

**La démocratie 2.0 requiert une adaptation de l'Etat de droit aux défis du numérique**  
**- Analyse du cas particulier de la France -**

*" Notre rôle est de faire penser, et pour les plus grands élèves,  
d'inquiéter l'intelligence plus que de la satisfaire."  
(Gustave Monod)*

Le philosophe et théoricien du droit Carl Schmitt affirmait en 1932 : « *L'ère de l'Etat est à son déclin... Et c'est aussi la fin de toute la superstructure de concepts relatifs à l'Etat édifiée en quatre siècles de labeur intellectuel par une science du droit public et du droit des gens de caractère eurocentrique. L'Etat, modèle de l'unité politique, et investi d'un monopole étonnant entre tous, celui de la décision politique, l'Etat, ce chef-d'œuvre de la forme européenne et du rationalisme occidental, est détrôné.* »

Confirmerait-il cette affirmation en ces temps modernes si troublés où les nuits seraient enceintes, comme l'affirme le sociologue Edgar Morin ? Une renaissance de l'Etat ne serait-elle pas au contraire en marche ? Pour satisfaire quels objectifs ? Quelles formes revêt la promesse démocratique dans une Démocratie 2.0 ? Et que devient l'Etat de droit dans une telle démocratie ?

La présente analyse a pour objectif :

- 1° de proposer une exploration des principaux défis posés à l'Etat de droit - et à la démocratie - par la révolution numérique à l'oeuvre, ainsi que des principales transformations qu'ils induisent en en dégageant les forces et les faiblesses en même temps que les exigences qu'elles emportent en termes de droit et d'éthique,
- 2° de présenter les principales initiatives européennes et internationales entreprises pour y répondre, peu ou prou,
- 3° de présenter un état du droit applicable aux problématiques en jeu,
- 4° d'investiguer la manière dont l'Etat de droit français fait face à ces différents défis et enjeux de transformation, en proposant un état des lieux des principales initiatives entreprises et des avancées obtenues, de celles qui soulèvent des inquiétudes, des problématiques à l'égard desquels on peut déplorer une absence d'initiatives et/ou des lacunes importantes, ainsi que des effets attendus du droit européen sur les évolutions en cours ou à venir)
- 5° et, enfin, de dégager quelques pistes de progrès sur le double registre du droit et de l'éthique de manière à ce que la promesse démocratique ne soit pas irréversiblement altérée par l'incapacité de l'Etat et des institutions européennes et internationales à anticiper les risques et menaces que font peser sur elle des usages inappropriés du numérique.

**A - De la démocratie 2.0 : l'évolution de la démocratie à l'ère du numérique.**

Winston Churchill, alors qu'il n'était plus « que » le leader de l'opposition, après avoir été largement battu lors des législatives de juillet 1945, à la surprise générale, prononça à l'endroit du Premier ministre travailliste en exercice un discours qui fit date et dont on peut extraire ce passage révélateur de ce qu'est une démocratie dans la patrie du libéralisme qu'est le Royaume-Uni : « *Beaucoup de formes de gouvernement ont été testés, et seront testées dans ce monde de péché et de malheur. Personne ne prétend que la démocratie est parfaite ou omnisciente. En effet, on a pu dire qu'elle était la pire forme de gouvernement à l'exception de toutes celles qui ont été essayées au fil du temps ; mais il existe le sentiment, largement partagé dans notre pays, que le peuple doit être souverain, souverain de façon continue, et que l'opinion publique, exprimée par tous les moyens constitutionnels, devrait façonner, guider, et contrôler les actions des ministres qui en sont les serviteurs et non les maîtres.* »

En droite ligne de cette conception churchillienne de la démocratie et de la souveraineté, les nouvelles générations cherchent à établir des rapports plus horizontaux, plus interactifs et plus immédiats à la faveur du changement culturel qui s'opère, lentement mais sûrement, par un usage accru et sans cesse renouvelé des nouvelles technologies utilisant internet.

En offrant à tous un immense auditoire, Internet, la transformation numérique à l'oeuvre dans tous les registres de l'activité humaine favorise des mutations profondes des organisations sociales en agoras nouvelles où les rapports entre individus sont de nature horizontale, égalitaire, et immédiatement interactif, conformément à une vision à la fois humaniste et démocratique des rapports humains.

Elle impose cependant au monde des refondations structurelles, organisationnelles, fonctionnelles et opérationnelles significatives des différentes formes de médiations et de transactions humaines, sans exception

aucune. Il en est notamment ainsi des ressorts autant que des déterminants des démocraties libérales dont les gouvernances multiformes se trouvent soumises, bon gré mal gré, à des bouleversements considérables qui les conduisent à se métamorphoser en démocraties d'un nouveau type : des démocraties 2.0 où les pouvoirs, les compétences, les souverainetés, les transactions et les médiations traditionnels se trouvent bouleversés pour donner naissance à d'autres formes inconnues jusqu'ici.

### ***A - 1 Les défis posés à la gouvernance d'internet et à la gouvernabilité des démocraties***

Les Etats sont appelés à repenser leurs processus internes et externes pour répondre avec le plus d'efficacité possible aux défis que leur pose l'avènement des technologies numériques et des données dans un univers public régi jusqu'ici exclusivement par la suprématie du droit - et notamment du droit positif<sup>1</sup> - et de la chose jugée sur le factuel, de la règle et de la norme sur l'exception, de l'autorité sur l'administré, du secret, du général sur le particulier, et par un recours exclusif à la matérialisation 'papier'.

La diffusion tout azimut des connaissances, des savoirs et des expertises que favorise le recours par chacun à Internet et aux réseaux sociaux conduit par ailleurs les Etats à ne plus jouir de l'exclusivité des savoirs qui leur conféraient *de facto* jusqu'ici une autorité de compétence sur les citoyens s'ajoutant à l'autorité de police que leur confère *de jure* le droit fondamental et qu'ils exercent au travers de leurs pouvoirs régaliens.

Fort du retour des expériences développées au sein des grands agents économiques et financiers, les Etats se sont engagés dans une profonde transformation de leurs modes d'administration et de gouvernement articulée sur un recours systématisé à la dématérialisation numérique, partant du principe - que la réalité contredit encore en 2019 (voir *infra*) - que tout citoyen dispose d'un accès instantané et d'un usage libre à internet (citoyen 'connecté'). Mais leur implication dans cette profonde transformation de rupture ne s'est pas produite sans réticences ni difficultés, le recours à internet apparaissant alors davantage comme une menace que comme une opportunité. Des initiatives de gouvernement ouvert, souvent désigné comme l'e-gouvernement, l'administration numérique ou la démocratie 2.0, visent à rétablir le lien entre les citoyens, les élus et les fonctionnaires en augmentant la transparence des projets et des initiatives en même temps que les possibilités de collaboration '*top-down*' et '*bottom-up*' avec le plus grand nombre lors de leur concrétisation, les citoyens 'connectés' se trouvant dès lors en capacité de partager à titre individuel ou collectif leur vision de la société et de débattre des choix politiques dans des fora électroniques en ligne ou encore de surveiller l'intégrité des institutions démocratiques et la qualité des services publics.

« L'expression « Démocratie 2.0 » prête à sourire. Elle est caricaturale, car jamais les réseaux sociaux et l'interactivité sur la toile ne remplaceront totalement les modes et systèmes d'une démocratie, que celle-ci soit représentative, participative ou même directe. Elle pose en revanche la question d'un potentiel : les pratiques du numérique et surtout les rêves démocratiques que ses acteurs tentent de concrétiser ont-ils les moyens de renouveler la manière de gouverner et d'être gouverné, depuis la réfection du lampadaire de sa rue jusqu'à des décisions impliquant le monde entier ? » (Christine Tréguier<sup>2</sup>)

Le forum mondial de la démocratie<sup>3</sup> relève périodiquement des expériences de démocraties 2.0 dans le monde<sup>4</sup>. A titre d'illustration des processus à l'œuvre au sein d'une démocratie 2.0, est proposée *infra* une exploration de la transformation numérique qui opère aujourd'hui en France.

Pour Anne Bellon, "*le développement de l'internet a souvent été étudié comme un phénomène déstabilisant les modes d'organisation bureaucratique et d'intervention des États : l'infrastructure décentrée du net permet en effet le contournement des législations nationales et la régulation technique opérée par le code informatique favorise l'intervention d'experts pour la gouvernance du réseau.*"<sup>5,6</sup>

<sup>1</sup> Le droit positif est le droit posé par des autorités publiques, contrairement au droit naturel ou aux règles de morale. Il désigne l'ensemble des règles de droit en vigueur dans un État à un moment donné. Il s'agit d'un droit uniforme sur un territoire donné, qui évolue en fonction des mutations de la société. En principe, le droit positif est un droit écrit et publié que l'on retrouve dans différents textes juridiques officiels, constitution, lois, décrets, etc. Le droit positif est donc le droit présent, actuel. Le droit positif a plusieurs caractéristiques. Il est général, obligatoire et sanctionné. Ainsi, les règles du droit positif s'appliquent à un ensemble et non à un sujet de droit particulier. Aucune personne ne peut s'en exonérer. Si une personne enfreint la règle de droit positif, elle encourt une sanction. Le droit positif s'impose en tant que tel.

