée de base, le contrat est « un accord de volontés ». La volonté va donc former l'essence du contrat, c'est son fondement. En effet, la théorie de l'autonomie de volonté, constitue un fondement du contrat et des principes généraux qui vont l'encadrer.⁶⁵

La critique des contrats automatisés qui vont être générés par l'IA est essentiellement que ce types de contrats peuvent ne pas représenter la volonté du contractant. C'est ce postulat qui a motivé la quête du consentement, mais qui est finie par la perte des auteurs dans la théorie de la représentation. Pourtant, le fondement des contrats automatisé va être le même fondement classique du contrat, à savoir l'autonomie de la volonté.

⁶⁵ J. Flour, J-L. Aubert, E. Savaux, « Droit civil. Les obligations : L'acte juridique », 17e éd. 2022, SIREY ; p. 179

Selon cette philosophie présente au coeur du droit français des contrats, le contrat est fondé exclusivement sur la volonté des parties.⁶⁶ De ce principe va diverger deux principes fondamentaux en droit des contrats, le consensualisme quand a la forme de la manifestation de la volonté et le principe de la liberté contractuelle relatif au contenu de ce contrat⁶⁷.

L'automatisation concerne en fait ces deux volets de la volonté. La partie va choisir de programmer une IA pour manifester sa volonté de contracter d'une part (section 1), et va lui permettre de déterminer les termes de ce contrat d'une autre part (section 2).

Section 1 : Le principe de consensualisme : une expression de la liberté d'automatiser la volonté

Le principe en droit français, c'est le consensualisme, c'est la liberté de manifester la volonté de la façon qu'on désire, cette liberté va justifier le choix des parties de recourir à l'automatisation de leurs volontés (paragraphe I), de plus, les formalismes relatifs aux contrats électroniques ne vont pas influencer cette liberté, l'automatisation et le recours à l'IA allant au-delà de leurs régimes (paragraphe II).

Paragraphe 1 : La liberté d'automatiser la manifestation de volonté

Le principe général en droit français, pour la manifestation de la volonté contractuelle est le consensualisme (partie A), c'est la liberté dans la manifestation de la volonté qui englobe l'automatisation de cette volonté (partie B).

A- Le consensualisme : principe général du droit des contrats

Selon Carbonnier : « le contrat a une existence juridique par la seule force de la volonté, sans que celui-ci ait besoin d'être revêtu de quelque empreinte qui lui serait conférée d'en haut [...] le consentement, non point la forme, est une condition essentielle pour la validité du contrat, d'où le

⁶⁶ Josserand, « Aperçu général des tendances actuelles de la théorie des contrats », RTD ci, 1937 ; Josserand « L'essor moderne du concept contractuel », in Mélanges Gény, tome 2, Sirey, 1934, p. 333; Morin, « La désagrégation de la théorie contractuelle du Code », Archives Phil. dr 1940. 7 ; Durand, « La contrainte légale dans la formation du rapport contractuel », RTD civ. 1944. 73; J. Mestre, « L'évolution du contrat en droit privé français », in L'évolution contemporaine du droit des contrats, PUF, 1986, p. 40 ; J. Flour, J-L. Aubert, E. Savaux, « Droit civil. Les obligations : L'acte juridique », 17e éd. 2022, SIREY, p. 175

nom de consensualisme que l'on donne à cet aspect de l'autonomie de la volonté : en principe, tous les contrats sont consensuels et le formalisme apparaît comme une exception, sinon comme une aberration »⁶⁸

On a considéré que ce que l'on vise par le terme volonté, ça sera la volonté interne de la personne, alors que la volonté déclarée va être le consentement qui la porte⁶⁹. C'est donc cette manifestation de la volonté qui importe pour la formation des contrats et qui va avoir un effet.

Il faut donc différencier la forme du formalisme. La manifestation de la volonté par une certaine forme est essentielle et imposée pour la formation de tout contrat. Cette forme sera l'extériorisation de cette volonté. La manifestation de la volonté va donc toujours prendre une certaine forme⁷⁰. Mais cela ne se confond pas avec le formalisme qui est l'imposition d'une forme précise pour la conclusion du contrat.

Les contrats sont généralement consensuels : le droit est indifférent de la forme de l'extériorisation de la volonté et les parties sont libres d'exprimer leurs volontés de n'importe quelle manière⁷¹. Le contrat étant un accord de volonté, cette volonté doit s'extérioriser, en fait, la volonté ne peut engager que si elle a été manifestée⁷².

Par le principe de consensualisme, on entend que l'acte est formé par le seul consentement des parties.⁷³ Ce principe va intervenir généralement dans la phase de formation du contrat, et plus précisément pour l'appréciation de l'existence d'une « condition de forme »⁷⁴.

Selon les différentes approches doctrinales de ce principe, on peut retenir que : « Le consensualisme consacre la liberté d'expression du consentement »⁷, de même on peut ajouter

⁶⁸ Droit civil, 4. Les obligations, 22^e éd., PUF, 2000, n. 16

⁶⁹ F. Binois, « consensualisme et formalisme à l'épreuve de l'électronique », PUAM, 2021

⁷⁰ H. JACQUEMIN, Le formalisme contractuel, Mécanisme de protection de la partie faible, Larcier, 2010, p. 30

⁷¹ A. Bérnabent, « droit des obligations » 17^e éd., LGDJ, Coll. Domat, 2018 ; F. Terré, Ph. Lequette et al., « Droit civil des obligations, 12^e éd., 2018, Dalloz, Coll. Précis ; Ch. Larroumet, S. Bros, « Traite de droit civil, T3, Les obligations, le contant » 9^e éd., Economica, coll. Corpus droit privé – droit civil, 2018 ; J. Flour, J-L. Aubert, E. Savaux, « droit civil des obligations, T.1, L'acte juridique » 16^e éd., Dalloz, coll. Sirey, 2014 ;

⁷² F. Binois, « consensualisme et formalisme à l'épreuve de l'électronique », *op. cit.* ;

⁷³ V. Forray, « le consensualisme dans la théorie générale du contrat », préf. G. Pignarre, LGDJ, 2007, p. 7

⁷⁴ *Idem* ;

⁷⁵ F. TERRE, Ph. SIMLER, Y. LEQUETTE, Droit civil, Les obligations, 8^e éd., Dalloz, 2002, n. 127

dans le même sens que « les modes d'extériorisation de la volonté sont libres ». Si on prend une approche plus pratique, selon le principe de consensualisme, « sauf exception, aucune formalité n'est requise pour la validité du contrat qui se forme par le simple échange des consentements »⁷⁶, en d'autres termes « Les obligations sont créées par la seule volonté des parties, indépendamment de la forme dans laquelle cette volonté s'est exprimée »⁷⁷.

La volonté de la partie doit donc être extériorisée, et prendre une forme, mais la détermination de la forme de cette extériorisation revête de la liberté du contractant, qui peut donc extérioriser son consentement de la manière qu'il désire.

B- La manifestation de la volonté par les systèmes automatisés face à ce principe

Dans cette même approche, rien ne paraît interdire le choix de la mise en place d'un logiciel automatisé pour extérioriser ce consentement. Un tel système, programmé en vue de générer un résultat précis, va être dans ce cas l'émission d'un message de données constitutives d'une offre ou d'une acceptation⁷⁸. C'est est un moyen de manifester la volonté de la partie et entre sous l'égide de sa liberté de choix dans la forme.

On remarque que ce message de donné peut être communiqué par le système automatisé choisi, sur un site per exemple (comme dans l'exemple du site de commerce en ligne), ou même sous la forme d'un ordre généré par ce logiciel (comme dans l'exemple du trading haute fréquence). Ces exemples montrent bien la capacité du principe de consensualisme d'appréhender un tel choix d'extériorisation.

Il convient cependant de noter que, comme le montrent les exemples, l'automatisation de cette manifestation de volonté, va faire en sorte que cette volonté va s'extérioriser à plusieurs étapes. La partie va en premier choisir d'extérioriser son consentement à travers un algorithme intelligent et va dans ce but paramétrer cet algorithme. C'est la première étape de la manifestation de la volonté. Celui-ci va à son tour traiter les données saisies et générer un résultat. Cette opération va

⁷⁶ V. Forray, « Le consensualisme dans la théorie générale du contrat », préf. G. Pignarre, LGDJ, 2007, p. 8

⁷⁷ H. , L. et J. MAZEAUD et F. CHABAS , Leçons de droit civil , t . II , Vol . 1 , Obligations , théorie générale , 9e éd . par F. CHABAS , Montchrestien , 1998 , n ° 66

⁷⁸ CNUDCI, groupe de travail IV (commerce électronique), notes du secrétariat : « utilisation de l'intelligence artificielle et de l'automatisation pour les contrats », avril 2022

finir par la communication d'une offre. Cette manifestation finale de la volonté, qui sera communiquée au destinataire, va ressembler à celle que pourrait émettre la partie contractante.

De ce fait, on peut dire que, le libéralisme en matière contractuelle dans le droit commun des contrats va être en mesure d'appréhender le mécanisme d'automatisation de la volonté, sur le plan formel, même en l'absence de disposition spéciale dans ce sens.

Pourtant, on trouve dans le code civil des dispositions relatives aux contrats conclus par voie électroniques.

Paragraphe 2 : L'incompatibilité des formalités relatives aux contrats conclus par voie électronique

Les contrats conclus par voies électroniques sont ceux dont la formation résulte de l'utilisation de la voie électronique entre des personnes à distance⁷⁹. Les contrats automatisés biens qu'étant des contrats électroniques, mais ne sont pas totalement appréhendé par cette notion (partie A) de plus, les formalités qui y sont imposées sont incompatible

A- L'automatisation : une notion plus large que la simple voie électronique

Pour les contrats conclus par voies automatisés, on peut considérer qu'en plus des règles de droit commun, les dispositions spéciales correspondantes aux contrats électroniques verront application. On entend par voie électronique tout moyen de communication électronique, courrier électronique, SMS, Internet ou autre.

Pourtant une incertitude peut être invoquée sur l'adaptation de ces notions aux contrats automatisés, en effet, c'est un mode de manifestation de volonté, mais qui ne va pas se réduire à une simple communication de la volonté de la personne. Dans l'hypothèse des contrats automatisés, la partie manifeste par un mécanisme qui se divise en plusieurs étapes. La communication électronique étant l'étape finale. On va avoir en premier la programmation du logiciel, qui va de manière autonome, communiquer l'offre au destinataire, de manière électronique. Cette incertitude résulte du fait que les règles relatives aux contrats électroniques datent de la loi du 21 juin 2004, et ne sont pas conçues pour prendre en considération ce type de

⁷⁹ F. Binois, « consensualisme et formalisme à l'épreuve de l'électronique », op. cit., p.40

pratiques contractuelles. L'automatisation va au-delà de la simple communication par la voie électronique et ne peut y être limitée.

De la une incertitude quant à l'adaptation des règles qui régissent le formalisme électronique, aux contrats automatisés.

B- L'inadaptation du régime des contrats électroniques

En effets, les règles énoncées par la loi du 21 juin 2004 pour la confiance dans l'économie numérique, concernent les offres émises par voies électroniques. En particulier des règles relatives au formalisme informatif électronique⁸⁰. L'article 1127-1 énonce certainement que l'offre doit inclure les informations « les différentes étapes à suivre pour conclure le contrat par voie électronique », ainsi que « les moyens techniques permettant au destinataire de l'offre, avant la conclusion du contrat, d'identifier d'éventuelles erreurs commises dans la saisie des données et de les corriger ».

La lecture de ces articles ne permet pas de savoir si l'utilisateur d'un système automatisé a une obligation de révéler que cette offre émane d'un système d'IA.⁸¹

Une autre formalité relative aux contrats électroniques, concerne la possibilité de corriger les erreurs. C'est ce qui est connu sous le nom du « double clic ». L'article 1127-2 du Code civil français énonce que « *le contrat n'est valablement conclu que si le destinataire de l'offre a eu la possibilité de vérifier le détail de sa commande et son prix total et de corriger d'éventuelles erreurs avant de confirmer celle-ci pour exprimer son acceptation définitive* ».

Ce mécanisme a été mis pour protéger le consentement des acceptants dans un contrat conclu par voie électronique, l'acceptant va pouvoir vérifier ces choix avant de faire la commande, et de ce fait échapper aux erreurs qui peuvent résulter de l'utilisation de la technologie⁸². Cette procédure de double clic peut facilement être respectée par le logiciel d'IA, mais la question reste de savoir

⁸⁰ F. Binois, « consensualisme et formalisme à l'épreuve de l'électronique », op.cit. ; p. 61

⁸¹ S. Simonyan, « Le droit face à l'intelligence artificielle, analyse croisée en droit français et arménien », op. cit.

⁸² Idem ;

si le *ratio legis* de cette règle a été respecté⁸³. L'acceptant qui a délégué à l'IA la conclusion du contrat ne va pas vérifier et valider la commande faite avant sa mise en place.⁸⁴

Ces formalités relatives aux contrats électroniques sont clairement faites pour une communication humaine par voie électronique, et non une communication des systèmes autonome par voie électronique.

Section 2 : L'appréciation de l'automatisation par le principe de la liberté contractuelle

Après avoir traité de la comptabilité du premier volet de l'autonomie de la volonté avec l'automatisation, se pose le problème de sa comptabilité avec le second volet de celle-ci. C'est la manifestation de l'autonomie de la volonté dans la détermination du contenu du contrat⁸⁵. C'est la liberté contractuelle.⁸⁶ La liberté contractuelle représente la liberté de contracter ou de ne pas contracter, la liberté de choisir son contractant et la liberté de déterminer le contenu du contrat. L'hypothèse de l'automatisation ne va pas vraiment concerner la liberté du choix de la partie contractante, les contrats délégués à l'IA n'a certainement pas un *intuitus personae*. C'est surtout le choix de contracter ou de ne pas contracter (paragraphe I) et le choix du contenu du contrat qui vont être délégués au système automatisé (paragraphe II).