<sup>2</sup> *Vers une démocratie 2.0 ?* : <https://digital-society-forum.orange.com/fr/les-forums/901-vers-une-democratie-20>

<sup>3</sup> cf. <https://www.coe.int/fr/web/world-forum-democracy/democracy-2.0>

<sup>4</sup> voir en particulier celles décrites dans *Cinq expériences de démocratie 2.0* : [https://www.lemonde.fr/actualite-medias/article/2013/11/25/cinq-experiences-de-democratie-2-0\\_3519922\\_3236.html](https://www.lemonde.fr/actualite-medias/article/2013/11/25/cinq-experiences-de-democratie-2-0_3519922_3236.html)

<sup>5</sup> *Des utopies du net aux startups administratives, la place des acteurs publics dans la révolution numérique* : <http://regards-citoyens.over-blog.com/2019/09/des-utopies-du-net-aux-startups-administratives-la-place-des-acteurs-publics-dans-la-revolution-numerique.html>

<sup>6</sup> *Des outils numériques pour améliorer le fonctionnement de l'Etat : solutions ou problèmes ?* :

Christine Tréguier aborde cette question fondamentale au travers des initiatives dédiées à la gouvernance 'démocratique' d'Internet : " *En 1996, c'était le rêve, en voie de concrétisation, de la toile libérée des « gouvernements du monde industriel » évoqué dans la célèbre Déclaration d'indépendance du cyberespace de John Perry Barlow, cofondateur de l'Electronic Frontier Foundation. C'était aussi, avant lui, celui des pionniers de l'internet et de l'informatique des années 1960 comme Vannevar Bush et Alan Kay, puis de leurs alter ego de la Silicon Valley des années 1970 et 1980. D'emblée ils ont pensé la technologie comme un système de machines, d'interfaces au service de l'humain, et le ou les réseaux décentralisés et déhiérarchisés comme un écosystème communiquant, pour échanger et mutualiser les connaissances, voire élaborer d'autres perspectives sociales et politiques. Sans détailler les complexités de statuts et relations entre les divers organismes concernés, la volonté de gouverner mondialement l'internet de la façon la plus démocratique possible est l'une des sources de la création de l'Internet Society<sup>7</sup> (ISOC) en janvier 1992. [...]*

***Bien que de droit américain, elle est à vocation internationale, et reste, aujourd'hui encore, l'autorité morale et technique la plus influente de l'univers internet. La construction même de la gouvernance de la toile, tout comme son imaginaire en phase avec les rêves de ses pionniers, portent bel et bien une vision démocratique, qui renaît sans aucun doute dans ce qu'on appelle la Civic-tech<sup>8</sup> ou la "Social-tech"<sup>9</sup>.***

## **A – 2 Les attentes et les raisons d'espérer**

Le sociologue - spécialiste des enjeux de démocraties sur Internet - Dominique Cardon<sup>10</sup>, défend la thèse selon laquelle Internet est une opportunité pour la démocratie, grâce aux fondements égalitaires qui ont présidé à sa naissance et à son développement, mais qu'il doit affronter deux tendances fortes qui risquent, si l'on n'y prend garde, de le transformer en média de masse vertical : le développement d'une logique d'audience par les industriels dominant le secteur et la massification de la fréquentation d'internet, qui impose d'élargir le panel des interventions collaboratives du peuple du réseau.

Le sociologue - cofondateur et directeur de *Réseaux*, revue bimestrielle de sciences sociales consacrée aux rapports entre technique, communication et société.- Patrice Flich note dans son ouvrage consacré à la démocratie 2.0<sup>11</sup> : « *Au début des années 1990, alors qu'Internet commence à sortir du monde universitaire où il est né, les chantres de cette nouvelle technique y voient un dispositif capable de revitaliser la démocratie, un espace public accessible à tous qui permettrait aux citoyens non seulement de débattre des grandes questions politiques, mais aussi de s'inscrire dans le processus délibératif* ».

L'ancien Premier ministre français Michel Rocard relevait jadis<sup>12</sup> : " *Lorsque leur développement s'effectue dans un cadre démocratique et ouvert, les technologies numériques et internet ouvrent un extraordinaire espace de libertés : libertés de s'exprimer, de créer, d'accéder à l'information et aux œuvres, mais aussi d'innover à faible coût d'entrée. A partir du moment où existent certaines architectures techniques et que les savoir-faire nécessaires pour en faire un usage pertinent sont largement diffusés, ces libertés deviennent constitutives, comme le dit Amartya Sen, de capacités.*

*C'est aussi la « puissance d'agir » dont parle Michel Serres. Internet et le numérique augmentent les capacités d'expression et d'action des individus et des groupes. Et démultiplient leur rayon d'action. Ces capacités permettent à chacun et chacune de faire entendre sa voix. D'échanger avec d'autres et de coopérer. D'entreprendre. D'atteindre un public ou des marchés. D'entrer en contact avec un grand nombre de personnes, sur un territoire ou dispersées dans le monde. D'opérer sur une base géographique étendue. D'agir comme consommateur responsable et comme citoyen. Jamais autant d'informations, de connaissances et de création n'ont été accessibles à un aussi grand nombre d'individus. Plus important encore, jamais autant de personnes n'ont été en mesure d'exprimer leurs opinions sur les affaires du monde, mais aussi de rendre leurs productions accessibles et réutilisables et ainsi d'en créer de nouvelles. Des millions de français et de françaises s'expriment par les blogs, partagent des photographies et d'autres créations. Des encyclopédies libres produites par tout un chacun, comme Wikipedia, sont devenues l'une des sources essentielles*

<https://journals.openedition.org/pyramides/989>

<sup>7</sup> cf. <https://www.internetsociety.org/>

<sup>8</sup> cf. <https://digital-society-forum.orange.com/fr/les-forums/878-la-civic-tech-une-revolution-democratique>

<sup>9</sup> cf. <https://digital-society-forum.orange.com/fr/les-forums/882-la-social-tech-le-numerique-au-service-de-linnovation-sociale>

<sup>10</sup> *La démocratie Internet. Promesses et limites* : <https://journals.openedition.org/lectures/1162>

<sup>11</sup> *La démocratie 2.0* : <https://www.cairn.info/revue-etudes-2010-5-page-617.htm#>

<sup>12</sup> *République 2.0 : Vers une société de la connaissance ouverte* :

<https://republique2point0.blogspot.com/2010/08/introduction-libertes-etcapacites.html#more>

*d'information de référence. Comme toute source d'information, elles doivent toujours être corrigées et approfondies, mais elles sont justement améliorées en permanence par ceux qui y contribuent."*

### **A – 3 Les sources et motifs d'inquiétude et les grandes interrogations**

- *L'économie et la technologie semblent avoir pris le pas sur le politique comme sur le droit et l'éthique*

Le *technology-push*<sup>13</sup> prend de plus en plus souvent le pas sur une demande sociétale prétexte, un vaste marché lucratif devant inéluctablement en résulter qui viendra ajouter aux bénéfices attendus les atouts d'une économie numérique prolifique.

Des alertes sont lancées, qui appellent à la vigilance.

Directeur de l'Institut de recherche et d'innovation du centre Pompidou, fondateur de l'association Ars Industrialis, le philosophe Bernard Stiegler, qui consacre son travail aux effets des mutations technologiques, relève que « *De Google à Uber, la « disruption*<sup>14</sup> *» bouleverse nos vies connectées. Mais à quel prix ? La disruption commence en 1993 avec la réticulation - la structuration en réseau - numérique et la connexion généralisée. Cela arrive à pas de colombe, et plutôt comme quelque chose d'enchanteur, avec ses promesses de changer de monde - un changement auquel je crois toujours. Avec la réticulation par les algorithmes, on assiste à une accélération inouïe de l'innovation, qui s'était déjà très fortement accentuée après la Seconde Guerre mondiale. Mais à présent, la technique réticulaire court-circuite systématiquement tout ce qui contribue à l'élaboration de la civilisation. Ce qui nous arrive de la Silicon Valley vient liquider l'Etat de droit en tant qu'état délibératif fondé sur des légitimités réfléchies. [...] La déstabilisation est devenue permanente. Le problème n'est pas le choc technologique : l'augmentation du savoir, sous toutes ses formes, est toujours le contre-coup d'un tel choc, proche ou lointain. Un grand moment de rupture technologique produit ce que les philosophes appellent une époque : une interruption, une suspension de tout ce qui paraissait « couler de source ». L'époque technologique engendre toujours une deuxième époque qui touche, elle, à la vie de l'esprit - l'art, la science, la philosophie, la politique, le droit... Et cela produit une nouvelle époque, au sens fort. Or les ruptures technologiques se produisent à intervalles de plus en plus rapprochés. Et depuis peu de temps, avec la réticulation numérique, nous sommes dans un dispositif qui fait que tout bouge en permanence, que plus rien n'est stable. Et que la société ne peut plus s'en nourrir : elle s'en trouve au contraire désintégrée. [...] Nous n'arrivons plus à élaborer des savoirs. Une technologie est un pharmakon : ce terme grec désigne ce qui est à la fois poison et remède. Le pharmakon technologique est porteur de promesses, mais il commence toujours par provoquer mille problèmes, parce qu'il commence par détruire les cadres constitués. Après cette phase de destruction apparaît ce que Rimbaud appelle « le nouveau », qui fait du pharmakon une remédiation : un autre mode de vie, une autre époque. C'est ce qui ne nous arrive plus : le processus disruptif systématiquement cultivé par les chevaliers d'industrie prend de vitesse toute socialisation. Or ce n'est pas soutenable. Cette fuite en avant produit une accélération colossale de l'anthropocène, cette ère dans laquelle l'humain est devenu un facteur géologique majeur, ce qui engendre la mélancolie collective et des formes diverses de désespérance. »*

En pleine crise mondiale du climat et de concentration des richesses, la communauté numérique internationale, réunie comme chaque année en janvier 2020 avant la tenue du Forum économique mondial de Davos, est en train d'admettre ce qu'elle ne voulait pas voir : la 'tech', qui devait émanciper le monde et libérer les énergies, a aggravé les problèmes.<sup>15</sup>

Les technologies émergentes, comme l'Internet des objets (IoT), l'intelligence artificielle (IA)<sup>16,17</sup> et l'informatique quantique, pourraient avoir des conséquences imprévues en rendant la société plus vulnérable

<sup>13</sup> <http://www.actinnovation.com/innobox/glossaire-innovation/lettre-t/definition-technology-push>

<sup>14</sup> « Le terme « disruptif » dérive du latin *disrumpere*, « briser en morceaux, faire éclater ». Dans le langage des entreprises du numérique, « l'innovation disruptive », c'est l'innovation de rupture, celle qui bouscule les positions établies, court-circuite les règles du jeu, impose un changement de paradigme.

<sup>15</sup> *Fallait-il aussi disrupter la démocratie ?* : [https://www.meta-media.fr/2020/01/20/fallait-il-aussi-disrupter-la-democratie-dld20.html?fbclid=IwAR0H-zkrkwoApV4brJrITo\\_sH8JBtio6QT6Z1haORsUep4063GPNChocLZ8](https://www.meta-media.fr/2020/01/20/fallait-il-aussi-disrupter-la-democratie-dld20.html?fbclid=IwAR0H-zkrkwoApV4brJrITo_sH8JBtio6QT6Z1haORsUep4063GPNChocLZ8)

<sup>16</sup> L'intelligence artificielle n'a jamais été autant mise en avant qu'en 2019. Mais si chaque projet émergent se targue d'être propulsé par « de l'intelligence artificielle », le concept en lui-même n'existe pas, au sens strict. La science, qui considère l'intelligence artificielle comme un objectif lointain d'être atteint, a été remplacée par le marketing qui considère n'importe quel algorithme comme un exemple d'IA.

<sup>17</sup> Les modèles prédictifs d'intelligence artificielle, basés sur les réseaux de neurones profonds, sont extrêmement puissants et compliqués. Ils fonctionnent comme des boîtes noires et sont souvent impénétrables. Et même s'il est certain que les logiciels d'intelligence artificielle sont très doués lorsqu'il s'agit de faire des prédictions, et commettent souvent bien moins d'erreurs de jugement que des experts humains, ce n'est pas pour autant qu'ils sont infallibles.

aux cyberattaques, avertit le Forum économique mondial dans son dernier rapport annuel sur les risques globaux<sup>18</sup>.

Les intrusions multiples de logiciels espions, de virus informatiques et autres technologies intrusives (spams, cookies, courriers indésirables, pourriels, hameçonnages, 'malwares', rançongiciels, etc.) et les enjeux principalement économiques et sécuritaires inhérents à l'obsolescence programmée des équipements informatiques comme aux sempiternelles mises à jour dans la course à la cybersécurité qui en résulte constituent des sources d'inquiétude quant à la résilience de nos sociétés devant un processus qui présente les caractéristiques d'une irréversibilité pensée, voulue et entretenue sciemment par les producteurs des produits commerciaux en jeu.

« Nous sommes confrontés à des systèmes techniques d'une puissance sans précédent, qui impactent très rapidement tous les secteurs, de l'éducation à la santé, de l'économie à la justice... Et la transformation en cours est concomitante à la montée de l'autoritarisme et du populisme », constate Kate Crawford, chercheuse à Microsoft Research et professeure à l'université de New York<sup>19</sup>.

Or, même si certains analystes s'emploient à dresser un état de l'art de l'IA qui permet de relativiser les avancées actuelles et leurs impacts actuels sur la société<sup>20</sup>, cette puissance ne cesse de croître à la faveur des disruptions qui tireront demain parti des avancées de l'informatique quantique<sup>21,22</sup>.

La sociologue américaine Shoshana Zuboff pose le constat suivant : « Alors que la division du travail était le principe organisateur de la société industrielle, c'est la division du savoir qui organise la société numérique. Mais elle est prise en otage par le capitalisme de la surveillance qui traduit l'expérience humaine en données informatiques à son profit. Un tel mouvement historique exige une réponse démocratique. »<sup>23</sup>

Selon le Dr Pierre-Nicolas Schwab, expert en "Big Data", "le design des sites Web est conçu de manière à orienter le comportement de l'internaute vers le consentement. Boutons d'acceptation plus gros, mieux placés, plus colorés, politiques de confidentialité kilométriques... toutes les stratégies sont bonnes pour éviter que l'utilisateur ne s'interroge trop".

Pour le chercheur Julien de Sanctis : « Si les robots dits sociaux sont encore loin d'accompagner notre quotidien, on peut d'ores et déjà s'interroger sur le projet dont ils sont porteurs. A l'heure où les pratiques numériques confortent plus que jamais l'analyse deleuzienne sur les sociétés de contrôle, la tentation est grande pour la robotique sociale, encore très malléable, de chercher son modèle économique du côté d'un capitalisme cognitif datavore et peu scrupuleux. »<sup>24</sup>

Pour Alexis de Tocqueville, la passion égalitaire qui est au cœur de la dynamique démocratique menace constamment la liberté, et peut transformer en despotisme un régime bien réglé par le droit : « Je pense que les peuples démocratiques ont un goût naturel pour la liberté ; livrés à eux-mêmes, ils la cherchent, ils l'aiment, et ils ne voient qu'avec douleur qu'on les en écarte. Mais ils ont pour l'égalité une passion ardente, insatiable, éternelle, invincible ; ils veulent l'égalité dans la liberté, et, s'ils ne peuvent l'obtenir, ils la veulent encore dans l'esclavage. Ils souffriront la pauvreté, l'asservissement, la barbarie, mais ils ne souffriront pas l'aristocratie. »<sup>25</sup>

Alors que les 'hackings' possibles ou avérés des élections démocratiques qui font appel à des processus de vote électronique menacent de toute évidence la démocratie représentative dans ses fondements mêmes<sup>26</sup>, une

<sup>18</sup> Global Risks Report 2020 : [http://www3.weforum.org/docs/WEF\\_Global\\_Risk\\_Report\\_2020.pdf](http://www3.weforum.org/docs/WEF_Global_Risk_Report_2020.pdf)

<sup>19</sup> L'IA est une nouvelle ingénierie du pouvoir : [http://www.internetactu.net/2019/09/30/kate-crawford-lia-est-une-nouvelle-ingenierie-du-pouvoir/?fbclid=IwAR2CHDLEiQ5zXp2Ty9pTcvbFFaaT1zbeurZUOOM0llzxF8uhVL14150lfZg\\*](http://www.internetactu.net/2019/09/30/kate-crawford-lia-est-une-nouvelle-ingenierie-du-pouvoir/?fbclid=IwAR2CHDLEiQ5zXp2Ty9pTcvbFFaaT1zbeurZUOOM0llzxF8uhVL14150lfZg*)

<sup>20</sup> Cf. L'intelligence artificielle est-elle vraiment intelligente ?

<https://www.sparklane-group.com/fr/blog/lintelligence-artificielle-vraiment-intelligente/>

<sup>21</sup> Ordinateur : les promesses de l'aube quantique :

[https://lejournal.cnrs.fr/articles/ordinateur-les-promesses-de-laube-quantique?fbclid=IwAR1dNzQ6-uKPUb\\_R5cc42bkzZBqKBKI7lz3aJATmQ8B8OrXsiDyYYOs79AA](https://lejournal.cnrs.fr/articles/ordinateur-les-promesses-de-laube-quantique?fbclid=IwAR1dNzQ6-uKPUb_R5cc42bkzZBqKBKI7lz3aJATmQ8B8OrXsiDyYYOs79AA)

<sup>22</sup> Un internet quantique est sur le point d'apparaître, qui permettra de communiquer instantanément sur de grandes distances sans contact électrique ou physique entre les informations échangées - Cf. <https://www.nature.com/articles/s41567-019-0727-x>

<sup>23</sup> Le capitalisme de la surveillance - Un nouveau clergé :

<https://esprit.presse.fr/article/shoshana-zuboff/le-capitalisme-de-la-surveillance-42084?fbclid=IwAR3DqO3fN5kSeOTG4LwIpMac-hXBy6SKwnNWKveOitEXnoxepUC5u5wgg6c>

<sup>24</sup> L'avenir de la robotique sociale : assistance ou surveillance ? :

<https://theconversation.com/lavenir-de-la-robotique-sociale-assistance-ou-surveillance-125962>

<sup>25</sup> De la démocratie en Amérique, Gallimard, T. II, II, I, p.142

<sup>26</sup> Un hacker a publié en janvier 2020 une longue liste d'identifiants de connexion Telnet pour plus de 515 000 serveurs, routeurs et appareils connectés à l'internet des objets (IoT). Cette liste, oubliée sur un forum bien connu des hackers, comprend l'adresse IP de chaque appareil, ainsi qu'un nom d'utilisateur et un mot de passe pour le service Telnet, un protocole d'accès à distance qui peut être utilisé pour contrôler les appareils sur internet.

université espagnole publiait en 2019 les résultats d'un sondage faisant apparaître que 25 % des citoyens des principaux pays européens seraient prêts à laisser des algorithmes gouverner, le pays le plus favorable à cette idée étant les Pays Bas (43 %).

Les liens qu'entretiennent certains membres du club des GAFAM (Google, Apple, Facebook, Amazon ; Microsoft) – dont la puissance capitaliste cumulée est supérieure à celle de la totalité des entreprises françaises et allemandes - avec les Etats profonds comme l'opacité des processus à l'oeuvre dans les technologies numériques qui utilisent l'intelligence artificielle ajoutent à ces interrogations.

« *Internet est-il en train de devenir un outil aseptisé permettant de contrôler les humains alors qu'il était au départ un outil de liberté et d'émancipation ?* » s'interroge le professeur Yannick Chatelain.

Et lorsque qu'une entreprise comme Facebook se veut rassurante et affirme que non, elle ne va pas « *espionner toutes nos pensées* », on ne peut s'empêcher de penser que c'est précisément de cela qu'il s'agit. Et de se demander qui pourrait les arrêter et comment ?

Ce qui, dans un Etat de droit, doit interpeller les citoyens autant que les institutions démocratiques !<sup>27,28</sup>

Même si Jean-Philippe Immarigeon, avocat au barreau de Paris et auteurs de nombreux ouvrages ayant trait à la démocratie, rappelle cette vérité aux accents des plus cyniques sur ce que sont les sociétés d'Etat de droit : « *Nos sociétés d'Etat de droit ne sont pas filles de l'harmonie mais au contraire de la violence : « [Elles] ne sont pas sorties tout armées des énergies de la nature et aucun sophisme ne saurait [les] faire relever d'un autre principe que la force [Pierre-Joseph Proudhon, La Guerre et la Paix] ... ». A ce stade, personne ne conteste vraiment, et surtout pas celui qui, par une image décapante, a immortalisé l'acte de naissance de la société, Jean-Jacques Rousseau, lorsqu'il suggère que la première cité est née le jour où quelqu'un a planté des pieux autour d'une parcelle de terre jusque-là collective, en disant que désormais ce serait à lui et à lui seul, érigeant la force en première étape de l'Etat de droit [Discours sur l'origine et les fondements de l'inégalité]. Mais posé le postulat d'une violence génitrice, la loi du plus fort doit être exclue de la Cité car, précisément, ce n'est pas une loi : « Le plus fort n'est jamais assez fort pour être toujours le maître, s'il ne transforme pas sa force en loi et l'obéissance en devoir [Jean-Jacques Rousseau, Du contrat social] ... ». Que la loi soit injuste et le droit inique, il n'en reste pas moins que l'affrontement physique disparaît au moment même où il les fonde, faute de quoi il n'y a pas de société qui mérite ce nom. Rousseau n'est ni le premier (« *Quicumque finem juris intendit com jure graditur* », Dante), ni le dernier (« *Le droit qui triomphe n'a nul besoin d'être violent* », Victor Hugo) à s'en tenir à un droit et à une force exclusifs l'un de l'autre, même si, à l'image de Pascal, il n'écarte pas d'emblée un des pôles de la contradiction : « *La justice sans force est contredite, parce qu'il y a toujours des méchants ; la force sans la justice est accusée. Il faut donc mettre ensemble la justice et la force, et pour cela faire en sorte que ce qui est juste soit fort, ou que ce qui soit fort soit juste.* » Mais les deux termes de l'alternative ne sont pas de même essence, puisqu'un seul est légitime : « *La justice est sujette à dispute, la force est très reconnaissable et sans dispute. Ainsi on n'a pas pu donner la force à la justice, parce que la force a contredit la justice. Et ne pouvant faire que ce qui est juste fût fort, on a fait que ce qui est fort fût juste.* » Comprendons, avec Rousseau : on a fait « *semblant* » que ce qui est fort fût juste. »<sup>29</sup>*

Mais même si les contournements par ces monstres industriels des sanctions prises à leur rencontre par certains Etats<sup>30</sup>, et le soutien politique que leur apportent les autorités fédérales américaines dans cette confrontation avec les autorités européennes<sup>31</sup> interrogent la capacité des autorités politiques des démocraties libérales de réguler les développements technologiques et leurs usages les plus controversés sur les plans du droit et de l'éthique, ne pas reconnaître que ces superpuissances américaines du numériques recherchent des réponses aux inquiétudes des internautes serait intellectuellement malhonnête<sup>32</sup>.