Paragraphe 1 : La liberté dans le choix de contracter

La manifestation la plus naturelle de la liberté contractuelle va être la liberté de contracter ou de ne pas contracter, qui va être le résultat de l'évaluation de la partie de son intérêt dans le contrat (partie A) une appréciation que la partie dispose la pleine liberté de la déléguer à une IA (partie B)

A- Une appréciation par le biais de la liberté de contracter

Le contrat est l'outil qui va permettre aux individus de gérer leurs intérêts individuels. Ce principe a été stipulé à l'article 1102 du code civil : « *Chacun est libre de contracter ou de ne pas*

⁸³ MERABET, Samir, Vers un droit de l'intelligence artificielle, op. cit. p. 382 ; S. Simonyan, « Le droit face à l'intelligence artificielle, analyse croisée en droit français et arménien », op. cit. ;

⁸⁴ Idem ;

⁸⁵ J. Flour, J-L. Aubert, E. Savaux, « Droit civil. Les obligations : L'acte juridique », 17e éd. 2022, SIREY ; p.180 ;

⁸⁶ L'importance de la liberté contractuelle, mène parfois à sa confusion avec l'autonomie de la volonté. Les deux notions étant très proches. Confusion émanant d'une pensée critique sur l'autonomie, V. J. Ghiestin, G. Loiseau, Y-M. Serinet, « *traite de droit civil, la formation du contrat* » Tome 1 : le consentement, 4e éd., LGDJ ; n. 218 s.

contracter, de choisir son cocontractant et de déterminer le contenu et la forme du contrat dans les limites fixées par la loi.

La liberté contractuelle ne permet pas de déroger aux règles qui intéressent l'ordre public. »⁸⁷

L'article 1103 continue en stipulant que : « *Les contrats légalement formés tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faits* »⁸⁸

La force obligatoire trouve donc sa justification dans la liberté des individus de fixer leurs propres lois.⁸⁹

Par la liberté dans le choix de s'engager dans le contrat, on apprécie si on veut s'engager ou non. On peut définir la liberté comme étant : « la possibilité d'agir selon ses propres choix, sans avoir à en référer à une autorité quelconque »⁹⁰. L'interprétation de la liberté contractuelle va faire donc de sorte que le droit ne va pas intervenir pour déterminer la décision qui va être prise par la partie contractante. La loi ne va pas s'immiscer dans le choix de la partie de s'engager ou de ne pas s'engager. Cette partie, va librement analyser si le contrat est dans son intérêt individuel, et va aboutir à une décision : soit elle juge que ce contrat est en accord avec ses intérêts et décide de s'engager, soit elle va juger que le contrat n'est pas conforme à ses attentes et décide de ne pas contracter.

C'est le fruit donc d'un raisonnement purement personnel lié aux intérêts individuels de la partie. Dans ce sens le contrat a été apprécié comme un outil de prendre des risques, voire d'entreprendre, tout cela se fait grâce à la liberté contractuelle.

On peut donc conclure que l'évaluation de l'intérêt individuel est une question propre à la personne et qui va l'effectuer en pleine liberté.

⁸⁷ C. Civ. Art. 1102

⁸⁸ C. Civ. Art. 1103

⁸⁹ D. Houtcieff, « droit des contrats » 6^e éd., BRUYLYANT, coll. Paradigme, 2021, p.88

⁹⁰ Dictionnaire Larousse en ligne, v. liberté, sens 5 ;

B- Une appréciation effectuée en faisant usage de l'intelligence artificiel

Cet usage doit être analysé sous l'égide de l'appréciation libre de la partie de ses propres intérêts. La loi ne doit pas intervenir pour édicter aux parties les choix qu'ils doivent faire pour aboutir à ce choix final.

Quand une partie choisit de mettre en place un logiciel d'IA, pour le substituer dans la conclusion du contrat, l'opération se fait comme le suivant. Le logiciel va être programmé en traduisant les instructions de la personne en langage informatique. Les paramètres vont donc être fixés. L'IA va donc générer des algorithmes qui sont les instructions qui vont être suivis pour résoudre ce problème. Ces algorithmes munis d'une capacité de ML, c'est à dire qu'il va se développer et évoluer sans être explicitement programmé à le faire ⁹¹, elles vont résoudre le problème en analysant une large data base, en un temps réduit⁹².

La décision prise par le contractant va être donc celle que l'algorithme a déduite en résultat de l'évaluation de la situation et de l'analyse des données. L'IA ne doit pas être considérée plus qu'un simple outil qui va servir les parties pour aboutir à la décision qui convient le plus à leurs intérêts, dans le respect des paramètres qu'ils ont fixés lors de la programmation et des données analysés par ces algorithmes intelligents.

L'usage de ces techniques pour déterminer la décision de la partie de contracter ou non, de choisir la personne du contractant ou même pour déduire le contenu de ce contrat est un usage de la technologie pour évaluer l'intérêt du contrat pour la partie.

Paragraphe 2 : La liberté de fixer le contenu du contrat par l'intelligence artificielle

Un des aspects de la liberté contractuelle va être la liberté la liberté de déterminer le contenu du contrat (partie A) rien n'interdit donc la partie de déléguer cette mission a un système d'IA (partie B).

⁹¹ P. Domingos, A Few Useful Things to Know about Machine Learning, Communications of the ACM (October 2012), <https://homes.cs.washington.edu/~pedrod/papers/cacm12.pdf>.

⁹² idem ;

A- La liberté de déterminer le contenu du contrat

Outre la décision de contracter ou de ne pas contracter, donc la décision de s'engager, on a la liberté de déterminer le contenu de l'engagement. C'est la liberté de fixer le contenu du contrat. Selon l'article 1110 du code civil, la partie est libre de déterminer le contenu et la forme de son engagement. Cela revient à son choix personnel, son évaluation de ses circonstances par rapport à ses attentes individuelles du contrat.

La personne est donc libre de « fixer les termes de l'accord qui l'unit à l'autre partie »⁹³. Le contenu du contrat doit être le reflet de la volonté du contractant.⁹⁴

Cette notion, exprimée comme telle, ne signifie pas qu'une partie va être libre de déterminer le contenu du contrat, mais que chaque partie va « participer librement à l'élaboration de ce contenu qui résultera finalement d'une conciliation avec l'autre »⁹⁵.

On peut dire que c'est la liberté de la personne de déterminer librement l'objet de sa volonté, le contenu de l'offre qu'elle va émettre ou qu'elle va accepter.

B- Liberté de déléguer cette détermination à un logiciel intelligent

Encore une fois, l'exercice de cette liberté revient à l'appréciation de la personne de son intérêt individuel dans le contrat. La partie va librement déterminer les termes du contrat en effectuant une analyse sur le contenu de l'engagement qu'elle va prendre.

Par l'expression de liberté, on entend bien qu'elle peut donc déterminer ce contenu personnellement ou par usage de n'importe quel outil technologique. En disant liberté de déterminer le contenu, c'est-à-dire de même liberté de la partie de choisir comment déterminer ce contenu. En effet, la partie a décidé d'accepter tout ce que l'algorithme intelligent décide en résultat du traitement de données complexe qu'il effectue. Cette décision va être élaborée dans le cadre des ordres qui lui ont été transmis par la partie qui l'a programmé. La partie a une totale

⁹³ J. Flour, J-L. Aubert, E. Savaux, *Droit civil. Les obligations : L'acte juridique*, op. cit; p. 209

⁹⁴ Idem ;

⁹⁵ Idem ;

liberté de bénéficier des capacités de l'IA, qui peut aboutir à plus de précision dans les contrats ainsi qu'à une évaluation rapide de la situation.

On peut donc facilement accepter par l'application de la liberté contractuelle, que la partie qui a la liberté de déterminer le contenu de son engagement, délègue l'accomplissement de cette mission à un outil technologique qu'elle a programmé dans ce but. C'est une manifestation de l'exercice de sa liberté.

Chapitre 2 : La possibilité d'homogénéisation de l'accord de volonté algorithmique avec l'accord de volonté classique

Sur la validité de formation du contrat, le problème de consentement a été présenté. Ce problème repose sur le fait qu'aucune rencontre d'une offre et d'une acceptation n'a été formé. En effet, les principes qui fondent le contrat ne posent aucun problème quant à l'acceptation de l'automatisation de la volonté contractuelle. La question reste donc de savoir si le mécanisme automatisé peut être cerné dans le mécanisme traditionnel de la formation du contrat. Est-on en présence d'une offre et d'une acceptation qui vont se rencontrer et de ce fait former un contrat ?

Dans ce sens, il convient d'étudier l'offre algorithmique face aux conditions légales de l'offre (section 1) pour après étudier l'acceptation algorithmique face aux exigences légales de cette dernière (section 2).

Section 1 : L'offre algorithmique face aux conditions légales de l'offre

L'offre est définie comme étant « une proposition ferme de conclure un contrat déterminé, à des conditions également déterminées ». Cette définition met le point sur les deux conditions de l'offre, à savoir, d'être ferme (paragraphe I) et précise (paragraphe II).

Paragraphe 1 : Appréciation de la fermeté de l'offre automatisée

L'appréciation de la fermeté de l'offre automatisée doit s'effectuer en premier par la présentation de cette condition de l'offre (partie A), pour voir ensuite comment l'offre automatisée va répondre à cette condition (partie B).

A- La fermeté : une des caractéristiques de l'offre

La fermeté de l'offre est « l'expression d'un engagement » par la partie, c'est la manifestation de la volonté de son émetteur d'être lié en cas d'acceptation. L'article 1113 C. civ. dispose que les parties doivent manifester leurs volontés de s'engager. L'article 1114 poursuit en disposant que l'offre exprime la volonté de son auteur d'être lié en cas d'acceptation. La fermeté est la conséquence du fait que l'offre est une manifestation de la volonté de la personne.

L'appréciation de la fermeté de l'offre est casuelle, elle se fait donc souverainement par les juges de fonds. La portée de ce pouvoir va jusqu'à l'appréciation que les circonstances de la manifestation de la volonté montrent la fermeté de l'offre

B- Une volonté ferme appréciée au moment de la programmation de l'intelligence artificielle

Dans le cadre de l'usage d'automatisation dans la formation du contrat, l'appréciation de la fermeté doit se faire au moment de son émission par la personne même. La fermeté de cette offre étant liée à la manifestation de la volonté de cette dernière. En paramétrant une intelligence artificielle, et en la mettant en action pour générer des offres, on peut considérer que la partie a démontré une volonté ferme de s'engager.

On peut considérer que la volonté de l'offrant est de conclure le contrat aux conditions fixées par l'IA. A ce stade de l'offre, les termes peuvent ne pas être très clairs, mais la fermeté de l'engagement est manifeste. C'est l'engagement par n'importe quels termes déterminés par l'IA.

Si on prend l'exemple du site du vendeur qui a mis en place un algorithme intelligent pour gérer les opérations sur son site. Le seul fait de programmer ce logiciel et de le mettre en action sur son site web, et de le laisser communiquer avec les consultants de ce site, est interprété comme une offre ferme de contracter. La personne a voulu s'engager par un contrat lorsqu'elle a programmé le logiciel en ce sens.



Cette illustration montre bien comment la volonté de l’offrant est ferme. Elle est clairement orientée vers la conclusion du contrat en cas d’acceptation par l’acheteur. Cette volonté est non équivoque. Le vendeur sur ce site manifeste son offre pour être engagé par la vente qui va s’effectuer sur son site du seul fait de l’acceptation de l’acheteur des termes fixés par l’IA.

Paragraphe 2 : L’appréciation de la précision de l’offre

Dans une poursuite du même raisonnement, la précision étant une exigence de l’offre de contracter (partie A), pour être qualifiée de telle, l’offre automatisée doit donc être précise (partie B).

A- L’exigence d’une offre précise

La deuxième condition de l’offre est la précision. L’offre doit donc contenir tous les éléments essentiels du contrat projeté⁹⁶. En ce sens, il ne doit manquer à la formation du contrat que la seule acceptation. « Un simple oui émanant de son destinataire »⁹⁷. La précision doit porter sur les éléments essentiels, sur « les termes du contrat ».

La précision résulte du fait que le destinataire de l’offre, doit avoir tous les éléments qui vont déterminer sa décision d’acceptation ou de refus, de telle sorte qu’il ne reste aucune négociation à faire ou aucun terme du contrat à déterminer. La définition de la notion de précision, se fait toujours

⁹⁶ D. Houtcieff, *Droit des contrats*, 6e éd., BRUYLYANT, coll. Paradigme, 2021, p. 175

⁹⁷ Idem ;

par référence à ce que le destinataire a reçu comme termes qui doivent éclairer son acceptation. On peut dire que l'offre précise est celle dont le contenu a été déterminé, au moment de sa communication à son destinataire.

C'est ce qui est visé par une offre précise, qui montre la volonté de son émetteur de s'engager de telle sorte qu'il ne manque à la formation du contrat que l'acceptation du destinataire.

B- Appréciation de la précision au moment de la formation du contrat

Le souci que pose l'utilisation de l'IA est que l'offre émise lors de la programmation ne contient pas des précisions claires sur les éléments essentiels du contrat. Mais il paraît essentiel de dire que la précision de l'offre ne doit pas être analysée au moment de la programmation du logiciel. Cette appréciation doit être faite quant à l'offre finale.

L'offre émise par le biais de l'algorithme va faire l'objet de différentes étapes. L'offre n'est plus instantanée comme avant. La volonté doit être analysée de façon à prendre en considération l'originalité de l'automatisation. L'IA va non seulement s'occuper de la transmission de l'offre, mais va de même déterminer des termes de l'offre de sorte que l'offre communiquée au destinataire soit suffisamment précise.

On peut donc voir clairement que l'offre finale, qui va être transmise au contractant, ou qui va être publiée sur un site donc au public, est une offre suffisamment précise, le contenu déterminé par l'IA n'est qu'une conséquence de la liberté contractuelle de l'offrant comme il a été déjà acquis.

L'enjeu essentiel est d'adapter la pensée juridique à ce type de contrat automatisé, est de comprendre cette chronologie. Ce n'est qu'un processus de substituer la personne par un outil informatique dans le traitement de certaines données qui vont aboutir à la détermination des termes de l'offre. Mais à la fin des différentes phases, et quand l'offre finale est émise, ces éléments seront suffisamment clairs et l'offre répondra aux conditions de fermeté et de précision.

Section 2 : L'acceptation automatisée face aux conditions légales de l'acceptation

L'article 1118 C. Civ définit l'acceptation : « l'acceptation est la manifestation de volonté de son auteur d'être lié dans les termes de l'offre ». Cette définition montre que l'acceptation doit aussi être ferme et donc monter la volonté de la partie d'être engagé par un contrat (paragraphe I), de même elle doit être faite en connaissances des termes de l'offre donc elle doit être bien éclairée (paragraphe II).

Paragraphe 1 : La manifestation d'un engagement contractuel par l'acceptation automatisée

L'acceptation doit représenter manifestation de volonté d'être liée par le contrat (partie A), on doit donc apprécier la fermeté de l'acceptation automatisée (partie B)

A- L'acceptation : manifestation de volonté d'être liée par le contrat

La fermeté de l'engagement est naturellement invoquée dans le cadre de l'offre. Mais cela va de même pour l'acceptation qui est une manifestation de la volonté d'être lié par le contrat. C'est la décision définitive d'être lié par les termes fixés par l'offrant.⁹⁸

Naturellement, on ne doit pas avoir un doute sur la volonté de l'acceptant d'être lié, et son acceptation doit donc être un agrément pur et simple de l'offre⁹⁹. Quelle que soit la forme de cette acceptation, la communication d'une réponse positive à une offre de contracter doit avoir comme finalité de lier l'acceptant par un contrat.

B- L'acceptation automatisée, une manifestation suffisamment ferme

Dans le cadre de l'automatisation de l'acceptation, le logiciel est programmé pour accepter les termes d'une offre selon les paramètres définis par l'utilisateur. Cela revient pratiquement au logiciel de faire une commande automatiquement quand il trouve une offre qui correspond à l'objet recherché.

⁹⁸ J. Flour, J-L. Aubert, E. Savaux, *Droit civil. Les obligations : L'acte juridique*, 17e éd. 2022, SIREY ;p. 276

⁹⁹ Idem ;

Par analogie au raisonnement effectué pour apprécier la fermeté de l'offre émis par automatisation, là encore, la partie manifeste une volonté d'être lié par la décision de l'algorithme. Cette volonté est déduite par le fait de la mise en place du logiciel et par l'ordre qui lui a été donné. Programmer un logiciel, quel que soit son mode de fonctionnement à faire une commande est certainement une manifestation de volonté d'être lié par le contrat projeté.

De plus, pour le cas d'acceptation, l'ordre donné est d'accepter les termes d'une offre exprime par le fait de transmettre la commande, cela correspond à un agrément pur et simple de l'offre. Il s'agit simplement de dire « oui » à la manière d'un système automatisé.

Paragraphe 2 : Une acceptation automatisée suffisamment éclairée

L'acceptation doit être suffisamment éclaircie, l'acceptant doit donc avoir connaissance des termes de l'offre au moment de sa manifestation (partie A) quand est-il donc du cas où cette acceptation va être automatisée (partie B)

A- La connaissance des termes de l'offre au moment de l'acceptation

L'acceptation correspond à « une manifestation de la volonté de son auteur d'être liée par les termes de l'offre »¹⁰⁰, par conséquent ces termes doivent être connus de la part de ce dernier. C'est une condition qui est énoncée à l'article 1119 du code civil. Mais que représente donc cette notion de termes connus par la partie ?

La connaissance des termes de l'offre consiste à avoir une acceptation pour des termes précis et bien déterminés. Par sa seule manifestation, un contrat doit être conclu, et donc tous les éléments de l'engagement doivent être prédéfinis.

C'est une manifestation de la liberté de la partie de déterminer le contenu de son engagement. La partie est libre d'accepter les termes qu'elle désire, et elle participe à la détermination du contenu du contrat, en déterminant le contenu de son acceptation. C'est la détermination des termes qu'elle veut accepter, et cela se fait après avoir pris connaissance de ces termes.

¹⁰⁰ J. Flour, J-L. Aubert, E. Savaux, *Droit civil. Les obligations : L'acte juridique*, op. cit. ;p. 276 ;

B- Une acceptation algorithmique suffisamment éclairée

On peut penser que la commande effectuée par les systèmes autonomes, ne constitue pas une acceptation, parce que la partie n'a pas connaissance des termes acceptés. Mais cela ne correspond pas à la réalité pratique.

En programmant l'IA, le contractant va mettre les critères des offres que le logiciel doit accepter, et va laisser le soin de l'analyse des offres à l'aune de ces critères, à l'IA. Cela revient donc à l'idée de la liberté de détermination du contenu du contrat.

Quand l'IA génère une commande, elle le fait après avoir pris connaissance des termes de l'offre, et après analyse de ces termes à travers les critères sur lesquelles elle est programmée. Le contractant a donc délégué l'appréciation de ces termes à un logiciel.

L'acceptation ainsi exprimée va être considérée comme une intention définitive du contractant, de conclure le contrat aux conditions prévues par l'offrant et de ce fait elle a satisfait toutes les conditions requises dans une acceptation.

Partie 2 : L'appréciation de la validité des contrats automatisés par le droit classique

Face à l'automatisation et la diminution de l'intervention humaine, la première réaction a été de s'interroger sur formation du contrat en cas d'intervention d'un système autonome dans cette formation. Or la formation du contrat ne pose pas problème.

La réalité du problème réside dans l'appréciation de la validité d'un tel contrat. En effet, l'intégration de la technologie dans le domaine des contrats est une source d'imprévisibilité. Si le contrat n'est pas contesté par les parties, il n'y a pas de problèmes juridiques contre son existence.

Le problème va être soulevé quand une des parties va refuser de s'exécuter et donc demander la nullité du contrat. Dans ce cas une analyse approfondie de la volonté doit être établie, en vue d'examiner l'intégrité du consentement des parties.

Dans cette hypothèse, l'appréciation de la volonté doit être objectivée pour protéger la sécurité juridique du cocontractant (Titre 1). Cela ne va pas être sans incidence sur les vices de consentement automatisés, des vices résultants de la faute d'un tiers : le programmeur.

Titre 1 : Une appréciation objectivée de la volonté

La validité de la formation du contrat, dans les différents systèmes juridiques est appréciée en premiers à travers l'analyse de l'existence d'un accord de volonté¹⁰¹. Diverse méthodes ont émergé à cette fin. L'approche anglaise, adoptée par les systèmes juridiques Anglo-Saxons opte pour une analyse objective du consentement. En vertu de cette méthode, la seule volonté manifestée doit être prise en compte pour apprécier la volonté de la personne. Par contre, en droit français, ainsi que dans les systèmes juridiques de droit civil, on a adopté une théorie subjective du consentement, qui consiste à se prévaloir de la volonté interne de la partie contractante.¹⁰²

¹⁰¹ P. Gaiardo, « théorie objective et subjective du contrat, étude critique et comparative (droit français et américain) » préface de M. Fabre-Magnan, LGDJ, 2020 ; p. 18

¹⁰² Idem ;

Avec l'intervention de l'automatisation, et la diminution de « l'intensité » de l'intervention humaine dans la conclusion du contrat¹⁰³, la volonté contractuelle est remise en question d'où la problématique de son interprétation a émergé.

En effet, en appliquant chacun des deux raisonnements aux contrats générés par l'IA, il apparaît que l'interprétation subjective n'est pas la meilleure solution pour analyser la volonté de la partie contractante (chapitre 1) et que l'application d'une approche objective s'apparente plus convenable à ce genre de contrat (chapitre 2)

Chapitre 1 : Incompatibilité de l'interprétation subjective avec le consentement automatisé

La conception subjective a été favorisée par le droit français qui accorde une grande importance à l'autonomie de la volonté. C'est la raison pour laquelle le droit français a opté pour une recherche de la réalité de cette volonté afin d'en déduire les effets. Mais aujourd'hui, l'automatisation représente un mouvement de minimisation de l'intervention humaine dans la vie contractuelle, on voit une certaine déshumanisation de formation du contrat.

Le débat théorique sur la notion de volonté a en effet toujours existé or, la personne était classiquement très impliquée dans la formation contractuelle, cette vision ne posait pas de problème et permettait d'assurer la protection de la volonté désirée par ce droit¹⁰⁴ (Section 1). Néanmoins, à l'aune de l'émergence des nouveaux systèmes automatisés et leur immixtion dans la formation des contrats à travers les systèmes IA, l'application de la conception subjective pour l'interprétation de la volonté a suscité de réelles difficultés (section 2)

Section 1 : L'interprétation subjective compatible avec les contrats classiques

Le contrat a depuis toujours été conçu comme le fruit des échanges humain. Il est déduit de la communication entre les personnes. C'est la présence de cette communication qui va permettre d'interpréter les contrats conclus entre eux.

¹⁰³ S. Simonyan, « Le droit face à l'intelligence artificielle, analyse croisée en droit français et arménien »

¹⁰⁴ P. Gaiardo, « théorie objective et subjective du contrat, étude critique et comparative (droit français et américain) » préface de M. Fabre-Magnan, LGDJ, 2020 ; p. 18

De ce fait, on va voir comment cette théorie va interpréter le consentement dans les contrats classiques (paragraphe I) et dans quelle mesure cette interprétation a été possible en raison de l'existence d'une interaction humaine (paragraphe II).

Paragraphe 1 : L'interprétation subjective des contrats classiques

La règle de principe dans l'interprétation du consentement est celle de la recherche de la réelle volonté des parties. (Partie A). En conséquence de ce raisonnement, l'existence même du contrat et sa validité ont été mises en cause par la doctrine française (partie B).

A- La recherche de la réelle volonté des parties

D'après l'analyse présentée, l'accord de volonté s'effectue à travers l'extériorisation de cette volonté par les parties¹⁰⁵. Le droit français, s'est moins intéressé à cette manifestation de volonté contrairement à d'autres systèmes juridiques¹⁰⁶. En droit français, on n'a pas donc une « étude approfondie de la déclaration de volonté »¹⁰⁷.

En fait, la volonté humaine, contrairement à ce qui apparaît, n'est pas aussi facile à cerner¹⁰⁸. La communication humaine est caractérisée par son ambiguïté dans la plupart du temps, même quand l'un peut penser être clair dans sa communication, ces ambiguïtés peuvent paraître. Dans les contrats, la communication de la volonté représente un élément clef de sa formation, mais de nombreuses circonstances entourant la négociation contractuelle peuvent rendre plus difficile de savoir la réelle volonté de la partie lors de son engagement dans cette relation.¹⁰⁹

La théorie subjective du consentement, qui consiste à se prévaloir de la volonté interne de la partie contractante. *« Les subjectivistes s'intéressent aux intentions véritables ou subjectives des parties. Les subjectivistes n'allaient pas jusqu'à soutenir que l'accord de volontés subjectives était suffisant pour créer un contrat. Même sous la théorie subjective, il devait y avoir une forme de manifestation de volonté. Mais l'accord véritable du contrat de la part des deux parties était*

¹⁰⁵ J. Flour, J-L. Aubert, E. Savaux, « Droit civil. Les obligations : L'acte juridique », 17e éd. 2022, SIREY

¹⁰⁶ R. Cabrillac, « Droit européen compare des contarts », préc., n. 21 ; J. Flour, J-L. Aubert, E. Savaux, « Droit civil. Les obligations : L'acte juridique », 17e éd. 2022, SIREY

¹⁰⁷ *Idem*;

¹⁰⁸ P. Gaiardo, *op. cit.* ;

¹⁰⁹ *Idem*;

*nécessaire, et sans lui, il ne pouvait pas y avoir de contrat. Par une métaphore bien mal utilisée, il devait y avoir “une rencontre des esprits”. »*¹¹⁰

Cette règle de principe dans le droit français a été énoncée dans l'article 1188 du C. Civ. : « *Le contrat s'interprète d'après la commune intention des parties plutôt qu'en s'arrêtant au sens littéral de ses termes.* »¹¹¹

Le juge est alors invité à analyser la psychologie des contractants, pour en déduire ce que les parties ont voulu. On va rechercher ce qu'on appelle la volonté réelle des parties.¹¹²

De ce fait, pour engager la personne, on va rechercher si elle a réellement voulu cet engagement, on va se mettre à la place de cette personne et analyser le contrat de son point de vue. Selon cette approche volontariste du droit français, dans les hypothèses où une erreur est intervenue dans la transmission de la volonté, c'est la volonté réelle, la volonté interne de la partie qui va prévaloir « dès lors qu'elle peut être prouvée »¹¹³.

Cette règle est évoquée normalement dans l'étude des effets des contrats, n'est donc pas sans incidence sur la formation valable de ce dernier.

B- Influence de cette interprétation sur la validité du contrat

L'existence d'un accord de volonté est le critère qui va permettre de déduire l'existence du contrat et l'appréciation de sa validité. Cela a mené la doctrine à considérer qu'il existe un type d'erreur dans la transmission de la volonté qui va faire obstacle à la formation du contrat. C'est l'erreur obstacle.¹¹⁴

¹¹⁰ E. Allan. Fransworth, « contract », 4th ed., New York, Aspen Publishers, 2004;

¹¹¹ C. Civ. Art. 1188, Al. 1

¹¹² V. Fauvarque-Cosson, « L'interprétation du contrat : observations comparatives », RDC 2007/2. p.481; Fauvarque-Cosson, « Les nouvelles règles du Code civil relatives à l'interprétation des contrats: perspective comparatiste et internationale », RDC 2017/3. 363 ; R. Cabrillac, «L'interprétation du contrat: le nouveau droit français à la lumière du droit comparé », in Mélanges Huet, LGDJ, 2017, p. 45.; J. Flour, J-L. Aubert, E. Savaux, « Droit civil. Les obligations : L'acte juridique », 17e éd. 2022, SIREY, p. 868 ;

¹¹³ J. Flour, J-L. Aubert, E. Savaux, « Droit civil. Les obligations : L'acte juridique », op. cit., p. 247 ;

¹¹⁴ P. Gaiardo, « théorie objective et subjective du contrat, étude critique et comparative (droit français et américain) » préface de M. Fabre-Magnan, LGDJ, 2020, p.46 ;

Les professeurs Terré, Simler et Lequette ont considéré que l'erreur obstacle « *résulte d'un malentendu radical. Par suite d'un "quiproquo", il arrive que sous les déclarations formelles, en apparence concordantes, les volontés réelles ne se soient pas rencontrées.*

*L'accord ne s'est pas opéré parce que les parties n'ont pas, en réalité, voulu la même chose. Il manque au contrat une condition essentielle à sa formation: l'intention commune, l'entente véritable. L'erreur commise par les parties est si grave qu'elle fait obstacle, d'où son nom, à la rencontre des volontés »*¹¹⁵.