<sup>27</sup> *A l'heure de la dématérialisation et des services numériques, comment garantir la confiance ? :*

<https://www.haas-avocats.com/actualite-juridique/a-lheure-de-la-dematerialisation-et-des-services-numeriques-comment-garantir-la-confiance/>

<sup>28</sup> *Les outils numériques et la réinvention du fonctionnement de l'Etat :* <https://journals.openedition.org/pyramides/988>

<sup>29</sup> *Illégitime violence :* [https://www.cairn.info/revue-inflexions-2016-1-page-81.htm?fbclid=IwAR1fqlr2\\_KDguuSP872bc52m6DV-0pG-ZYffXjhJ4g6Dtubz2HOK5WKpObY](https://www.cairn.info/revue-inflexions-2016-1-page-81.htm?fbclid=IwAR1fqlr2_KDguuSP872bc52m6DV-0pG-ZYffXjhJ4g6Dtubz2HOK5WKpObY)

<sup>30</sup> *Pourquoi la France suspend la taxe Gafa :* [https://theconversation.com/pourquoi-la-france-suspend-la-taxe-gafa-130553?utm\\_term=Autofeed&utm\\_medium=Social&utm\\_source=Facebook&fbclid=IwAR3-rM7RQFfuIjf-a0nFMOIAO-RTnepINEXZvvEx1IGCtG3om0jpUIoeZQA#Echobox=1580762971](https://theconversation.com/pourquoi-la-france-suspend-la-taxe-gafa-130553?utm_term=Autofeed&utm_medium=Social&utm_source=Facebook&fbclid=IwAR3-rM7RQFfuIjf-a0nFMOIAO-RTnepINEXZvvEx1IGCtG3om0jpUIoeZQA#Echobox=1580762971)

<sup>31</sup> *Google contourne habilement l'article 11. Les politiciens, hébétés, fulminent :*

<http://h16free.com/2019/10/02/64501-google-contourne-habilement-larticle-11-les-politiciens-hebetes-fulminent>

<sup>32</sup> Facebook, par exemple, a mis en place en janvier 2020 une nouvelle fonctionnalité destinée à avertir les utilisateurs chaque fois qu'ils se connectent à une application ou un site web différent en utilisant leur compte Facebook. La conception et le contenu des "Notifications Facebook" rappellent aux utilisateurs qu'ils ont un contrôle total sur les informations qu'ils partagent avec des applications tierces, avec un chemin clair pour modifier ces paramètres. Pour aider les utilisateurs à prendre des mesures immédiates contre tout abus, Facebook a ajouté un bouton "Modifier" dans ces notifications, qui permettra à l'utilisateur de révoquer l'autorisation d'accès à ses données pour n'importe quelle application ou site web. Cette nouvelle fonctionnalité n'est que la dernière amélioration

Dans les laboratoires propulsés par les géants du web, l'optimisme béat n'est pas la règle.

Dans un entretien au magazine *Wired*, Jérôme Pesenti, vice-président dédié à l'IA de Facebook, présente une image de la discipline loin de ce qu'on lit ici ou là. Si l'idéalisme ne le quitte pas, présentant la mission de son laboratoire comme ayant pour objectif « *d'égaliser l'intelligence humaine* », il reconnaît humblement les limites des méthodes employées, et notamment celle de l'apprentissage profond (*deep learning*).

« *Certaines critiques contre le deep learning sont valides, affirme-t-il : il peut reproduire des biais humains, il n'est pas simple à expliquer, il n'a pas de sens commun... on est plus proche du niveau où l'on fait coïncider des motifs que de celui où l'on obtient une compréhension sémantique robuste* ».

« *Mais notre besoin pour progresser est intenable. Tous les ans, le coût des expérimentations les plus complexes va être multiplié par 10. [...] À un moment, nous allons nous prendre le mur en pleine face* ».

« *Nous avons vraiment besoin de penser optimisation et de tirer le meilleur de chaque unité de chaque calcul que nous faisons* ».

- *L'avènement en cours d'une régulation par la donnée interroge la manière dont la société conçoit l'identité comme l'échange social à l'ère numérique.*

Les données sont le nerf de la guerre digitale que se livrent les acteurs du web, qu'il s'agisse des GAFAM (M pour Microsoft) ou de startups plus modestes. Ciblage publicitaire, meilleure compréhension des usages pour améliorer les produits, personnalisation des expériences ou encore analyse prédictive des comportements à venir, leur utilisation est multiple.

La réglementation *a priori* classique peut s'en trouver dépassée par la difficulté à appréhender un environnement en évolution continue et à l'horizon inconnu.

La régulation par la donnée vient compléter les outils traditionnels du régulateur.

L'action de l'Etat (et *de facto* des régulateurs) peut en complément s'inscrire dans le cadre évolutif que permet la régulation par la donnée. Celle-ci combine responsabilisation des acteurs, capacité renforcée d'analyse du régulateur, et information des utilisateurs<sup>33</sup> et de la société civile.

Au lieu de prescrire aux acteurs économiques un certain comportement, il s'agit de créer un réseau d'informations et d'incitations pour réduire les asymétries d'information et démultiplier l'impact de l'action du régulateur en mobilisant les utilisateurs et leurs relais.

Cette approche appelle une nouvelle culture et de nouvelles compétences au sein de l'Etat de manière à lui permettre à la fois d'amplifier sa capacité d'action en tant que régulateur, notamment dans une logique de supervision, d'éclairer les choix des utilisateurs et de mieux orienter le marché. En pratique, cela passe non seulement par la collecte d'informations auprès des acteurs régulés mais aussi par un élargissement des données, par des outils de *crowdsourcing*, par des démarches de simulation, par l'animation d'un écosystème d'acteurs de la mesure, de comparateurs...

La gratuité des services interroge également. Lorsque Tim Cook, le successeur de Steve Jobs à la tête d'Apple, dit que lorsque le service est gratuit cela veut dire que le client final est le produit, il pointe un des véritables enjeux. La défense des citoyens en matière de protection des données personnelles se fait en grande partie contre son gré. La fatale attraction de la gratuité, les biais cognitifs dont celui qui consiste à penser que « *je n'ai rien à cacher* » ont raison de tout discours d'alerte considéré comme catastrophiste et rétrograde.

" *Beaucoup a été écrit sur la dépendance de l'internaute moyen aux services gratuits, performants et pratiques offerts par ceux que l'on désigne comme les « GAFAs ». Un aspect moins connu est en revanche la dépendance d'Internet lui-même à ces très grandes entreprises privées. Car le réseau mondial a opéré sa mue industrielle et s'appuie désormais beaucoup sur les technologies et infrastructures développées par Google, Amazon et, dans une moindre mesure, Facebook et Microsoft. A tel point que des questions inédites se posent désormais sur la dépendance du Web dans son ensemble à cette poignée d'entreprises.*"<sup>34</sup>

---

que Facebook met en place pour son service après une série de scandales liés à la protection de la vie privée au cours des trois dernières années. Nombre de ces incidents ont été causés par des applications tierces qui ont recueilli en masse des données sur les comptes Facebook, puis ont abusé de ces données pour des campagnes politiques, ou les ont accidentellement divulguées en ligne, ou plus généralement les ont mal gérées. Pour lutter contre ce problème, Facebook a élargi son "bug bounty program", incitant les chercheurs en sécurité à traquer les mauvais comportements d'applications.

<sup>33</sup> Entendu comme l'ensemble des utilisateurs finals des services sur le marché de détail (consommateurs, usagers, professionnels, etc.)

<sup>34</sup> *Publicité, hébergement, open-source : comment le Web est devenu dépendant des GAFAs :*

[https://www.lemonde.fr/les-decodeurs/article/2019/10/27/publicite-hebergement-open-source-comment-le-web-est-devenu-dependant-des-gafa\\_6017082\\_4355770.html](https://www.lemonde.fr/les-decodeurs/article/2019/10/27/publicite-hebergement-open-source-comment-le-web-est-devenu-dependant-des-gafa_6017082_4355770.html)

Mais la multiplication des données récoltées sur nos actions en ligne offre dans le même temps plus de risques de fuites et d'utilisations à des fins malhonnêtes<sup>35</sup>. "Si vous êtes mal intentionné et à la recherche de forfaits à faire, internet est un paradis vous offrant 3 milliards de personnes, des millions d'entreprises ou d'organismes privés ou publics à potentiellement ciblés depuis votre canapé.", constate Michel Bruley dans Decideo<sup>36</sup>.

Dans ce contexte, la cyberdélinquance se développe de façon exponentielle, dans tous les domaines.

Alors que, pour l'Europe, la protection des données personnelles relève des droits fondamentaux qui ne peuvent être cédés ou vendus, les américains considèrent la donnée personnelle comme un simple bien commercialisable. Ainsi quand le RGPD vise à garantir le droit à la vie privée des individus en tant que citoyens, le CCPA limite à protéger les Américains en tant que consommateurs.

Des radiographies, des IRM, des scanners, mais aussi d'autres données de santé ont été laissés en libre accès sur internet. On estime à 5 millions de personnes les individus touchés par cette 'fuite' de données au Etats-Unis, et à plusieurs autres millions de personnes celles qui seraient affectées dans le monde entier.

La monétisation des données désormais à l'oeuvre<sup>37</sup> participera sans aucun doute à amplifier ce phénomène.