De ce fait, cette notion d'erreur obstacle, bien qu'étant une notion purement doctrinale¹¹⁶, montre l'effet de l'interprétation sur l'existence même du contrat. C'est une conception qui va aller au-delà des simples effets du contrat. C'est une opportunité d'étudier si un accord de volonté a réellement existé. Enfin le régime applicable à ce type d'erreur est celui applicable à l'erreur vice de consentement et qui va aboutir à la nullité du contrat.¹¹⁷

La théorie subjective de l'interprétation n'est donc pas seulement une exclusivité de l'interprétation des termes du contrat pour en déduire les effets, elle va aller au-delà pour déduire l'existence et la validité de ce contrat et de l'accord de volonté.

Paragraphe 2 : L'interaction humaine élément essentiel de l'interprétation subjective

En fait, l'application de cette théorie n'a été possible qu'à cause de l'existence d'une interaction humaine qui a résulté en un accord de volonté. En fait la volonté réelle doit comme être prouvée (Partie A) et cette preuve est puisée de l'interaction humaine entre les parties (Partie B)

A- La nécessité de prouver la volonté interne

D'après une jurisprudence constante de la Cour de cassation, la recherche de la commune intention des parties relève du pouvoir souverain des juridictions de fond.¹¹⁸ Le contractant qui prétend une

¹¹⁵ F. Terré, P. Simler, Y. Lequette, *Droit civil. Les obligations.*, 11^e éd., Paris, Dalloz, P. 234

¹¹⁶ J. Flour, J-L. Aubert, E. Savaux, « *Droit civil. Les obligations : L'acte juridique* », 17^e éd. 2022, SIREY ;

¹¹⁷ J. Flour, J-L. Aubert, E. Savaux, *Droit civil. Les obligations : L'acte juridique*, op. cit

¹¹⁸ Cass. , sect. réun., 2 févr. 1808, *Lubert c/ Wancareghem*: *GAJC*, 11^e éd., n° 159; *Jur. gén.*, v° *Cassation*, n° 1573, *concl. Merlin*

certaine volonté interne doit donc la prouver au juge pour qu'il puisse la prendre en considération.¹¹⁹

Cette volonté est une question de fait qui peut être prouvée par tout moyen. Divers sont les indices qui vont guider le juge pour déduire cette volonté. Il va examiner comment elles ont commencé à exécuter le contrat avant le litige, le contexte dans lequel le contrat a été conclu, tous les documents qui ont été échangés par les parties avant le contrat (les projets, les courriers, les mémos et autres documents). Il peut de même avoir recours au témoignage.¹²⁰ Il va analyser cela du point de vue de la personne qui s'est engagée, en ayant recours à tout moyen qui peut éclaircir son raisonnement.

On peut déduire, que le juge va examiner tout ceci peut aider à comprendre la volonté des parties, à l'égard de l'engagement projeté.

B- Une preuve déduite de l'interaction humaine

Par les différents exemples d'interprétation du contrat par les juges, on va voir que la preuve porter sur un comportement de la personne. C'est une preuve basée sur une communication, une interaction entre deux personnes qui va permettre au juge de déduire la réalité du consentement. C'est l'existence de cette interaction qui a permis la preuve de la volonté réelle du contractant, et donc de la réalité de l'accord de volonté. On peut l'exprimer par le comportement de la personne face au contrat en cause.

La volonté étant un élément psychologique¹²¹, sa preuve est déduite à travers la présence de la personne dans les différentes étapes de la vie contractuelle et son interaction avec l'environnement qui l'entoure.

De ce fait, dans les contrats classiques, où la personne va mener personnellement les négociations contractuelles, et va manifester ensuite sa volonté d'être liée, la preuve de la réelle volonté de cette personne paraît imaginable et, en principe, possible et accessible.

¹¹⁹ O. Deshayes, T. Génicon. Y-M. Laithier, *Réforme du droit des contrats du régime général et de la preuve des obligations ; commentaire article par article*, lexisnexis, 2^e éd., 2018 ; p 112

¹²⁰ J. Flour, J-L. Aubert, E. Savaux, *Droit civil. Les obligations : L'acte juridique*, op. cit., p.878 ;

¹²¹ *Idem* ;

Par contre, à chaque fois que l'intensité de l'interaction humaine diminue, on va faire face à de réelles difficultés, ce qui va remettre en cause l'interprétation subjective du consentement.

Section 2 : Difficultés de l'interprétation subjective des contrats automatisés

On a pu déduire que la théorie subjective du consentement a été adoptée par le droit français en comptabilité avec le contrat classique, mais quand est-il des contrats automatisés. L'application de la conception subjective à ce type de contrat va donner lieu à de nombreuses difficultés tant pratiques (paragraphe I) que juridiques (paragraphe II).

Paragraphe 1 : Les difficultés pratiques liées à la technicité de la manifestation de volonté

En expliquant la rencontre de l'offre et de l'acceptation, il est apparu que la volonté automatisée n'est plus une manifestation instantanée. La volonté interne ou psychologique va intervenir lors de la programmation (partie A), et par la suite, les termes qu'on désire interpréter à l'aune de cette volonté n'étaient pas encore précisés à ce moment (partie B)

A- L'intervention de la volonté interne au moment de la programmation

Le moment où la personne va être impliquée dans la formation du contrat automatisé, c'est au moment où elle va mettre l'IA en action et va programmer le logiciel à cette fin¹²². Le juge qui veut donc analyser le consentement de la personne pour déduire la réelle volonté de la personne doit voir ce que la personne avait en intention à ce moment.

En effet, le seul moment où la personne va interagir avec le contrat, c'est au moment de la programmation. Si on prend l'exemple du site de ANNIE pour la vente de pièces antiques, le vendeur va manifester sa volonté lors de la programmation de l'IA, mais ne va plus intervenir ultérieurement pour valider le choix algorithmique. Il va programmer l'IA par exemple pour mettre le prix en analysant l'action du marché. L'IA va effectuer cette analyse et fixer le prix, sans avoir recours à l'utilisateur. C'est cette manifestation finale qui détermine les termes du contrat et qui va faire l'objet d'interprétation.

¹²² L. Henry Scholz, "Algorithmic Contracts", Stanford Technology Law Review, Vol. 20:2, fall 2017, S. Simonyan, « Le droit face à l'intelligence artificielle, analyse croisée en droit français et arménien »

B- Interprétation de la manifestation par une volonté absurde

La difficulté pratique résulte du fait que ces termes objet de l'interprétation sont ceux de la manifestation finale de la volonté. Ces termes ne vont pas être connus par le contractant lors de la programmation donc lors de la manifestation de la volonté interne. Ils ne vont être portés à sa connaissance qu'après la conclusion du contrat et le commencement de son exécution, donc quand le contrat commence à produire des effets. Or, le juge doit interpréter la volonté lors de la conclusion du contrat et non après sa formation.

Il apparaît donc difficile d'une part d'interpréter les termes d'un accord par une volonté qui les ignorait. Et d'une autre part, on ne peut pas prendre en compte une volonté qui intervient après la formation du contrat.

D'où on peut conclure la difficulté pratique liée à manifestation de la volonté sur plusieurs étapes et qui laisse le juge face à la technicité du processus, sans savoir à quel moment il doit analyser la volonté du contractant.

Paragraphe 2 : Les difficultés juridiques : l'atteinte inconcevable à la sécurité juridique

Du point juridique, l'application de la théorie subjective s'analyse comme une atteinte inconcevable à la sécurité juridique. La partie ne doit pas se voir supporter un risque d'informatique qu'elle n'a pas accepté et de ce fait voir la validité d'un contrat qu'elle a conclu remise en question. En effet, les risques de l'automatisation ont été acceptés unilatéralement par leur utilisateur (partie A), il apparaît donc inacceptable de faire supporter les conséquences ces risque à l'autre partie (partie B).

A- Une acceptation unilatérale des risques informatiques l'utilisateur de l'Intelligence artificielle

L'automatisation est un moyen d'extériorisation de la volonté qui implique un certain risque. En fait, la mise en action d'un algorithme ML et d'une IA se caractérise par l'imprévisibilité.

La partie qui a mis cet algorithme en action a connaissance que les résultats générés par ces algorithmes ne peuvent pas être complètement anticipés par elle¹²³. Cela peut être causé par plusieurs facteurs: un problème informatique ou bogue peut survenir lors du fonctionnement du logiciel, ou même le fonctionnement normal du logiciel mais qui aboutit à un résultat qui peut ne pas être désiré par l'utilisateur.

Cette imprévisibilité est une caractéristique essentielle de l'usage de l'IA.

Le fonctionnement de ces algorithmes a été déterminé unilatéralement par la partie qui les a mis en action, et au nom duquel ils fonctionnent. Leur intervention dans le contrat est comme déjà expliquée, un exercice de la liberté qu'elle détient. C'est un choix qu'elle a fait, et elle doit par la suite en assumer les conséquences.

B-La théorie subjective : un transfert des risques au cocontractant

L'application de la théorie subjective suppose qu'à chaque fois que l'IA a généré un résultat qui ne convient pas la partie qui l'a mis en action, ou qui n'était pas prévue par elle lors de la conclusion du contrat, le contrat est supposé ne pas être valable.

De ce fait, le contractant va voir le contrat et ses clauses remises en cause, en se basant sur la seule volonté de son cocontractant. L'imprévisibilité et l'autonomie de l'IA vont faire en sorte que ce type d'allégation va être de plus en plus présenté. A chaque fois que la partie veut échapper à son engagement contractuel, elle va se prévaloir de sa volonté réelle qui n'est pas en accord avec la volonté qui a été manifestée par l'algorithme et donc annuler le contrat.

Une première manifestation a été observée à travers une affaire dite *Quoine*¹²⁴, rendue par la cour d'appel de Singapour. La plateforme contractante Quoine, gère son site à travers un algorithme intelligent, qui analyse les prix du marché. Pour annuler une transaction, la plateforme a prétendu que le prix qui a été offert par l'algorithme ne correspond pas à la réalité de sa volonté.

¹²³ L. Henry Scholz, "Algorithmic Contracts", Stanford Technology Law Review, Vol. 20:2, fall 2017

¹²⁴ *Quoine Pte Ltd v B2C2 Ltd* [2020] SGCA(I), Civil Appeal No 81 of 2019, 24 Février 2020

Cette pratique va résulter en un transfert du risque accepté par l'utilisateur de l'IA, à son contractant qui va être contraint à en assumer les conséquences. L'application de ce raisonnement est un risque inacceptable sur la sécurité juridique des personnes et des transactions.

Chapitre 2 : l'interprétation objective plus compatible au consentement automatisé

La théorie subjective n'étant donc pas la meilleure méthode d'interprétation du consentement automatisé, on doit voir comment interpréter ce consentement pour assurer l'équilibre et la sécurité juridique. C'est donc dans le souci d'assurer cette sécurité tout en respectant la cohérence des textes que va être fait ce raisonnement.

En effet, la théorie objective est une pratique admise dans les systèmes anglo-saxons¹²⁵. C'est une théorie qui n'est pas étrangère au droit (section 1) et représente une solution plus adaptée à l'automatisation (section 2)

Section 1 : Une théorie familière au droit positif

L'interprétation objective n'est pas en effet une innovation juridique. C'est une théorie connue du droit positif. Elle est d'inspiration anglaise et appliquée dans les systèmes de la Common Law (paragraphe 1), de même elle n'est pas étrangère au droit français qui accepte d'y recourir (paragraphe II).

Paragraphe 1 : Une théorie de la Common Law

Les droits anglo-saxons vont développer cette notion de consentement objective (partie A) qui doit être prouvé par le recourt au standard de la personne raisonnable (partie B).

A- La notion de consentement objective en droit anglais

Cette théorie vise à examiner un élément central du contrat, à savoir le consentement, celui-ci sera appréhendé de façon objective. C'est la volonté manifestée qui importe et non la volonté interne.¹²⁶

¹²⁵ S. Simonyan, « Le droit face à l'intelligence artificielle, analyse croisée en droit français et arménien »

¹²⁶ P. Gaiardo, « théorie objective et subjective du contrat, étude critique et comparative (droit français et américain) » préface de M. Fabre-Magnan, LGDJ, 2020, p. 4

En effet, Fransworth considère que : « *Les objectivistes, d'un autre côté, regardaient l'apparence extérieure ou objective des intentions des parties telles que manifestées par leurs actions* »¹²⁷, en d'autres termes « le consentement ne consiste pas à préciser l'état mental, mais l'acte déduit du comportement. Les parties doivent être jugées pour tout ce qu'elles ont fait et non pas pour ce qu'elles avaient dans l'esprit »¹²⁸.

Dans les systèmes de Common Law, on s'intéresse particulièrement à l'apparence extérieure de la volonté¹²⁹, à sa manifestation. « Tant que la personne avait l'intention de faire ces actions, il n'y a pas de condition supplémentaire selon laquelle les actions doivent avoir été faites avec l'intention de consentir à un accord. Il suffit que l'autre partie ait une raison de croire que l'autre partie avait cette intention. »¹³⁰

Dans ce sens, le professeur Barnett affirme que « le droit des contrats est considéré avoir adopté une théorie objective du consentement dans la mesure où il n'est pas nécessaire qu'il y ait un accord subjectif des esprits entre les parties ».

Les juges des systèmes Common law vont donc s'attacher à l'apparence et ne vont pas sonder la volonté des parties.¹³¹

B- Preuve de la volonté par le standard de la personne raisonnable

Le juge doit interpréter la situation pour déduire l'existence ou l'absence du consentement. Dans le but d'éviter l'aléa judiciaire et toute insécurité juridique. Pour cela il va effectuer une analyse objective des faits. C'est ce qu'on appelle « objective test »¹³².

Il doit rechercher comment un homme raisonnable qui aurait assisté à la discussion entre les parties aurait analysé la situation : si une telle personne aurait compris qu'il y a eu un échange de consentement, il y a bien un accord. S'il aurait compris qu'il s'agit en effet d'une simple exposition de propositions, il n'a pas donc un accord et de ce fait pas de contrat.

¹²⁷ E. Allan. Fransworth, « contract », 4th ed., New York, Aspen Publishers, 2004

¹²⁸ WEITZENBOECK, Emily, « Electronic Agents and the Formation of Contracts », International Journal of Law and Information Technology, Vol. 9 No. 3, 2001, p. 223

¹²⁹ S. Simonyan, « Le droit face à l'intelligence artificielle, analyse croisée en droit français et arménien »

¹³⁰ E. Allan. Fransworth, « contract », 4th ed., New York, Aspen Publishers, 2004

¹³¹ C. Gallou, S. Wisley, *droit anglais des affaires*, LGDG, 2018; p.172

¹³² Idem ;

En d'autres termes, celui qui se prévaut du contrat et qui s'attache à son existence doit prouver qu'une personne raisonnable aurait compris qu'un contrat est formé.

Dans l'affaire *Smith contre Hughes*, un des arrêts les plus remarquables de l'interprétation objective du consentement par les juges anglais, la cour a constaté qu'indifféremment de l'intention de la partie si son comportement peut être compris par une personne raisonnable comme approuvant les conditions du contrat et que son contractant a bien eu cette croyance, le contrat est considéré comme valablement conclut.¹³³

Paragraphe 2 : La saisie de l'objectivation par le droit français

En effet le droit français reconnaît l'application de cette théorie pour l'interprétation du consentement (partie A), une reconnaissance qui répond à un besoin d'harmonisation des règles d'interprétation. Cet effort doit être poussé face à l'intervention de l'automatisation dans la formation des contrats (partie B)

A- Application du standard objective subsidiairement par le droit français

L'article 1188 du C. Civ. dispose que : « *Lorsque cette intention ne peut être décelée, le contrat s'interprète selon le sens que lui donnerait une personne raisonnable placée dans la même situation.* »¹³⁴

Cette interprétation objective n'est pas tout à fait conforme à l'approche traditionnelle française orientée vers la recherche de la volonté interne. Elle s'est inspiré des projets européens d'harmonisation qui l'ont eux-mêmes pris du droit anglais.¹³⁵ Ce principe va être consacré dans l'article 1188, directement après « le principe cardinal de recherche de la commune volonté. »¹³⁶

On peut déduire que l'application de ce principe à titre subsidiaire vient en réponse au problème de la preuve de la volonté interne de la partie. Dans ce cas, depuis 2016, on retrouve une reconnaissance d'une approche objective de l'accord de volonté, bien qu'appliquée de façon

¹³³ S. Simonyan, « Le droit face à l'intelligence artificielle, analyse croisée en droit français et arménien », *op. cit.* ; C. Gallou, S. Wisley, *droit anglais des affaires*, *op.cit.*;

¹³⁴ C. Civ art 1188, al. 2

¹³⁵ J. Flour, J-L. Aubert, E. Savaux, « Droit civil. Les obligations : L'acte juridique », 17e éd. 2022, SIREY ; p. 875

¹³⁶ *Idem*;

subsidaire, mais cela montre bien que le droit français ne refuse pas cette théorie et peut reconnaître son application, dans les cas où la recherche de la volonté réelle est problématique.

B- Un effort renforcé d'harmonisation des régimes d'interprétation face à l'automatisation

En effet, l'introduction de cette notion de personne raisonnable dans le droit français, est le fruit de l'effort d'harmonisation de règles relatives aux contrats, et surtout les règles relatives à leur interprétation. La formulation de l'article 1188 C. Civ, ainsi que le standard qu'il invoque ont été inspirés des principes UNIDROIT.

Dans le cadre de l'automatisation, une IA va intervenir au stade de la formation des contrats. Les parties peuvent être chacun dans un pays. Chacun des contractants peut ressortir d'un système juridique différent.

Un effort d'harmonisation poussé doit prendre place face aux nouvelles technologies, pour promouvoir la cohérence et la clarté juridique, et cela pour faciliter la compréhension de ces outils technologiques sur le plan international, surtout que les réseaux ne connaissent pas de frontières.

Avoir une technique unifiée d'interprétation du consentement contractuelle est essentiel pour la sécurité juridique des transactions automatisées transfrontalières et va avoir une influence sur le développement de l'usage des technologies dans le commerce international.

Section 2 : L'objectivation, un remède aux problèmes d'appréciation du contrat

L'interprétation subjective engendre une série de problèmes techniques et juridiques. L'objectivation du consentement va résoudre ces problèmes, en premier, c'est une approche plus adaptée à la technicité de l'automatisation (paragraphe I), ainsi qu'au souci de la protection de la sécurité juridique.

Paragraphe 1 : Une théorie adaptée à la technicité de l'automatisation

La favorisation de la manifestation de la volonté, sur la volonté réelle va venir faciliter l'appréciation de la volonté (partie A), par l'abandon de l'analyse compliqué de la volonté réelle (partie B).

A- La prise en compte de la manifestation finale de la volonté

On a pu conclure que la théorie objective va se contenter à l'observation de la manifestation de la volonté, sans prendre en compte la volonté interne de la partie.

Dans l'hypothèse de l'automatisation où un système d'IA est mis en place, c'est la manifestation finale de la volonté qui va compter. Par exemple c'est l'offre qui a été portée à la connaissance du destinataire par ce système.

On ne fait plus recours à la preuve de la volonté réelle de la personne qui paraît non accessible, en raison de son intervention limitée qui se résume à la programmation du logiciel.

B- L'abandon d'une analyse complexe

La prise en compte de la simple manifestation finale va simplifier le raisonnement dans le cadre de l'interprétation. C'est l'expression finale, qui est bien claire et accessible au contractant qui va guider l'analyse.

L'IA est devenue de plus en plus complexe et sophistiquée dans son fonctionnement. Elle va manifester une autonomie qui a déjà questionné la formation des contrats qu'elle génère en raison de l'ignorance de la partie lors de sa seule interaction avec le contrat des détails du résultat qu'elle va déclencher.

Cette complexité va être réglée par l'abandon de la volonté interne qui n'a plus qu'un rôle limité et l'adoption de la volonté manifestée par l'algorithme comme seul vecteur d'analyse de la réalité du contrat.

Mais il faut de plus savoir comment le juge doit procéder à analyser pour comprendre cette manifestation. Pour cela on va recourir au standard de la personne raisonnable, qui va être mis en place pour la sauvegarde de la sécurité juridique.

Paragraphe 2 : Une théorie protectrice de la sécurité juridique

En effet, l'appréciation du consentement automatisé par référence au standard de la personne raisonnable (partie A) va mettre le contractant à l'abri de l'aléa de la volonté interne de son cocontractant (partie B)

A- Le standard objectif de la personne raisonnable

Pour prouver l'accord de volonté et interpréter le contrat, el juge ne va plus analyser du point de vue de la personne qui a programmé ce logiciel : ce qu'elle avait comme réelle pensé en tête et comment elle avait vu le contrat. Le juge va regarder ce qu'une personne raisonnable ayant les mêmes qualités des parties aurait compris de ce que le logiciel a donné comme résultat.

En prenant l'exemple du site de vente d'antiques, qui a mis en place un système automatisé pour la conclusion des ventes en ligne. La partie va donc programmer un logiciel d'IA pour manifester l'offre de contracter. L'offre qui va être communiquée par le logiciel va être prise en compte sans la volonté interne de la partie lorsqu'elle a programmé l'IA. Elle va être analysée en fonction de ce qu'aurait compris une personne raisonnable ayant les mêmes qualités des contractants, recevant cette offre.

B- Abandon de l'aléa de la volonté interne

En optant pour une approche plus subjective dans l'appréciation et l'interprétation du consentement, la sécurité juridique et la confiance à l'usage de la technologie dans la conclusion des contrats vont être renforcées.

Faire annuler le contrat, voir le considérer inexistant à chaque fois que la partie considère que le résultat généré ne correspond pas à sa volonté interne est une atteinte inconcevable à la sécurité juridique du cocontractant.

Par l'approche objective et la prise en compte du standard de la personne raisonnable, ce n'est pas les pensées et la volonté propre de l'une des parties qui va être déterminante. C'est un critère objectif fixé qui ne va prendre en compte les circonstances impartiales de la volonté personnelle de l'une des parties. En plus, c'est cette partie qui a fait le choix de recourir à l'automatisation et qui a un contrôle sur son fonctionnement.

En conclusion, c'est l'abandon de l'« alea » de la volonté interne de la partie qui est une notion qui par sa nature n'est pas claire, et donc opter pour une interprétation objective.

Titre 2 : Appréciation modernisée des vices de consentement automatisés

L'automatisation a été une opportunité de voir l'influence des nouvelles technologies sur la volonté, et le consentement. Cela ne passera pas sans incidences sur l'analyse des vices de consentements. En effet, l'analyse de ces vices doit être adaptée à la nouvelle forme de manifestation de volonté, ainsi qu'à la théorie d'interprétation objective jugée plus adaptée. Cela s'inscrit dans le cadre de l'effort de protection de la sécurité juridique.

Par une observation à l'œil nu de l'automatisation, on peut clairement saisir que durant le processus de manifestation de volonté qui se fait à plusieurs étapes entre programmation et manifestation de la volonté finale par l'IA, des erreurs peuvent intervenir. Ces erreurs vont donc être causées par une faute du logiciel, pour cette nouvelle forme de vice de consentement on va avoir un abandon de l'erreur vice de consentement, en faveur de la lésion (chapitre 1). Or ce vice est causé par la faute d'un tiers : le programmeur (chapitre 2).

Chapitre 1 : Abandon de l'erreur en faveur de la lésion face aux « erreurs » du logiciel

Dans le cadre des contrats automatisés, il a été établi que pour un but de sécurité juridique et la protection du contractant de l'utilisateur de l'IA, une analyse objective va être menée pour le consentement. Dans la continuité de ce raisonnement, l'erreur vice de consentement ne va pas être prise en compte lorsqu'elle résulte d'une faute du logiciel (section 1) cela étant dit, une atténuation doit être faite pour protéger l'utilisateur de l'IA dans les situations extrêmes, la solution étant l'adoption d'une lésion qualifiée.

Section 1 : Les difficultés face au recours à l'erreur vice de consentement

Face à une erreur de source informatique, donc émanant de l'IA, on ne peut pas invoquer le vice de consentement, en raison de l'objectivation de la volonté automatisé (paragraphe I) en plus du caractère excusable de l'erreur (paragraphe II).

Paragraphe 1 : L'appréciation objective de l'erreur

En effet, la nature de la manifestation de volonté automatisée et son interprétation objective vont influencer l'appréciation de l'erreur vice de consentement. Pour mieux comprendre, on doit en premier qualifier l'erreur du logiciel en tant qu'erreur qui intervient dans la manifestation de la volonté (partie A), pour déduire ensuite que ce type d'erreur est ignorée à cause de l'application de la théorie objective du consentement automatisé (partie B).

A- L'erreur du logiciel : une erreur de la manifestation de la volonté

L'erreur vice de consentement n'a pas été définie par l'article 1132 du C. Civ :

« L'erreur de droit ou de fait, à moins qu'elle ne soit inexcusable, est une cause de nullité du contrat lorsqu'elle porte sur les qualités essentielles de la prestation due ou sur celles du cocontractant. »¹³⁷

On peut la définir comme étant « une fausse représentation de la réalité »¹³⁸. On va de cette définition, déduire que l'erreur va englober deux types. D'une part, on a une erreur qui va constituer la divergence entre la volonté (dans le sens de la volonté manifestée) et la réalité de l'objet, et d'autre part, une erreur qui va constituer une divergence entre la volonté interne et la volonté manifestée.¹³⁹

Pour prendre un exemple sur cette différence, si on a une vente d'un tableau sur un site qui est géré par une IA, ce tableau du célèbre peintre Nicolas POUSSIN, son propriétaire le croyait être un tableau de l'« École des Carrache », il a été présenté sur le site et dans la programmation comme tel. Cette erreur est une divergence entre la volonté et la réalité des choses et ne représente pas le sujet de l'étude. En effet, cette erreur n'est pas causée par une erreur ou faute du logiciel de l'IA.

¹³⁷ C. Civ. Art. 1132

¹³⁸ D. Houtcieff, « droit des contrats » 6^e éd., BRUYLYANT, coll. Paradigme, 2021, p. 244

¹³⁹ P. Gaiardo, « théorie objective et subjective du contrat, étude critique et comparative (droit français et américain) » préface de M. Fabre-Magnan, LGDJ, 2020, p. 268 : cette différence a été expliquée dans cette thèse comme telle : « dans la théorie objective du contrat l'objet-existant lui-même se représente mal, et non pas que c'est le sujet qui se représente mal l'objet visé » ; S. Simonyan, « Le droit face à l'intelligence artificielle, analyse croisée en droit français et arménien » ;

En réalité, on peut considérer que « dans l'hypothèse qui nous intéresse, ce qui trompe, c'est l'autonomie de l'agent artificiel: ce dernier, à cause de ses capacités cognitives limitées, peut interpréter d'une manière fautive les informations essentielles à la conclusion du contrat voulu par son utilisateur. »¹⁴⁰

Si on reprend l'exemple du tableau : le vendeur présente un tableau de POUSSIN sur le site pour le vendre, avec un système d'IA programmé pour gérer le site et fixer les prix selon des paramètres prédéterminés et en fonction de l'analyse des circonstances du marché sur lequel il opère. Dans ce cas, si une erreur de logiciel intervient et fixe un prix bas de ce tableau, ce prix peut ne pas correspondre à ce que la partie s'attendait que ce système fixe, quel que soit la source de cette erreur, dans ce cas, l'erreur est une divergence entre la volonté de la partie et la volonté qui a été manifesté par l'IA.

B-L'erreur de la manifestation ignorée par la théorie objective du consentement

L'erreur du logiciel, quelle que soit sa cause est une erreur dans la manifestation de la volonté. Le principe dans la théorie objective est que « la volonté subjective de la personne ne va pas être prise en compte par le droit : seul ce qui est manifesté compte »¹⁴¹. L'appréciation de l'erreur par la théorie objective a été expliquée comme tel : « dans la théorie objective du contrat l'objet-existant lui-même se représente mal, et non pas que c'est le sujet qui se représente mal l'objet visé »¹⁴².

En application de cette théorie, l'erreur du logiciel ne sera pas prise comme vice de consentement. L'intégralité du consentement est analysée en fonction de la seule manifestation de la volonté. Cette erreur qui résulte de la divergence entre la volonté de la partie et sa manifestation par l'IA, n'est pas un vice de consentement au sens objectif.

De ce fait, on ne va pas exclure la prise en compte de l'erreur vice de consentement, en invoquant la généralité de la notion, chaque fois qu'on est en présence d'un contrat automatisé. Mais c'est

¹⁴⁰ S. Simonyan, « Le droit face à l'intelligence artificielle, analyse croisée en droit français et arménien »

¹⁴¹ P. Gaiardo, « théorie objective et subjective du contrat, étude critique et comparative (droit français et américain) » préface de M. Fabre-Magnan, LGDJ, 2020 ; p.23

¹⁴² Idem, p.266

l'erreur qui est causée par une mauvaise manifestation de la volonté interne par l'algorithme intelligent qui ne sera pas prise en compte dans ce cas.