« Les informations peuvent être monétisées à quiconque souhaite les exploiter », confirme Benjamin Faraggi, le CEO de Spuro Blockchain ; « Et tout est exploitable ! Même le fait que je sois là en train de vous parler, peut intéresser quelqu'un ». « Monétiser des données d'une certaine complexité est de plus en plus rentable ! », s'enthousiasme de son côté Liviu Apolozan, le CEO de Docprocess.

De nombreux illustrations de ce phénomène se multiplient déjà, hélas<sup>38</sup>.

- La transformation numérique modifie profondément le rapport à la norme

Dans un article publié sur le site du Conseil constitutionnel<sup>39</sup>, le secrétaire général de la Commission nationale 'Informatique et Libertés' (CNIL) relève : « À l'instar des précédentes révolutions industrielles, la révolution numérique bouscule l'ensemble des modèles économiques, technologiques et sociaux habituels. **Mais elle modifie aussi profondément le rapport à la norme, qu'il s'agisse de sa substance, de son élaboration [...] ou de son application. L'accompagnement de l'innovation implique en effet de passer d'une logique de réglementation à une logique de régulation, c'est-à-dire à un type d'encadrement et d'accompagnement qui combine la fidélité à des principes fondamentaux et à une règle de droit claire, et des nouveaux modes d'intervention du régulateur, fondés sur le droit souple.**

**Or, l'univers numérique repose entièrement sur les données, et notamment sur les données personnelles.**

Ce sont en effet ces données, générées le plus souvent à titre « gratuit » ou sans en avoir conscience par les individus (leurs traces), qui sont au cœur des modèles de développement numérique. Grâce aux données personnelles, il est en effet possible d'établir un continuum entre les différents compartiments de la vie publique et privée d'un individu (consommation, rencontres, loisirs, carnets d'adresse, activités culturelles, mais aussi déplacements, état de santé, voire correspondance). C'est cette faculté de collecter des données extrêmement fines et, le cas échéant, de les croiser qui est au cœur de l'émergence de nouveaux services. Il est également possible de passer de modèles commerciaux de fidélisation par la répétition à des modèles commerciaux prédictifs, grâce aux fameux « algorithmes » de traitement des données, plus ou moins sophistiqués. Le numérique permet donc un « maillage informationnel » inédit, évidemment attractif pour des acteurs privés comme pour des autorités publiques.

Deux dimensions doivent dès lors être conciliées. **La première est bien sûr l'extraordinaire facteur et potentiel d'innovation que représente le numérique.** À la différence des révolutions industrielles précédentes, le propre de l'innovation numérique, en grande partie dématérialisée, est de pouvoir être diffusée extrêmement

<sup>35</sup> Fuites de données 2019 : rétrospective des pires Data Leaks de l'année :

[https://www.lebigdata.fr/top-fuites-de-donnees-2019?fbclid=IwAR0\\_bvS-86aBnIvzFdK5Dumuy6Boy\\_-CnClczPHj3w63Iv8tYbpLuOiNUU](https://www.lebigdata.fr/top-fuites-de-donnees-2019?fbclid=IwAR0_bvS-86aBnIvzFdK5Dumuy6Boy_-CnClczPHj3w63Iv8tYbpLuOiNUU)

<sup>36</sup> Le monde merveilleux de l'internet et des big data : GAFAM, HACKERS, NSA ... et usurpation d'identité :

[https://www.decideo.fr/Le-monde-merveilleux-de-l-internet-et-des-big-data-GAFAM-HACKERS-NSA-et-usurpation-d-identite\\_a11441.html?fbclid=IwAR3e5bRvNgkKtVWHmoQkELxIySfN8J2zNNZTbe2VUd9BkBuCi5oSQCLM6jI](https://www.decideo.fr/Le-monde-merveilleux-de-l-internet-et-des-big-data-GAFAM-HACKERS-NSA-et-usurpation-d-identite_a11441.html?fbclid=IwAR3e5bRvNgkKtVWHmoQkELxIySfN8J2zNNZTbe2VUd9BkBuCi5oSQCLM6jI)

<sup>37</sup> Monétisation des données : un nouveau modèle économique en préparation :

[https://www.archimag.com/univers-data/2019/10/02/monetiser-donnees-nouveau-modele-economique-prepare?fbclid=IwAR2qyIkkGteYpR9I44VVw3lmR6rF0stqZaGSlo8VBMPKo\\_p76gJGkwQiuVE](https://www.archimag.com/univers-data/2019/10/02/monetiser-donnees-nouveau-modele-economique-prepare?fbclid=IwAR2qyIkkGteYpR9I44VVw3lmR6rF0stqZaGSlo8VBMPKo_p76gJGkwQiuVE)

<sup>38</sup> Le spécialiste tchèque de la cybersécurité Avast, par exemple, a vendu les données de millions de ses utilisateurs à des marques comme Google, Pepsi, Microsoft ou Sephora : <https://www.usine-digitale.fr/article/avast-a-vendu-les-donnees-de-navigation-de-plusieurs-millions-de-ses-utilisateurs-via-sa-filiale-jumpshot.N912304>

<sup>39</sup> Droits fondamentaux et innovation : quelle régulation à l'ère numérique ? :

<https://www.conseil-constitutionnel.fr/nouveaux-cahiers-du-conseil-constitutionnel/droits-fondamentaux-et-innovation-quelle-regulation-a-l-ere-numerique>

rapidement, avec un taux de pénétration des marchés extrêmement élevé. Il suffit de songer, pour illustrer cette propagation, que 80 % des Français ont accès à Internet, que près de 30 millions d'entre eux ont un compte Facebook, que plus de la moitié de la population dispose d'un smartphone, ou encore qu'il se serait vendu plus d'1,5 million d'objets connectés en 2015. **La seconde est le respect des droits et libertés fondamentaux des personnes, et leur conciliation.** La première question est bien sûr celle de la protection de la vie privée. La collecte et le traitement de volumes considérables de données volatiles (ce qu'on appelle désormais le « big data ») conduit en effet à réduire ce que l'on peut appeler le « halo informationnel » qui entoure, dans l'espace public comme dans l'espace privé, chaque individu.

Ces évolutions sont ainsi susceptibles de porter atteinte à la vie privée des personnes, laquelle est, de surcroît, bousculée dans sa définition, avec l'émergence sur les réseaux sociaux de nouveaux espaces qui semblent relever, par leurs effets, de la vie publique, mais sont vécus par les intéressés comme relevant de la sphère privée ou semi-privée. **Mais au-delà de la vie privée, c'est bien la question de la protection des données personnelles des individus et, en toile de fond, leur capacité à maîtriser l'exploitation de celles-ci, qui est posée.** Enfin, le tableau serait incomplet si n'était évoquée la question de la conciliation des droits fondamentaux à l'ère numérique. L'univers numérique n'est pas seulement un espace de consommation, de rencontre ou de culture : il irrigue l'ensemble de l'économie et de la société et devient donc le lieu d'exercice même de certaines libertés fondamentales : liberté d'aller et venir, liberté d'expression et de communication, éventuellement droit de vote, etc. Dans ce contexte, le droit à la protection des données personnelles apparaît comme un véritable « droit d'infrastructure », en ce sens qu'il conditionne, dans l'environnement numérique, l'exercice des autres.

**L'enjeu est dès lors de concilier l'innovation et la protection de ces droits fondamentaux qui sont garantis par la Constitution ou la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne (UE).** Cette conciliation n'est ni impossible, comme on le lit parfois, ni un « mal nécessaire ». Elle est la condition sine qua non pour la création d'un environnement éthique et juridique de confiance. »

#### **A – 4 Les initiatives internationales à l'œuvre sont encore insuffisantes**

De plus en plus d'experts alertent sur le manque de réglementation autour de l'IA.

Début décembre 2019, des chercheurs américains de l'AI Now Institute de l'Université de New York appelaient à l'instauration d'un cadre strict. *"Il apparaît de plus en plus clairement que dans divers domaines, l'IA amplifie les inégalités, place les informations et les moyens de contrôle dans les mains de ceux qui ont le pouvoir, démunissant du même coup ceux qui n'en ont déjà pas"*, pouvait-on lire dans le rapport.

La technologie qui inquiète le plus les auteurs de cet appel est la reconnaissance faciale (voir *infra*).

En janvier 2015, Stephen Hawking, Elon Musk et des dizaines d'experts en IA publiaient une lettre ouverte, intitulée *"Priorités de recherches pour une intelligence artificielle solide et bénéfique"*<sup>40</sup>. Ils y appelaient les chercher à étudier les impacts sociétaux de l'intelligence artificielle, estimant que la société peut en tirer de grands avantages, pour autant qu'elle évite des "pièges" potentiels et qu'elle reste contrôlée.

Mark Hunyadi, professeur de philosophie sociale, morale et politique à l'UCL et Hugues Bersini, professeur d'Informatique et directeur du Laboratoire d'intelligence artificielle à l'ULB le concèdent tous les deux, l'IA exige un encadrement qui fait aujourd'hui défaut. *"Pour affronter ces problèmes sociétaux fondamentaux, nous ne sommes pas équipés éthiquement, ni politiquement. Car l'horizon ultime des institutions normatives, ce sont les droits, les libertés et la sécurité individuels, qui protègent les individus [...] Pour le reste, on n'a pas d'instances pour légiférer. Il faut faire preuve d'inventivité et d'imagination institutionnelle, imaginer une nouvelle institution, au niveau continental au minimum, une espèce d'ONU pour réfléchir à ces questions"*, estime le philosophe qui lance un appel aux politiques en ce sens.

Devant l'accélération de la dynamique d'innovation mondiale dans les registres du numérique et de l'intelligence artificielle à l'image de cette ambition affichée par IBM de construire des ordinateurs capables de prendre en charge des applications toujours plus sophistiquées de l'IA<sup>41</sup>, aucune réponse nationale ou régionale ne parviendra seule à résoudre les problématiques soulevées en matière d'éthique ou de droit.

Quelques initiatives ont été entreprises au niveau international pour dégager des pistes de progrès.

Soixante-dix ans après l'adoption à Paris de la Déclaration universelle des droits de l'Homme, la Déclaration internationale sur l'information et la démocratie pose les principes fondamentaux de l'espace global de l'information et de la communication, un "bien commun de l'humanité" est-il déclaré dans le préambule. Ce

<sup>40</sup> *An Open Letter – Research Priorities for robust and beneficial Artificial Intelligence* : <https://futureoflife.org/ai-open-letter>

<sup>41</sup> *Le dernier supercalculateur d'IBM sera utilisé... pour construire plus d'ordinateurs* : <https://www.zdnet.fr/actualites/le-dernier-supercalculateur-d-ibm-sera-utilise-pour-construire-plus-d-ordinateurs-39895705.htm>

texte de 6 pages publié en novembre 2018<sup>42</sup> précise les garanties démocratiques pour la liberté, l'indépendance, le pluralisme et la fiabilité de l'information, dans un contexte de mondialisation, de digitalisation et de bouleversement de l'espace public.

Consciente des défis posés par l'Intelligence artificielle, l'OCDE a adopté en mai 2019 ses nouveaux principes sur l'intelligence artificielle<sup>43</sup>.

Dans une recommandation<sup>44</sup>, Le Conseil de l'Europe met l'accent sur 10 grands domaines d'action : l'évaluation de l'impact sur les droits de l'homme ; les consultations publiques ; les normes des droits de l'homme dans le secteur privé ; l'information et la transparence ; le contrôle indépendant ; la non-discrimination et l'égalité ; la protection des données et le respect de la vie privée ; la liberté d'expression, la liberté de réunion et d'association, et le droit au travail ; les possibilités de recours ; la promotion de la connaissance et de la compréhension de l'intelligence artificielle. La recommandation contient aussi, en annexe, une liste destinée à aider les autorités à mettre en œuvre les mesures recommandées dans chaque grand domaine.

Le groupe d'experts de haut niveau de la Commission européenne a publié ses *Lignes directrices éthiques pour une intelligence artificielle digne de confiance*<sup>45</sup>. Ces lignes directrices articulent 3 axes : le respect du droit applicable et des réglementations, l'adhésion à des valeurs et principes éthiques et la robustesse technique et sociale des systèmes d'IA. Les principes éthiques et valeurs sont directement issus de la Charte des Droits Fondamentaux de l'Union européenne (art. 24 à 27 et 38). S'en suivent sept principes ou conditions que les systèmes d'IA devraient respecter pour renforcer cette confiance : la supervision par un être humain ; la robustesse et la sécurité ; la vie privée et la gouvernance ; la transparence ; la diversité, la non-discrimination et la justice ; le bien-être sociétal et environnemental ; l'obligation de rendre des comptes. Chaque condition est explicitée afin que les fabricants d'IA (auteurs du texte) puissent s'y conformer sur une base volontaire.

Malheureusement, ce rapport confirme les craintes sur les dérives éthiques de l'IA sans réellement offrir de solution<sup>46</sup>. 6 des 7 principes d'éthique proposés par ce groupe de travail sont incompatibles avec le design actuel des réseaux neuronaux. Est-ce volontaire de leur part que de se cantonner à l'incantation et à une forme de populisme ou manquaient-ils des savoirs de base pour s'attaquer au sujet ? Dans les deux cas, le dilemme est clair. La volonté de combattre et de protéger, d'une part, et, d'autre part, le constat d'une grande impuissance au fond, très difficile à intégrer de la part de ceux qui sont investis du pouvoir de gouverner.

De son côté, à l'occasion de son édition 2020, s'appuyant sur les analyses réunies dans le *Global Risks Reports 2020* dont il ressort notamment la prégnance des lacunes observées dans la gouvernance technologique, le Forum économique de Davos a rendu public une charte établissant des principes dont le respect est requis dans l'univers technologique.<sup>47</sup>

Encore faudrait-il que le respect de tels principes puisse trouver dans les ressorts de nos sociétés modernes les germes d'une renaissance salvatrice ! Et dans le droit les conditions de son effectivité !

Mais ni le droit international, en son état actuel, ni le droit communautaire en Europe, ni le droit national en France ne comporte aujourd'hui de dispositions contraignantes qui apporteraient de telles garanties !

Les principes et les droits sont trop souvent livrés à l'arbitraire de ceux qui proclament les « valeurs ».

Quatre visions s'opposent désormais dans le monde – américaine, européenne, chinoise et russe - qui mettent en péril les espoirs d'un internet global ouvert à tous et respectueux des principes énoncés ci-avant<sup>48</sup>.

- *Le cas symptomatique de la reconnaissance faciale*

<sup>42</sup> *L'espace global de l'information et de la communication : un bien commun de l'humanité* :

<https://rsf.org/fr/lespace-global-de-linformation-et-de-la-communication-un-bien-commun-de-lhumanite>

<sup>43</sup> *Les nouveaux Principes de l'OCDE sur l'intelligence artificielle* : <https://legalinstruments.oecd.org/fr/instruments/OECD-LEGAL-0449>

<sup>44</sup> *Décoder l'intelligence artificielle : 10 mesures pour protéger les droits de l'homme* :

<https://www.coe.int/fr/web/commissioner/-/unboxing-artificial-intelligence-10-steps-to-protect-human-rights?fbclid=IwAR09aUheZTJpgWobwmEyNzmrHdXEU2zYTm8SXfEYpdxik1X9IRpI3PeggM>

<sup>45</sup> cf <https://ec.europa.eu/digital-single-market/en/news/ethics-guidelines-trustworthy-ai>

<sup>46</sup> *Pour des principes juridiques de responsabilité adaptés à l'intelligence artificielle* :

<https://theconversation.com/pour-des-principes-juridiques-de-responsabilite-adaptes-a-lintelligence-artificielle-115260>

<sup>47</sup> *Charter of principles for good platform work* :

[http://www3.weforum.org/docs/WEF\\_Charter\\_of\\_Principles\\_for\\_Good\\_Platform\\_Work.pdf](http://www3.weforum.org/docs/WEF_Charter_of_Principles_for_Good_Platform_Work.pdf)

<sup>48</sup> *The dream of a global internet is edging towards destruction* :

<https://www.wired.co.uk/article/internet-fragmentation?fbclid=IwAR2CUaMYVqYdKTVZh41pffZIJAnE2sw3px93K5iBj2ENLzhWPPxIoU8JxS8>

Fin novembre 2019, devant les interrogations que soulève la reconnaissance faciale et des différents usages, l'Unesco a été mandatée pour élaborer un 'instrument normatif mondial' en 18 mois<sup>49</sup>. Mais cette belle initiative se heurte à la réalité concrète du droit international. Dans la très grande majorité des cas, il est impossible de rendre les sanctions internationales effectives et donc efficaces. Les Etats peuvent s'y soustraire très facilement.

De son côté, le temps de trouver des garde-fous, la Commission européenne envisage d'interdire la reconnaissance faciale dans les lieux publics sur une période allant de trois à cinq ans le temps de mettre en place "*une méthodologie solide*" pour évaluer les impacts de cette technologie. L'exécutif européen entend tout de même tolérer quelques exceptions dans le domaine de la sécurité ou de la recherche. Margrethe Vestager, commissaire européenne à la concurrence et aux services numériques, a officiellement présenté en février 2020 les propositions de la Commission européenne réunies dans un Livre blanc. L'autorité européenne envisage également d'instaurer de nouveaux droits afin de renforcer la protection de la vie privée des Européens face à l'intrusion que peut représenter la reconnaissance faciale. Et de l'autre côté, la Commission compte imposer aux industriels spécialisés dans l'intelligence artificielle de nouvelles obligations dont le respect devra être contrôlé par une autorité ad hoc présente dans chaque État membre. Consciente qu'une interdiction totale peut être problématique, la Commission est prête à tolérer quelques exceptions dans le domaine de la sécurité ou de la recherche. Sans plus de précision, difficile de savoir ce que l'autorité entend par "sécurité" et quels acteurs publics et/ou privés seront autorisés à outrepasser l'interdiction.

Sundar Pichai, le Président-Directeur Général d'Alphabet, la maison-mère de Google, apporte son soutien à la proposition de la Commission européenne. « *Je pense qu'il est important que les gouvernements et les réglementations s'y attaquent le plus tôt possible et lui donnent un cadre* », déclare Sundar Pichai lors d'une conférence de presse donnée à Bruxelles. L'homme fort de Google considère que la reconnaissance faciale peut effectivement être utilisée à des fins malveillantes et reconnaît qu'il y a « *peut-être une période d'attente (à observer) avant de vraiment réfléchir à la façon* » dont la technologie sera utilisée. « *Il appartient aux gouvernements de tracer la voie* », dit-il en signe de soutien à la Commission. Toutefois, Sundar Pichai encourage l'Europe à adopter « *une approche proportionnée* », en mettant en place des règles différentes selon les secteurs dans lesquels la technologie est amenée à être utilisée.

Le Président de Microsoft, Brad Smith, est diamétralement opposé au patron d'Alphabet, considérant qu'il n'y a pas d'alternative à la reconnaissance faciale, et que seul l'usage de cette technologie permettra de l'améliorer. Les Etats-Unis ont emboîté le pas à l'UE en proposant, début janvier 2020, des lignes directrices sur l'utilisation de l'intelligence artificielle. Le maître-mot : la souplesse.

La Maison Blanche propose des principes réglementaires pour régir le développement et l'utilisation de l'intelligence artificielle (IA). Ainsi, les autorités fédérales devront "*promouvoir une IA fiable*" et "*doivent considérer l'équité, la non-discrimination, l'ouverture, la transparence, la sûreté et la sécurité*". Après une période de 90 jours de participation citoyenne, les organismes auront 180 jours pour élaborer des plans de mise en œuvre concrète de ces principes. Mais pas n'importe comment. L'administration Trump estime que les autorités fédérales doivent "*effectuer une évaluation des risques et une analyse coûts-avantages avant toute action réglementaire sur l'IA en mettant l'accent sur des cadres flexibles*". Elle prend comme exemple la Food and Drug Administration (FDA) – agence d'autorisation de commercialisation des médicaments – qui envisage de réglementer l'IA utilisée dans les dispositifs médicaux.

Le danger pour la Maison Blanche est qu'un cadre trop strict étouffe l'innovation. "*La meilleure façon de contrer les utilisations autoritaires de l'IA est de s'assurer que les Etats-Unis et ses partenaires internationaux restent des plaques tournantes mondiales de l'innovation, faisant progresser la technologie conformément à nos valeurs*", a assuré Michael Kratsios, conseiller spécial de Donald Trump pour les nouvelles technologies ; en ajoutant : "*L'Europe et nos alliés devraient éviter les modèles destructeurs de l'innovation*".

Mais pourtant, faut-il laisser l'IA innover ?

Un débat s'est ouvert à ce sujet à l'occasion du dépôt par des processus d'IA de deux brevets auprès de l'Office européen des brevets, aucune législation ne statuant aujourd'hui à cet égard. Si cet Office a pris l'initiative d'opposer un refus, qu'en sera-t-il ensuite ?