L'erreur du logiciel ne va pas être une cause de nullité du contrat analysé objectivement. À cette difficulté s'ajoute une autre qui est liée à la condition de la faute excusable.

Paragraphe 2 : Le caractère excusable de l'erreur

En effet, l'article 1132 C. Civ qui ne définit pas l'erreur, fixe par contre les conditions de nullité de contrat pour erreur vice de consentement. On retient que l'erreur doit être excusable (Partie A), cette condition va être un obstacle à la qualification de l'erreur du logiciel en erreur vice de consentement (Partie B).

A- Caractère excusable de l'erreur : une condition pour son efficacité

Cette condition résulte de l'article 1132 du C. Civ. Qui stipule que l'erreur est une cause de nullité « à moins qu'elle ne soit inexcusable ».¹⁴³ Cette solution a pour but de sanctionner l'imprudence ou la naïveté de l'*errans* et la protection de son contractant de bonne foi¹⁴⁴.

L'erreur inexcusable est « une erreur fautive, c'est-à-dire qui résulte de la faute de celui qui l'invoque »¹⁴⁵. Un contractant ne peut pas profiter de sa propre légèreté, et invoquer l'erreur dans ce cas¹⁴⁶. L'erreur inexcusable peut résulter d'une simple faute, y compris la négligence, de même le manquement à un devoir de renseignement¹⁴⁷. « Le contractant imprudent, naïf ou tout simplement fautif, est puni par là où il a péché : il demeure tenu des liens du contrat »¹⁴⁸.

On peut donc déduire que le contractant qui peut invoquer l'erreur est le contractant diligent qui a été lui-même victime de l'erreur.

¹⁴³ B. Petit, S. Rouxel, N. Rezepecki, JCl. Notarial Répertoire, V° Contrats et obligations - Fasc. 3-3 : CONTRAT. – Vice du consentement. – Erreur

¹⁴⁴ Idem;

¹⁴⁵ FABRE-MAGNAN, Muriel, Droit des contrats, PUF, 2018, p.39

¹⁴⁶ D. Houtcieff, « droit des contrats » 6e éd., BRUYLYANT, coll. Paradigme, 2021, p.260

¹⁴⁷ FABRE-MAGNAN, Muriel, Droit des contrats, op. cit. ;

¹⁴⁸ Idem;

B- Le caractère inexcusable de l'erreur du logiciel

En essayant d'appréhender l'application de l'erreur vice de consentement à l'erreur du logiciel d'IA, on s'aperçoit que cette erreur peut être considérée excusable pour plusieurs raisons.

Pour analyser ce caractère, on doit analyser les causes de l'erreur du logiciel. L'erreur ou le résultat indésirable généré par l'IA peut résulter d'« manque des ordres nécessaires au choix exact de la part de l'IA »¹⁴⁹. En effet, c'est vrai que l'IA est caractérisée par son autonomie et sa capacité d'apprendre et de se développer à travers le traitement des données avec la capacité de ML, mais cet IA agit toujours suivant les paramètres et les informations qui lui sont communiquées par la partie. Une intervention humaine continue est toujours nécessaire pour s'assurer du bon fonctionnement de l'IA. C'est la raison pour laquelle il est nécessaire que le contractant diligent fait en sorte d'équiper l'IA de tous les paramètres et informations nécessaires pour parvenir au résultat qu'il désire et éviter la déviation de la décision de l'IA de la direction de sa volonté initiale qu'il désirait.

Le résultat indésirable peut aussi résulter d'un problème dans le fonctionnement du « software ». De tels problèmes peuvent survenir dans le fonctionnement de tout système informatique. La partie diligente qui a mis en place un système automatisé pour manifester son consentement doit assurer son bon fonctionnement. Les problèmes techniques qui y surviennent lui sont aussi imputables.

Enfin, l'usage de l'IA est le choix de cette partie. Cette partie a délibérément accepté les risques liés à l'autonomie de ce système et aux problèmes informatiques qui peuvent y survenir. On peut donc considérer que l'invocation d'une erreur ne doit pas être acceptée parce que ce risque de faute a été accepté par le contractant, qui a la responsabilité de faire son possible de l'éviter.

On peut donc conclure que les erreurs qui sont générées par le fonctionnement de l'IA ne répondent pas aux exigences de l'erreur vice de consentement. Mais cette position favorable au cocontractant de l'utilisateur de l'IA doit être tempérée par la mise en place d'une lésion qualifiée qui va dans certaines conditions protéger cet utilisateur.

¹⁴⁹ S. Simonyan, « Le droit face à l'intelligence artificielle, analyse croisée en droit français et arménien »

Section 2 : La lésion qualifiée pour rétablir l'équilibre entre les contractants

En application des principes mentionnés ci-dessus, on a pu déduire que dans le cadre des contrats automatisés, il est nécessaire de protéger le cocontractant de la partie qui utilise les systèmes automatisés. Mais cette protection doit être tempérée pour ne pas se retourner négativement dans le sens inverse. C'est-à-dire, on doit aussi, protéger l'utilisateur de l'IA, contre les injustices qu'il peut en être victimes.

Pour rétablir cet équilibre entre la sécurité juridique et les exigences de bonne foi dans la conclusion du contrat, il est paru que la solution réside dans le recours à une nouvelle forme de lésion qualifiée, qui va s'inscrire dans la liste des exceptions au principe de droit commun (paragraphe I), et qui va être régie par un nombre de conditions (paragraphe II)

Paragraphe 1 : Une lésion qualifiée : exception à un principe de droit commun

Le droit commun des contrats ne reconnaît pas la lésion comme étant vice de consentement (partie A), cependant des exceptions à ces principes sont admises pour des raisons particulières (partie B)

A- Le principe : Indifférence de la lésion sur la validité du contrat

La lésion est définie comme : « le préjudice subi par l'une des parties en raison des clauses même qui figurent dans la convention : elle réside essentiellement dans un défaut d'équilibre de l'opération »¹⁵⁰. C'est donc le défaut d'équivalence des prestations dans les contrats synallagmatiques.¹⁵¹ La lésion n'est pas un vice de consentement dans le droit français, le Code Civil ne la mentionne dans l'énoncé des vices de consentement.¹⁵²

L'article 1168 C. Civ dispose que :

¹⁵⁰ L. Josserand, *cour de droit civil positif français: reforme aux programmes officiels des facultés de droit mis au courant, des décrets-loi, de la jurisprudence et de la doctrine* ; 3^e éd., Issy les Moulineaux, Sirey, 1939, n. 101bis, p. 57

¹⁵¹ D. Houtcieff, « droit des contrats » 6^e éd., BRUYLYANT, coll. Paradigme, 2021, p.415

¹⁵² D. Houtcieff, « droit des contrats », op. cit., J. Flour, J-L. Aubert, E. Savaux, « Droit civil. Les obligations : L'acte juridique », 17^e éd. 2022, SIREY, p. 630

« Dans les contrats synallagmatiques, le défaut d'équivalence des prestations n'est pas une cause de nullité du contrat, à moins que la loi n'en dispose autrement »¹⁵³

Ainsi le simple constat du déséquilibre des prestations, même flagrant, ne suffira toujours pas à remettre en cause la validité du contrat (sauf erreur, dol ou violence).

Le principe est que le droit ne s'imisce pas dans les questions de valeur ni de prix. Il permet la liberté de faire des bonnes affaires. C'est la liberté contractuelle qui leur conserve cette possibilité. Le droit ne sanctionne même pas la « lésion énorme ». Le défaut d'équivalence est uniquement sanctionné lorsque la loi le prévoit, donc dans le cadre d'exceptions légales.¹⁵⁴

B- Possibilité de prise en compte du déséquilibre pour des raisons particulières

La sanction de la lésion a été consacrée par la loi pour le but de la protection de certain contractant ou certaines relations contractuelle. L'article 1149 énonce l'exception de la lésion pour les actes accomplis par les mineures :

« Les actes courants accomplis par le mineur peuvent être annulés pour simple lésion. Toutefois, la nullité n'est pas encourue lorsque la lésion résulte d'un événement imprévisible. »¹⁵⁵

Le Code Civil admet de même la lésion dans le cadre de la vente d'immeubles lorsque le vendeur a été lésé de plus de sept douzièmes dans le prix d'un immeuble¹⁵⁶. Dans le même sens le Code admet la lésion dans les contrats de partages lorsque le copartagent établit avoir subi une lésion de plus du quart¹⁵⁷.

Dans ce sens, pour prendre en compte le caractère spécial de la relation contractuelle dans le cadre de l'automatisation, on peut considérer la mise en place d'un régime de lésion qualifiée pour combler l'injustice dont l'utilisateur peut être victime. C'est le cas de la faute du logiciel, qui ne peut être qualifiée d'erreur vice de consentement, mais qui cause un défaut d'équivalence flagrant et manifeste, de telle sorte qu'on en peut accepter de faire supporter cette charge à l'utilisateur du système.

¹⁵³ C. Civ. Art. 1168

¹⁵⁴ D. Houtcieff, « droit des contrats », op.cit., p. 416

¹⁵⁵ C. Civ. Art. 1149, Al. 1

¹⁵⁶ C. Civ art. 1674 et s., D. Houtcieff, « droit des contrats », op.cit., p. 416

¹⁵⁷ C. Civ. Art. 889, D. Houtcieff, « droit des contrats », op.cit., p. 416

Paragraphe 2 : Condition de la lésion qualifiée des contrats automatisés

Cette lésion doit répondre à des conditions strictes à savoir, l'existence d'un déséquilibre résultant d'une erreur du logiciel (partie A), ainsi qu'un déséquilibre flagrant et manifeste (partie B)

A- Un déséquilibre résultant d'une erreur du logiciel

La première condition est évidente. Que le déséquilibre soit causé par une faute du système automatisé d'IA. C'est en fait pour combler les injustices causées par ce type de faute que cette lésion a été élaborée. Dans ce sens, l'avantage que le cocontractant a reçu est injustifié. En effet, dans les principes UNIDROIT, où la lésion est adoptée en tant que vice de consentement, une des conditions de la lésion est que l'avantage soit injustifié.

Si on prend l'exemple de la décision *Quoine*, une faute dans le logiciel du fait qu'il a été déconnectée des données du marché en temps réel sur lequel il se basait. De ce fait le logiciel a vendu des BTC à un taux 250 fois moins que le prix du marché. Et les transactions ont été faites par l'algorithme sans aucune intervention humaine. Dans ce cas, le logiciel qui est programmé a fixé le prix par référence aux prix du marché a commis une faute due à un dysfonctionnement informatique. Le bénéfice est indu au contractant qui va profiter des BTC à 250 fois moins que le prix du marché à cause de l'erreur du logiciel et non pour une raison légitime.

B- Un déséquilibre flagrant et manifeste

Le déséquilibre doit être flagrant et manifeste. Flagrant dans le sens que l'avantage du contractant est excessif. En effet, on ne peut pas mettre en péril la sécurité juridique pour chaque déséquilibre dans la relation contractuelle.

De plus, l'avantage doit être manifeste, dans le sens que la personne raisonnable, regardant l'offre du système automatisé, est en mesure de comprendre que cette offre ne reflète pas la réalité des choses et est causée par une erreur du logiciel. Cette condition est en accord avec la consécration de la théorie objective du consentement.

Ces deux conditions relatives aux caractères de ce déséquilibre sont aussi évidentes. En se référant encore une fois aux principes UNIDROIT, la condition d'avantages excessifs est énoncée par ces principes. Sur cette condition : « *Comme le terme "excessif" le dénote, même une disparité*

considérable dans la valeur et le prix ou tout autre élément qui bouscule l'équilibre des prestations ne suffit pas à permettre l'annulation ou l'adaptation du contrat en vertu du présent article. Ce que l'on exige, c'est que le déséquilibre soit si grand dans les circonstances qu'il choque la conscience d'une personne raisonnable. »¹⁵⁸

Par l'expression excessive ils visent donc les deux conditions de flagrante et manifeste.

En reprenant l'exemple de l'affaire *Quoine*, l'offre de BTC contre ETH à un prix 250 fois inférieur au prix du marché est un déséquilibre flagrant et manifeste. L'avantage qui en résulte est excessif au sens qu'il est choquant et que la partie contractante ne pouvait ne pas comprendre que cette offre est le résultat d'une faute et ne reflète pas la réalité.

Chapitre 2 : Un consentement vicié par la faute d'un tiers : le programmeur

L'originalité des vices de consentement dans les contrats automatisés repose sur le fait qu'elles peuvent être causées par une erreur du logiciel, imputable au programmeur ou développeur de ce logiciel.

En cas de recours en annulation du contrat, on peut se demander si ce programmeur peut voir sa responsabilité engagée. L'étude va donc porter sur sa responsabilité en premier à l'encontre de l'utilisateur du logiciel (section 1), ensuite à l'encontre du cocontractant de ce dernier (section 2).

Section 1 : Responsabilité du programmeur à l'égard de l'utilisateur logiciel

Pour déterminer les conditions nécessaires pour engager le programmeur à l'encontre de l'utilisateur du logiciel (paragraphe 2), il faut d'abord voir la nature de cette responsabilité (paragraphe 1)

Paragraphe 1 : Nature de l'engagement du programmeur

Le programmeur va être engagé par un contrat d'entreprise à l'égard de l'utilisateur du logiciel (partie A) et va donc être engagé par une responsabilité contractuelle (partie B).

¹⁵⁸ Unidroits <https://www.unidroit.org/wp-content/uploads/2021/06/Unidroit-Principles-1994-French-i.pdf>

A- La programmation : obligation d'un contrat d'entreprise

Le code civil ne propose aucune disposition de contrat spécial de programmation de logiciel. La doctrine qualifie la relation contractuelle entre le programmeur et l'utilisateur du logiciel en contrat d'entreprise¹⁵⁹

Dans le cadre du contrat de prestation de service, « l'obligation essentielle d'un prestataire est la délivrance de l'objet du contrat ». Le programmeur d'un logiciel va donc avoir une obligation de délivrance, ainsi qu'une obligation d'information et de garantie

Par obligation de délivrance, on vise la mise à disposition du logiciel par le programmeur à l'utilisateur de l'IA, il doit correspondre aux intentions de la partie, telles quelles ont été désignées par les parties, et à l'usage auquel il est dédié. Le logiciel programmé doit donc être conforme au contrat et exempt de tout vice qui va altérer son efficacité. De ce fait, le programmeur a de même une obligation de garantie.