Pour l'ancien chercheur en IA au MIT Media Lab Rodrigo Ochigame : « *La majorité des travaux bien financés sur « l'éthique de l'IA » sont alignés sur l'agenda du lobby technologique : ajuster volontairement ou modérément, plutôt que de restreindre légalement, le déploiement de technologies controversées. Les recommandations visent à contraindre le Pentagone à augmenter les investissements militaires dans l'IA et à adopter des systèmes de « l'éthique de l'IA » tels que ceux développés et vendus par les entreprises de la*

<sup>49</sup> Cf. <https://www.usine-digitale.fr/article/l-unesco-a-18-mois-pour-elaborer-un-cadre-normatif-autour-de-l-intelligence-artificielle.N906344>

*Silicon Valley. Le Conseil de l'innovation qualifie le Pentagone d'« organisation profondément éthique » et propose d'étendre son « cadre éthique existant » à l'IA. A cette fin, le Conseil cite les groupes de recherche en éthique de l'IA de Google, Microsoft et IBM, ainsi que les universitaires parrainés par le fonds MIT-Harvard. Cependant, il y a des réserves. Par exemple, le Conseil note que bien que « le terme 'équité' soit souvent cité dans la communauté de l'IA », les recommandations évitent ce terme en raison du « mantra du DoD » selon lequel les combats ne devraient pas être équitables, car le DoD vise à créer les conditions pour maintenir un avantage injuste sur tout adversaire potentiel ». Ainsi, « certaines demandes seront biaisées de façon admissible et justifiable », plus précisément « pour cibler certains combattants adverses avec plus de succès ». La conception que le Pentagone a de l'éthique de l'IA exclut de nombreuses possibilités importantes de débat moral, comme l'interdiction des drones pour les assassinats ciblés. [...] Les promoteurs de l'« éthique de l'IA » dans les entreprises, les universités et l'armée ont collaboré étroitement pour leur bénéfice mutuel. [...] Aucune affirmation défendable en matière d'« éthique » ne peut contourner l'urgence de restrictions juridiquement exécutoires au déploiement des technologies de surveillance de masse et de violence systémique. Tant que de telles restrictions n'existeront pas, le débat morale et politique sur l'informatique restera accessoire par rapport à l'impératif de profit exprimé par la devise de Media Lab, « Deploy or Die ». »<sup>50</sup>*

- *La 5G, un autre exemple symptomatique*

Le Commissaire européen au Marché intérieur, Thierry Breton, considère qu'aucune entreprise ne doit se voir refuser une participation au déploiement de la 5G en Europe tant qu'elle respecte les règles de l'UE. Y compris l'équipementier chinois Huawei, redouté par certains<sup>51</sup>.

La 5G offre un niveau de protection inédit en matière de communications. Alors que le déploiement des infrastructures a débuté, les polices européennes craignent qu'elle ne vienne perturber leurs procédures d'écoute et de surveillance dans le cadre d'une enquête<sup>52</sup>.

Face à un standard 5G ultra-sécurisé, l'UE cherche un moyen légal d'intercepter les communications. L'institution a donc mis sur pied un groupe de travail avec Europol et les Etats-membres pour adapter le cadre légal à la nouvelle norme de téléphonie mobile... afin que les procédures d'écoute et de surveillance des suspects perdurent. *"Nous travaillons ensemble pour identifier les moyens appropriés pour préserver des possibilités légales d'intercepter des échanges dans le cadre des réseaux 5G"*, a indiqué dans une note la commissaire européenne aux Affaires intérieures Ylva Johansson.

Cette réponse de l'exécutif européen est de nature à rassurer. L'eurodéputée allemande Cornelia Ernst l'avait, en effet, interrogé car elle suspecte Europol de vouloir profiter de l'arrivée de la 5G pour mettre en place des procédures d'écoute clandestines.

De telles dispositions légales pourraient bien être le seul moyen d'accès aux données pour les autorités publiques qui se trouvent (parfois) confrontées au refus des fabricants d'installer des portes dérobées (backdoors) dans leurs appareils – la seule autre option aujourd'hui envisageable, d'après Cornelia Ernst – au nom du respect de la vie privée des utilisateurs. L'exemple d'Apple qui avait refusé d'accéder à la demande des autorités américaines de mettre à disposition de la Justice le contenu des iPhones de l'auteur d'une tuerie survenue en Floride a marqué les esprits. Face à la frilosité des constructeurs, l'UE choisit donc une autre voie : l'affaiblissement du niveau de protection offert par la nouvelle norme de téléphonie mobile. *"Europol encourage la participation de ses membres aux comités de normalisation traitant de l'interception légale et de la cybersécurité de la 5G"*, a appuyé Ylva Johansson. Dans les faits, elle invite la police européenne à s'immiscer dans le processus de standardisation internationale mené par le 3GPP... et à niveler par le bas une technologie dont l'un des intérêts réside justement dans la sécurisation des communications.

De son côté, à la fin de l'année 2019, la France s'est dotée d'une loi sur la sécurisation des réseaux mobiles, surnommée abusivement « loi anti-Huawei », la société chinoise ne constituant pas *a priori* une menace pour la sécurité des réseaux. *« Ceux qui les pointent du doigt et en font un exemple, ce sont les Américains. La France ne veut pas rentrer dans ce jeu-là. On a fait des analyses de risques et il y a des endroits où le risque nous paraît trop important et d'autres où il est beaucoup plus acceptable. C'est de la dentelle, donc c'est beaucoup plus compliqué que de dire : « C'est tout oui ou c'est tout non. » Les autorisations ou refus que*

<sup>50</sup> *The invention of « ethical AI » – How big Tech manipulates Academia to avoid Regulation :* <https://theintercept.com/2019/12/20/mit-ethical-ai-artificial-intelligence/>

<sup>51</sup> Cf. <https://www.touteleurope.eu/revue-de-presse-version-mail/revue-de-presse-5g-la-commission-europeenne-ne-ferme-pas-la-porte-a-huawei.html>

<sup>52</sup> Dans une note publiée en 2019, les polices des Etats membres disaient s'inquiéter que la nouvelle norme de téléphonie mobile ne les empêche d'attribuer un téléphone à son propriétaire... et donc de localiser ce dernier. Des limitations avérées, qui résultent d'un système de chiffrement intrinsèque aux communications en 5G. Le numéro IMSI (International Mobile Subscriber Identity) est, par exemple, crypté en 256 bits – un niveau de protection inédit.

*l'ANSSI pourra formuler aux opérateurs concernant leurs équipementiers seront circonstanciées.* » affirme Guillaume Poupard, le directeur général de cette agence nationale. « *L'enjeu, c'est de bâtir des réseaux 5G sécurisés. Sur ces questions-là, il n'y a pas de débat avec les opérateurs, qui sont responsables en France. Ce n'est pas comme dans certains pays européens, où des opérateurs cherchent à éviter toute forme de réglementation vécue comme une contrainte qui va réduire leurs dividendes.* »<sup>53</sup>

Mais la recherche de solution à cet enjeu de sécurité autour de la 5G, aussi importante soit-elle, n'épuise en rien d'autres enjeux tout aussi cruciaux, comme ceux relatifs à ses impacts sur la santé et l'environnement. L'attribution des fréquences 5G est la cible d'une action en justice – devant le Conseil d'Etat - des ONG 'Agir pour l'environnement' et 'Priartem'. Ces associations, qui reprochent aux autorités de déployer cette technologie sans étude préalable sur la santé, sur son impact énergétique et environnemental – et s'inquiètent de son potentiel impact sociétal, veulent ainsi tenter d'empêcher l'attribution des fréquences 5G aux opérateurs.

- *Des obstacles majeurs entravent la recherche de solutions multilatérales efficaces*

Bien que les géants américains de la technologie aient ubérisé la régulation de la concurrence, la condamnant à garder un temps de retard, l'option de leur démantèlement, politiquement minoritaire, n'est pas la panacée. Il est indispensable que des dispositions plus globales soient adoptées au niveau mondial.

Le professeur Rousseau affirme : « *Comme la musique, le numérique mène nécessairement au droit ! Et, dans cette configuration historique, le droit est et reste le seul médium laïc où enraciner les règles de vivre ensemble. À une triple condition. Qu'il soit pensé et posé au niveau global et non plus au niveau des États. Qu'il soit élaboré par une délibération connectée de la société civile globale. Qu'il soit animé par le principe de libre accès à l'espace et à la culture numérique en raison, selon les mots du Conseil constitutionnel dans sa décision du 10 juin 2009, « du développement généralisé des services de communication au public en ligne ainsi qu'à l'importance prise par ces services pour la participation à la vie démocratique et l'expression des idées et des opinions ».* **Si la civilisation numérique est globale, le droit doit être global.** »<sup>54</sup>

Or l'absence de capacités réelles de régulation des activités des mastodontes du numérique au niveau international rend illusoire l'effectivité des recommandations émises par les instances évoquées *supra*.

A cet égard, l'attitude des autorités américaines (et chinoises) ne simplifie pas la recherche de solutions efficaces au niveau international.