En plus de ces deux obligations contractuelles, le programmeur a une obligation d'information, qui consiste à une obligation de renseignement, de mise en garde et de conseil.

B- Une responsabilité contractuelle du programmeur

Vue la nature contractuelle entre le programmeur et l'utilisateur du logiciel, aux conditions fixés dans l'article 1146 et suivant du code civil.

La faute du programmeur qui peut résulter de sa négligence ou de son imprudence va constituer un manquement à une obligation contractuelle, et va de ce fait engager sa responsabilité contractuelle. Si cette faute induit l'utilisateur de l'IA en erreur, il peut se trouver lié par un contrat auquel il n'avait pas la volonté d'être lié. Dans ce cas, il a la possibilité de revenir contre le programmeur si les conditions de l'engagement de sa responsabilité sont remplies.

Il doit être démontré que l'erreur du logiciel résulte d'une faute contractuelle du programmeur, et qu'il lui a causé un dommage ainsi que le lien de causalité entre cette faute et le dommage.

¹⁵⁹ Michel VIVANT et al., Lamy droit de l'informatique et des réseaux (Lamy, Paris, 2001, no 840), p. 522.

Paragraphe 2 : Conditions de sa responsabilité

Quand l'erreur dans le contrat envisagé par l'IA est causé par une faute du logiciel, le dommage est le lien de causalité sont bien établies. Il reste à savoir si cette erreur du logiciel constitue une faute imputable au programmeur. On doit dans ce cas faire la différence entre les obligations relatives à l'objet (partie A) et l'obligation d'information (partie B)

A- Le manquement a une l'obligation relative à l'objet

Lorsque le contrat généré par L'IA est jugé par la partie qui l'utilise comme non conforme à ses attentes, cela peut en général résulter de deux cas : ou bien le programmeur a mal traduit sa volonté dans le contrat, ou bien en raison d'une faute dans la programmation qui va interrompre l'usage normal du logiciel, « connu notamment sous le nom de « bogue », se produit lorsqu'une erreur s'est glissée dans la programmation d'un logiciel ou d'un programme, et que l'utilisation du logiciel ou du programme interrompt le fonctionnement d'un logiciel ou de l'ordinateur, ou encore fausse les résultats que génère le programme. »¹⁶⁰.

Le problème revient à savoir si cette obligation du programmeur représente une obligation de résultat ou bien une simple obligation de moyens. Il a été jugé que l'obligation du programmeur qui va développer un logiciel est une obligation de moyen. C'est logique, vue l'aléa de l'informatique.

B- Le manquement à l'obligation d'information

Par contre, en ce qui concerne l'obligation d'information, on doit faire la différence entre l'obligation de renseignement et l'obligation de conseil.

L'obligation de renseignement « Le fournisseur doit communiquer à son client l'ensemble des spécifications du produit proposé ainsi qu'un état précis des possibilités à en attendre et des limites à prévoir. Outre les spécifications techniques, le fournisseur doit aussi indiquer quelles sont les exigences relatives à l'environnement du système »¹⁶¹

¹⁶⁰ Préc. Note 246, p.403

¹⁶¹ J. huet, "contrat et responsabilité informatique" synthèse, LexisNexis

La communication de telles informations ne repose sur aucun aléa et consiste en une obligation de résultat. Si le contractant se trouve lié par un contrat, qui résulte de sa mauvaise connaissance relative au fonctionnement du logiciel qu'il utilise, cela est susceptible d'engager la responsabilité contractuelle du programmeur.

Par contre, l'obligation de conseil a été considérée comme toute prestation intellectuelle, une obligation de moyen. C'est le cas de tous les professionnels qui dispensent des conseils. « Le devoir de conseil consiste pour le fournisseur d'un produit complexe, et cela vaut tout spécialement en matière d'informatique, à rechercher une solution qui soit adaptée aux besoins du client et à le mettre en garde contre les difficultés que présente l'implantation et l'exploitation d'un équipement présentant une certaine complexité »¹⁶².

Section 2 : Responsabilité du programmeur à l'égard du cocontractant

Quand la faute du programmeur est qualifiée de vice de consentement, le tiers, cocontractant, peut vouloir demander réparation du dommage qu'il a subi. Il doit donc savoir sur le fondement de quelle responsabilité agir (paragraphe 1) pour savoir quel serait les conditions de l'engagement de la responsabilité du programmeur (paragraphe 2).

Paragraphe 1 : Nature de la responsabilité

Il s'agit d'une responsabilité extracontractuelle (partie A) en absence d'action directe en responsabilité contractuelle (partie B).

A- Une responsabilité extracontractuelle

La règle paraît simple : La responsabilité contractuelle s'applique entre les parties à un contrat et la responsabilité extracontractuelle s'applique entre des tiers.

¹⁶² V. CA Paris, 4 janv. 1980 : JurisData n° 1980-650164 ; RJ com. 1980, p. 260, note Ph. le Tourneau. – T. com. Paris, 19 avr. 1971 : D. 1971, p. 483, note Fourgoux ; JCP G 1971, 16752, note P. L. – CA Paris, 15 mai 1975, Logabax : JurisData n° 1975-655053 ; JCP G 1976, II, 18265, note Boitard et Dubarry. – Cass. com., 5 févr. 2013, n° 12-12.221, vente d'un ordinateur dont le fournisseur était seul à pouvoir apprécier les qualités étant donnée sa nouveauté. – Cass. 1re civ., 2 juill. 2014, n° 13-10.076 : RDC 2015, p. 43, obs : A. Danis-Fatôme. – Cass. com., 20 juin 2018, n° 17-14.742 : RDC 2019, p. 56, obs. J. Huet

La responsabilité extracontractuelle est énoncé à l'Article 1240 C. Civ« Tout fait quelconque de l'homme, qui cause à autrui un dommage, oblige celui par la faute duquel il est arrivé à le réparer. »

Le programmeur va agir dans le cadre d'un contrat d'entreprise à l'égard de son contractant. Tout tiers qui entre en relation même contractuelle avec ce contractant, et qui peut avoir un dommage causé par la faute de programmation, doit engager la responsabilité extracontractuelle de ce programmeur.

B- Défaut d'action directe en responsabilité

En effet, la responsabilité contractuelle entre tiers a été admise entre tiers par la jurisprudence française. C'est l'action directe en responsabilité contractuelle, dans le cadre de chaîne de contrat.

Il est paru donc nécessaire de démontrer que dans le cas d'automatisation, on n'est pas en présence d'une chaîne de contrat. Une chaîne de contrat est une succession de contrat, sur le même objet. Dans le cadre d'un contrat qui porte sur la programmation d'un logiciel d'IA, qui va à son tour générer des contrats pour le compte de son utilisateur, on n'est pas en présence d'une chaîne de contrat.

La responsabilité contractuelle du programmeur à l'égard de l'utilisateur ne va pas s'étendre à ses cocontractants.

Paragraphe 2 : Conditions de la responsabilité

Il consiste à prouver une faute, un dommage et un lien de causalité. La faute et le dommage sont établies (partie A) mais on est face à une incertitude de l'existence d'un lien de causalité (partie B).

A- Facilité de la preuve de faute et dommage

La question est de savoir si ce tiers doit prouver une faute distincte du programmeur, autre que son manquement à l'obligation contractuelle. La jurisprudence actuelle répond par la négative. Il suffit donc de démontrer que le programmeur n'a pas respecté son obligation contractuelle envers l'utilisateur de l'IA. Cela revient en pratique à démontrer une faute, vu que son obligation est de moyen.

Il faut de plus démontrer que c'est cette faute qui a constitué un vice de consentement et qui a été cause de nullité du contrat. En effet, la nullité du contrat constitue un dommage qui a été subi par le contractant.

B- Un lien de causalité discutable

En effet, le dommage qui est subi à savoir la nullité du contrat est le résultat d'un vice de consentement. On peut donc facilement imaginer que le lien de causalité ne sera pas établi. La nullité du contrat a été le résultat d'une décision judiciaire et résulte d'un avantage indu au contractant.

Mais le contrat qui a été formé tombe sur un engagement, même apparent dans ce cas parce qu'il sera annulé antérieurement.

Le programmeur a donc par sa faute conduit le contractant à penser avoir conclu un contrat, et donc s'engager dans cette perspective.

Il paraît donc que l'établissement d'un lien de causalité peut paraître problématique mais l'engagement de la responsabilité du programmeur ne doit pas être écartée du seul fait que le dommage est causé par l'annulation du contrat.

Conclusion

Les contrats automatisés, avec leurs diversités, sont une nouveauté technologique qui va certainement influencer le droit des contrats.

La nature de leurs interventions dans la vie du contrat va certainement être discutée. Des efforts ambitieux vont essayer d'accroître l'influence des systèmes de l'IA sur le contrat en les qualifiant d'agents agissant pour le compte de leurs utilisateurs. Mais ces allégations doivent être abandonnées. En fait, l'état actuel de la technologie ne permet pas encore aux systèmes même intelligents et autonomes d'aller au-delà du simple rôle d'outils agissant suivant les instructions humaines et sous sa supervision.

L'abandon de la science-fiction et le retour à la réalité technologique et juridique permet de s'apercevoir que les principes fondamentaux du droit des contrats, surtout le libéralisme de notre système juridique est en capacité de s'appréhender la notion d'automatisation même celle qui va intervenir lors de la formation du contrat.

Cette approche n'est certes pas absolue. Un changement de perspective doit certainement avoir lieu. Avec l'intervention de ces systèmes dans la formation du contrat, l'approche subjective va devenir incapable d'interpréter le consentement de la partie qui s'est substituée par une machine. De là va apparaître la nécessité de l'abandon d'une notion attachée à la psychologie de la personne à une approche plus objective.

Le droit classique va donc être capable d'apprécier la formation de ces contrats par une application simple de ses notions fondamentales. Par contre l'étude de la validité de ces contrats à travers le droit classique pose un problème aux niveaux de la sécurité juridique des contractants. Cela va motiver un effort de repenser ces notions de validité à l'aune de l'automatisation de la volonté.

La notion de volonté est clairement en cours de développement qui peut aller jusqu'à sa reconstruction en fonction de la diminution de l'intervention humaine dans sa manifestation.

Bibliographie

Sources de la loi :

- Convention des nations unies sur l'utilisation de communications électroniques dans les contrats internationaux
- Code civil
- Principes UNIDROITS

Ouvrages généraux :

- A. Bérnabent, "droit des obligations" 17e éd. , LGDJ, Coll. Domat, 2018 ;
- BUFFELAN-LANORE, Yvaine, LARRIBAU-TERNEYRE, Virginie, *Droit civil. Les obligations*, 17ème éd., Sirey,
- C. Gallou, S.Wisley, *droit anglais des affaires*, LGDG, 2018
- Capitant, Terré, Lequette et Chénédé, *GAJC*, Tome 2, 13^e éd.,
- D. Houtcieff, *droit des contrats* 6^e éd., BRUYLYANT, coll. Paradigme, 2021, p.88
- Droit civil, 4. Les obligations, 22^e éd., PUF, 2000,
- F. TERRE , Ph . SIMLER , Y. LEQUETTE , *Droit civil , Les obligations* , 8e éd . , Dalloz , 2002, n. 127
- FABRE-MAGNAN, Muriel, *Droit des contrats*, PUF, 2018, p.39
- H. , L. et J. MAZEAUD et F. CHABAS , *Leçons de droit civil* , t . II , Vol . 1 , Obligations , théorie générale , 9e éd . par F. CHABAS , Montchrestien , 1998 , n ° 66
- H. JACQUEMIN , *Le formalisme contractuel , Mécanisme de protection de la partie faible* , Larcier , 2010
- J. Flour, J-L. Aubert, E. Savaux, *Droit civil. Les obligations : L'acte juridique* , 17e éd. 2022, SIREY ;
- J. Ghestin, G. Loiseau, Y-M. Serinet, *Traité de droit civil, la formation du contrat*, Tome 1 : le consentement, 4^e éd., LGDJ ;
- Josserand *L'essor moderne du concept contractuel*, in *Mélanges Gény*, tome 2, Sirey, 1934,
- Lévy et Castelado, *Histoire du droit civil*, Dalloz, « précis », 2^e éd., 2010

Ouvrages et rapports spéciaux :

- COLLIARD. « La machine et le droit privé français contemporain ». Le droit privé français au milieu du XXème siècle; Etudes offertes à Georges Ripert. t.1. LGDJ, 1950
- J. Mestre, « L'évolution du contrat en droit privé français >», in L'évolution contemporaine du droit des contrats, PUF, 1986, p. 40
- Jamin et D. Mazeaud, *La nouvelle crise du contrat*, Dalloz, 2003
- Libchaber, « réflexions sur les effets du contrat », in *Mélanges offerts à Jean-Luc Aubert*, propos sur les obligations et quelques autres thèmes fondamentaux du droit, Dalloz 2005, p. 211
- M. Storck, « Essai sur le mécanisme de la représentation dans les actes juridiques », préf. Huet-Weiller, LGDJ, « Bibl. droit privé », t. 172, 1982
- Michel VIVANT et al., *Lamy droit de l'informatique et des réseaux* (Lamy, Paris, 2001, no 840),
- O. Deshayes, T. Génicon. Y-M. Laithier, *Réforme du droit des contrats du régime général et de la preuve des obligations ; commentaire article par article*, lexisnexus, 2^e éd., 2018
- R. cabrillac, « La théorie générale de la représentation dans le projet de réforme du droit des contrats français », in *mélanges D. R. Martin*, LGDJ, 2015.
- R. Cabrillac, « L'interprétation du contrat: le nouveau droit français à la lumière du droit comparé », in *Mélanges Huet*, LGDJ, 2017
- R. Cabrillac, « L'interprétation du contrat: le nouveau droit français à la lumière du droit comparé », in *Mélanges Huet*, LGDJ, 2017
- Rémy-Corlay et Fenouillet, *Les concepts contractuels français à l'heure des Principes du droit européen des contrats*, Dalloz, 2003:

Thèses :

- A. Dannis-Fantome, « Apparence et contrat », préf. G. Viney., Paris, France, LGDJ., 2004

- F. Binois, « Consensualisme et formalisme à l'épreuve de l'électronique », PUAM, 2021
- P. Gaiardo, « Théorie objective et subjective du contrat, étude critique et comparative (droit français et américain) » préface de M. Fabre-Magnan, LGDJ, 2020
- S. Simonyan, « Le droit face à l'intelligence artificielle, analyse croisée en droit français et arménien » 2021;
- V. Forray, « Le consensualisme dans la théorie générale du contrat », préf. G. Pignarre, LGDJ, 2007, p. 7

Articles et contributions :

Sources françaises :

- Cadet, « Interrogations sur le droit contemporain des contrats », in Le droit contemporain des contrats, Economica, 1987, p. 7
- Durand, « La contrainte légale dans la formation du rapport contractuel », RTD civ. 1944. 73;
- Fages, « Quelques évolutions du droit français des contrats à la lumière des Principes de la Commission Lando », D. 2003. Chron. 2386:
- Fauvarque-Cosson, « Les nouvelles règles du Code civil relatives à l'interprétation des contrats: perspective comparatiste et internationale », RDC 2017/3.
- J. huet, “contrat et responsabilité informatique” synthèse, lexisnexus
- J. Mestre, « L'évolution du contrat en droit privé français », L'évolution contemporaine du droit des contrats, PUF, 1986, p. 40 ;
- Josserand, « Aperçu général des tendances actuelles de la théorie des contrats », RTD ci, 1937
- Morin « Les tendances actuelles de la théorie des contrats et les relations du réel et des concepts », RTD ci., 1937.553 ;
- Morin, « La désagrégation de la théorie contractuelle du Code », Archives Phil. dr 1940. 7,

- Rémy, « Droit des contrats : questions, positions, propositions > », in Le droit contemporain des contrats, Economica p. 271
- RIEG , « Rapport sur les modes non formels d'expression de la volonté en droit civil français », Travaux de l'ass . H. CAPITANT , Journées Suisses , 1968 , t . 20 , Dalloz , 1972
- T. Daups, « Le robot, bien ou personne ? Un enjeu de civilisation ? », Petites Affiches - 11 mai 2017 - no 94
- Y. Blandin, C. Lavielle, « les grands principes juridiques : sujet et objet de droit, actes et faits juridiques, preuve » fiche pratique n. 3206, 2023

Sources internationales:

- E. Allan. Fransworth, « contract », 4th ed., New York, Aspen Publishers, 2004
- E. WEITZENBOECK, « Electronic Agents and the Formation of Contracts », International Journal of Law and Information Technology, Vol. 9 No. 3, 2001,
- Jerry W. Markham, High-Speed Trading on Stock and Commodity Markets- From Courier Pigeons to Computers, 52 SAN DIEGO L. REV. 555, 563 (2015)
- L. Henry Scholz, “ Algorithmic Contracts”, Stanford Technology Law Review, Vol. 20:2, fall 2017
- M. Oliver « Contracting by artificial intelligence : open offers, unilateral mistakes, and why algorithms are not agents », Australian national university journal of law and technology, Autumn 2021;
- Morin, « La désagrégation de la théorie contractuelle du Code », Archives Phil. dr 1940.7
- P. Domingos, The Master Algorithm: How the Quest for the Ultimate Learning Machine Will Remake Our World (Allen Lane, 2015)
- Tom Allen & Robin Widdison, Can Computers Make Contracts, 9 Harv. J. L. Tech 25, 47-50 (1996)
- V. Fauvarque-Cosson, « L'interprétation du contrat : observations comparatives », RDC 2007/2
- B. Petit, S. Rouxel, N. Rezepecki, JCl. Notarial Répertoire, V° Contrats et obligations - Fasc. 3-3 : CONTRAT. – Vice du consentement. – Erreur

Jurisprudences:

- Quoine Pte Ltd v B2C2 Ltd [2020] SGCA(I) 02 ;Civil Appeal No 81 of 2019
- Ass. Plén. 13 déc. 1962, n. 57-11.569, Bull. Ass. Plén.,
- CA Paris, 4 janv. 1980 : JurisData n° 1980-650164
- Cass. 1re civ., 2 juill. 2014, n° 13-10.076 : RDC 2015 Cass. com., 20 juin 2018, n° 17-14.742 : RDC 2019, p. 56, obs. J. Huet

Autres sources:

- Dict. Le petit Larousse, 2019
- Dictionnaire littré en ligne
- G. CORNU , ASSOCIATION HENRI CAPITANT , Vocabulaire juridique
- CNUDCI, groupe de travail IV (commerce électronique), notes du secrétariat : « utilisation de l'intelligence artificielle et de l'automatisation pour les contrats », avril 2022.
- note Calais-Auloy, RTD civ. 1963. 372, obs. Cornu, JCP 1963. II. 13105, note Esmein, GAJC, Tome 2, 13e éd., 2015
- Definition-juridiques.fr ; definition de la personnalité juridique
- P. Domingos, A Few Useful Things to Know about Machine Learning, Communications of the ACM (October 2012),

Table des matières

REMERCIEMENTS	2
Sommaire	3
Principales abréviations	4
Introduction.....	5
Partie 1 : L'appréciation de la formation du contrat automatisé par le droit classique.....	11
Titre 1 : Le rejet du recours à la théorie de la représentation pour déduire la formation des contrats automatisés	11
Chapitre 1 : Une assimilation ambitieuse des systèmes automatisés aux représentants.....	11
Section 1 : La formation des contrats automatisés mise en échec.....	12
Paragraphe 1 : La notion de contrat automatisé.....	12
A- Définition des contrats automatisés	12
B- La mise en œuvre contrats automatisés dans la formation du contrat.....	14
Paragraphe 2 : l'appréciation problématique de l'automatisation par le droit positif.....	16
A- Le contrat : un accord de volontés.....	16
B- Un accord de volonté incertain	17
Section 2 : la proposition du mandat comme solution au problème de validation	19
Paragraphe 1 : Une représentation par transfert volontaire du pouvoir.....	19
A- Le mandat, la forme de la représentation volontaire	19
B- Un transfert volontaire des pouvoir aux systèmes intelligents.....	21
Paragraphe 2 : Une représentation par effet de l'apparence	22
A- La théorie de l'apparence produisant un effet de représentation.....	22
B- L'intelligence artificielle face à une représentation par apparence.....	23
Chapitre 2 : Les problèmes juridiques face à l'application de la théorie de représentation	26
Section 1 : L'intelligence artificielle : un objet de droit dépourvue de la personnalité juridique	26
Paragraphe 1 : La division classique en objet et sujet de droit.....	26
A- Sujet de droit titulaire de personnalité juridique.....	27
B- L'objet de droit dépourvue de la personnalité juridique.....	28
Paragraphe 2 : La qualification légale de l'IA	28

A-	Une controverse causée par l'autonomie de l'IA.....	28
B-	Absence de personnalité juridique par la force de la loi.....	29
Section 2 : Les effets de la qualification en objet de droit sur la représentation juridique		30
Paragraphe 1 : Inexistence d'un fondement juridique de la représentation		30
A-	La représentation volontaire de nature contractuelle.....	30
B-	Impossibilité d'établissement d'un mandat avec une IA	31
Paragraphe 2 : Impossibilité du transfert de pouvoir à un objet incapable de le détenir ..		32
A-	La représentation : un transfert de pouvoir d'une « personne » à une autre.....	32
B-	L'accomplissement d'actes juridiques objet de la représentation : une exclusivité des personnes juridiques	33
Titre 2 : Un accord de volonté direct, conforme au droit classique.....		34
Chapitre 1 : La possibilité d'appréhender le concept d'automatisation par l'autonomie de la volonté.....		34
Section 1 : Le principe de consensualisme : une expression de la liberté d'automatiser la volonté		35
Paragraphe 1 : La liberté d'automatiser la manifestation de volonté		35
A-	Le consensualisme : principe général du droit des contrats.....	35
B-	La manifestation de la volonté par les systèmes automatisés face à ce principe ..	37
Paragraphe 2 : L'incompatibilité des formalités relatives aux contrats conclus par voie électronique		38
A-	L'automatisation : une notion plus large que la simple voie électronique	38
B-	L'inadaptation du régime des contrats électroniques.....	39
Section 2 : L'appréciation de l'automatisation par le principe de la liberté contractuelle.....		40
Paragraphe 1 : La liberté dans le choix de contracter		40
A-	Une appréciation par le biais de la liberté de contracter	40
B-	Une appréciation effectuée en faisant usage de l'intelligence artificiel	42
Paragraphe 2 : la liberté de fixer le contenu du contrat par l'intelligence artificielle.....		42
A-	La liberté de déterminer le contenu du contrat.....	43
B-	Liberté de déléguer cette détermination à un logiciel intelligent	43
Chapitre 2 : La possibilité d'homogénéisation de l'accord de volonté algorithmique avec l'accord de volonté classique		44
Section 1 : L'offre algorithmique face aux conditions légales de l'offre		44
Paragraphe 1 : Appréciation de la fermeté de l'offre automatisée.....		44

A- La fermeté : une des caractéristiques de l'offre	45
B- Une volonté ferme apprécié au moment de la programmation de l'intelligence artificielle	45
Paragraphe 2 : L'appréciation de la précision de l'offre.....	46
A- L'exigence d'une offre précise	46
B- Appréciation de la précision au moment de la formation du contrat.....	47
Section 2 : L'acceptation automatisée face aux conditions légales de l'acceptation.....	48
Paragraphe 1 : La manifestation d'un engagement contractuel par l'acceptation automatisée	48
A- L'acceptation : manifestation de volonté d'être liée par le contrat	48
B- L'acceptation automatisée, une manifestation suffisamment ferme.....	48
Paragraphe 2 : Une acceptation automatisée suffisamment éclairée.....	49
A- La connaissance des termes de l'offre au moment de l'acceptation	49
B- Une acceptation algorithmique suffisamment éclairée	50
Partie 2 : L'appréciation de la validité des contrats automatisés par le droit classique	51
Titre 1 : Une appréciation objectivée de la volonté	51
Chapitre 1 : Incompatibilité de l'interprétation subjective avec le consentement automatisé...	52
Section 1 : L'interprétation subjective compatible avec les contrats classiques.....	52
Paragraphe 1 : L'interprétation subjective des contrats classiques	53
A- La recherche de la réelle volonté des parties	53
B- Influence de cette interprétation sur la validité du contrat	54
Paragraphe 2 : L'interaction humaine élément essentiel de l'interprétation subjective	55
A- La nécessité de prouver la volonté interne.....	55
B- Une preuve déduite de l'interaction humaine.....	56
Section 2 : Difficultés de l'interprétation subjective des contrats automatisés.....	57
Paragraphe 1 : Les difficultés pratiques liées à la technicité de la manifestation de volonté	57
A- L'intervention de la volonté interne au moment de la programmation	57
B- Interprétation de la manifestation par une volonté absurde.....	58
Paragraphe 2 : Les difficultés juridiques : l'atteinte inconcevable à la sécurité juridique	58
A- Une acceptation unilatérale des risques informatiques l'utilisateur de l'Intelligence artificielle	58

B-La théorie subjective : un transfert des risques au cocontractant	59
Chapitre 2 : l'interprétation objective plus compatible au consentement automatisé.....	60
Section 1 : Une théorie familière au droit positif.....	60
Paragraphe 1 : Une théorie de la Common Law	60
A- La notion de consentement objective en droit anglais	60
B- Preuve de la volonté par le standard de la personne raisonnable.....	61
Paragraphe 2 : La saisie de l'objectivation par le droit français.....	62
A- Application du standard objective subsidiairement par le droit français.....	62
B- Un effort renforcé d'harmonisation des régimes d'interprétation face à l'automatisation.....	63
Section 2 : L'objectivation, un remède aux problèmes d'appréciation du contrat	63
Paragraphe 1 : Une théorie adaptée à la technicité de l'automatisation	63
A- La prise en compte de la manifestation finale de la volonté	64
B- L'abandon d'une analyse complexe.....	64
Paragraphe 2 : Une théorie protectrice de la sécurité juridique.....	65
A- Le standard objectif de la personne raisonnable.....	65
B- Abandon de l'aléa de la volonté interne.....	65
Titre 2 : Appréciation modernisée des vices de consentement automatisés.....	67
Chapitre 1 : Abandon de l'erreur en faveur de la lésion face aux « erreurs » du logiciel	67
Section 1 : Les difficultés face au recours à l'erreur vice de consentement	67
Paragraphe 1 : L'appréciation objective de l'erreur	68
A- L'erreur du logiciel : une erreur de la manifestation de la volonté.....	68
B- L'erreur de la manifestation ignorée par la théorie objective du consentement	69
Paragraphe 2 : Le caractère excusable de l'erreur	70
A- Caractère excusable de l'erreur : une condition pour son efficacité	70
B- Le caractère inexcusable de l'erreur du logiciel.....	71
Section 2 : La lésion qualifiée pour rétablir l'équilibre entre les contractants.....	72
Paragraphe 1 : Une lésion qualifiée : exception a un principe de droit commun.....	72
A- Le principe : Indifférence de la lésion sur la validité du contrat	72
B- Possibilité de prise en compte du déséquilibre pour des raisons particulières	73
Paragraphe 2 : Condition de la lésion qualifiée des contrats automatisés	74
A- Un déséquilibre résultant d'une erreur du logiciel	74

B- Un déséquilibre flagrant et manifeste	74
Chapitre 2 : Un consentement vicié par la faute d'un tiers : le programmeur	75
Section1 : Responsabilité du programmeur a l'égard de l'utilisateur logiciel.....	75
Paragraphe 1 : Nature de l'engagement du programmeur.....	75
A- La programmation : obligation d'un contrat d'entreprise	76
B- Une responsabilité contractuelle du programmeur	76
Paragraphe 2 : Conditions de sa responsabilité	77
A- Le manquement a une l'obligation relative à l'objet	77
B- Le manquement à l'obligation d'information	77
Section 2 : Responsabilité du programmeur à l'égard du cocontractant	78
Paragraphe 1 : Nature de la responsabilité	78
A- Une responsabilité extracontractuelle	78
A- Défaut d'action directe en responsabilité.....	79
Paragraphe 2 : Conditions de la responsabilité.....	79
A- Facilité de la preuve de faute et dommage.....	79
B- Un lien de causalité discutable	80
Conclusion	81