Car, relève Elvire Fabry, analyste des questions commerciales de l'Institut Jacques Delors<sup>55</sup>, « *c'est au moment où l'on a le plus besoin d'adopter de nouvelles règles multilatérales pour encadrer les transformations engagées par la transition numérique et la transition verte que Washington tente de bloquer un de ses rouages importants, la cour d'appel de l'OMC, appelée organe d'appel (OA). On s'est habitué à déplorer l'inertie d'une diplomatie multilatérale poussive et l'on en oubliait que l'Organisation mondiale du commerce (OMC) joue un rôle spécifique. Seule institution multilatérale dotée d'un mécanisme de règlement des différends (MRD) qui assure le respect des règles adoptées par ses 164 membres, elle assume une fonction de pilier soutenant les règles multilatérales édifiées progressivement depuis 70 ans. Alors quel peut être l'impact du blocage de l'organe d'appel par les États-Unis ?* » [...] « *Plus de 50 États ont répondu à l'appel conjoint de l'Allemagne, du Canada, du Chili, de la France, du Ghana, du Mexique, et de Singapour pour réaffirmer la priorité accordée au multilatéralisme. Mais loin de relativiser le risque d'un démantèlement du système multilatéral, il faut activement investir l'échelon plurilatéral – à quelques pays – en s'efforçant de mettre en place des principes qui permettront de s'assurer que cette étape intermédiaire de différenciation ouvre encore la voie au multilatéralisme. L'OMC autorise déjà le plurilatéralisme avec des préférences sectorielles (comme les biens environnementaux ou le e-commerce) qui sont limitées aux seuls signataires. Pour devenir contraignants ils doivent néanmoins faire l'objet d'un consensus de tous les membres de l'OMC et restent généralement ouverts à tous ceux qui souhaitent le rejoindre s'ils en respectent les conditions. Les trois accords de ce type qui sont en place concernent les marchés publics, le commerce des avions civils et les technologies de l'information. Par ailleurs, la nouvelle génération d'accords régionaux a une plus forte composante réglementaire qui permet de passer d'une intégration commerciale négative (suppression des obstacles tarifaires) à une intégration commerciale positive (coopération réglementaire assurant plus de level playing field). Alors que cette dernière suppose des préférences collectives comparables, le développement*

<sup>53</sup> Cf. <https://www.lesechos.fr/tech-medias/hightech/les-conflits-de-demain-vont-etre-numeriques-tous-les-grands-etats-sy-preparent-dit-le-patron-de-lanssi-1164596?fbclid=IwAR1XmVgB4YaXT0ZKqz7nTnaOFkxtiabk-dgAepCSmmUpPVuWZGv5XpQh4>

<sup>54</sup> *Le numérique, nouvel objet du droit constitutionnel* : <https://www.conseil-constitutionnel.fr/nouveaux-cahiers-du-conseil-constitutionnel/le-numerique-nouvel-objet-du-droit-constitutionnel>

<sup>55</sup> *Crise de l'OMC : Peut-on se passer du multilatéralisme à l'ère numérique ?* : [https://institutdelors.eu/wp-content/uploads/2019/12/BP-191209\\_OMC\\_Fabry-FR-2.pdf](https://institutdelors.eu/wp-content/uploads/2019/12/BP-191209_OMC_Fabry-FR-2.pdf)

*d'une régulation plurilatérale à partir des pays qui partagent ces préférences prend d'autant plus de sens dans le cadre de l'émergence de trois grands ensembles régionaux américain, chinois et européens. Ainsi, l'attractivité qu'exerce le système européen RGPD de protection des données personnelles auprès d'autres pays qui l'ont également adopté devrait inciter les Européens à développer un espace de négociation plurilatérale dans lequel ils peuvent promouvoir leurs normes de régulations numériques. La poursuite par quelques 50 membres de l'OMC des négociations d'un accord sur le commerce des services (TiSA) en dehors du cadre multilatéral, alors que les négociations du cycle de Doha s'enlisaient, amène à rechercher quelques principes qui garantiraient une dynamique inclusive pouvant mener au multilatéralisme : favoriser un cadre de négociation plurilatéral au sein de l'OMC avec notamment la possibilité d'un soutien du Secrétariat de l'OMC ou encore assurer une transparence des négociations qui puisse encourager un plus grand nombre de pays à rejoindre la dynamique plurilatérale. Il faudrait également veiller à éviter une marginalisation des pays en développement ou les moins avancés qui risque de conduire à une nouvelle fragmentation du multilatéralisme. Pour préserver l'acquis multilatéral et des espaces de coopération internationale, il va falloir mener de front la restauration d'un système de règlement des différends entre États et l'engagement actif de négociations plurilatérales. Néanmoins, on voit bien l'écueil d'un engagement plurilatéral qui ne ferait que reproduire les blocages du multilatéralisme, si les grandes puissances – États-Unis, Chine, Union européenne et même Inde – ne se retrouvent pas à la table des négociations. La capacité des Européens à engager la Chine dans un format plurilatéral sera notamment déterminante et exige dès à présent bien plus de coordination et de cohésion des capitales européennes. »*

## **B – Rappel de quelques éléments de droit**

### ***B – 1 La Convention européenne de sauvegarde des droits de l'Homme et des libertés fondamentales occupe une place fondamentale dans le fonctionnement de l'Etat de droit***

La Convention consacre, d'une part, une série de droits et libertés et organise, d'autre part, un mécanisme visant à garantir le respect par les Etats des obligations contractées par eux. Elle dispose de deux institutions : une Cour unique fonctionnant à plein temps (la CEDH), et le Comité des Ministres du Conseil de l'Europe, composé des ministres des Affaires étrangères des Etats membres ou de leurs représentants.

La Cour est compétente lorsqu'un Etat membre du Conseil de l'Europe, qui a ratifié la Convention et ses protocoles additionnels (c'est en particulier le cas de la France), ne respecte pas les droits et les libertés qui y sont reconnus. Cependant, elle intervient en dernier recours, c'est-à-dire lorsque le requérant a épuisé l'ensemble des voies de recours internes (compétence subsidiaire).

La Cour peut être saisie par une personne physique, une organisation non gouvernementale ou un groupe de particuliers qui se prétend victime d'une violation des droits reconnus dans la Convention et ses protocoles, par l'un des Etats contractants. La Convention prévoit également la possibilité de requêtes interétatiques, introduites par un Etat contre un autre Etat.

Obligatoires pour les Etats concernés, les arrêts rendus par la Cour conduisent les gouvernements à modifier leur législation et leur pratique administrative dans de nombreux domaines. Le Comité des Ministres du Conseil de l'Europe veille à ce que les arrêts soient exécutés.

La Convention énonce :

- les droits et principes liés à l'intégrité de la personne (droit à la vie, protection de l'intégrité physique, droit à la dignité de l'individu, ...),
- les droits et principes processuels (droit à la liberté et à la sûreté, droit pour toute personne de bénéficier d'un procès équitable, principe de légalité, droit de toute personne à un recours effectif devant une instance nationale, droit de toute personne de bénéficier d'un procès équitable, ...),
- les droits et principes liés au respect de la vie privée (droit de toute personne au respect de sa vie privée et familiale, de son domicile et de sa correspondance, libertés de pensée, de conscience, de religion et d'expression – la liberté d'expression est protégée par l'article 10 qui stipule que « *ce droit comprend la liberté d'opinion et la liberté de recevoir ou de communiquer des informations ou des idées sans qu'il puisse y avoir ingérence d'autorités publiques et sans considération de frontières* » -)
- le principe d'interdiction de la discrimination, énoncé à l'article 14, qui concerne tous les articles de la Convention, et ne joue donc qu'à l'égard des droits que celle-ci garantit. Ce principe a été complété par le protocole 12 à la Convention qui prohibe de manière générale toute forme de discrimination.

En son état actuel, la Convention n'accorde aucune spécificité particulière aux questions de droit inhérentes à l'intervention du numérique et de l'intelligence artificielle dans les différents registres de la société.

## ***B – 2 L’Union européenne dispose d’un socle de droits fondamentaux ainsi que d’une panoplie d’initiatives et de sanctions à l’égard des violations de l’Etat de droit***

Selon le professeur de droit constitutionnel Dominique Rousseau, l’Etat de droit se définit par référence à l’article 16 de la Déclaration de 1789, qui stipule que *"toute société qui ne sépare pas les pouvoirs, ni ne garantit les droits, n’a point de Constitution"*.

Les deux piliers d’un Etat de droit sont la séparation des pouvoirs et la garantie des droits.

« Dans la déclaration de 1789, les droits dits naturels et imprescriptibles sont la liberté, la propriété, la sûreté, pas la sécurité. La sûreté, c’est l’assurance pour les individus qu’ils pourront avoir un recours contre l’Etat s’il a une pratique abusive, excessive et arbitraire. La sûreté garantit la liberté des citoyens contre un pouvoir invasif, arbitraire et excessif de l’Etat. » « Le deuxième pilier, c’est l’Etat qui respecte et fait respecter dans sa production législative et dans son organisation juridictionnelle les droits des citoyens. »

L’UE dispose dans le traité de Lisbonne de dispositions relatives à l’Etat de droit, dans un cadre très général. Le traité de Lisbonne a précisé les valeurs de l’UE, à savoir le respect de la dignité humaine, la liberté, la démocratie, l’égalité, l’Etat de droit, le respect des droits de l’homme, y compris des droits des personnes appartenant à des minorités. Elles sont dites communes aux États membres dans une société caractérisée par le pluralisme, la non-discrimination, la tolérance, la justice, la solidarité et l’égalité entre les femmes et les hommes. Affirmées pour la première fois par le traité sur l’Union européenne (TUE) signé à Maastricht en 1992, ces valeurs ont été par la suite confirmées et complétées par la Charte des droits fondamentaux de l’Union européenne (2000)<sup>56</sup>. Mais ce n’est qu’avec le traité de Lisbonne (2007) que la Charte s’est vu reconnaître une même valeur juridique et qu’elle a acquis un caractère obligatoire (art. 6 TUE).

Les principes fondateurs ont tout d’abord été largement reconnus par la Convention européenne de sauvegarde des droits de l’homme. Mais ils avaient également été consacrés par le droit communautaire aussi bien que par les traités, les directives ou règlements et par la jurisprudence.

C’est ainsi que l’article 6 §1 du traité d’Amsterdam a érigé en principe directeur de l’Union celui de la démocratie.

Les dispositions relatives aux droits fondamentaux sont articulées sur la charte des droits fondamentaux.

Les droits énoncés peuvent être invoqués par les citoyens européens à l’encontre d’un acte de l’Union ou d’un des Etats membres qui leur serait contraire.

Mais, en dehors du cas particulier de la protection de la vie privée (cf. le RGPD), l’UE a tardé à se saisir des grands défis posés à l’Etat de droit et à la démocratie par la révolution numérique en cours.

D’autres dispositions du traité portent plus spécifiquement sur l’arsenal ‘coercitif’ à l’égard d’un Etat membre exerçant des violations généralisées de l’Etat de droit par un État membre. Ces violations peuvent porter sur une ou plusieurs atteintes aux principes suivants : - indépendance et impartialité des juridictions ; - caractère arbitraire ou illégal des décisions prises par les autorités publiques ; - fonctionnement déficient de ces autorités ; - insuffisance ou inefficience des recours juridictionnels.

L’article phare du traité dans ce registre est l’article 7 TUE qui vise à sanctionner un Etat membre pour violation grave et persistante des droits fondamentaux, ou plus précisément des valeurs de l’Union telles qu’énumérées au frontispice du Traité (article 2).

Pour réagir contre ce type de violations, l’UE dispose d’une panoplie de moyens :

1. l’article 7 TUE lui-même avec ses propres limitations (contrairement à ce qui est parfois affirmé, la sanction de suppression des droits de vote de l’Etat concerné au sein du Conseil n’est pas l’unique mesure possible : le texte de l’article 7 dispose que *“ le Conseil peut suspendre certains des droits découlant de l’application des traités à l’Etat membre en question, y compris les droits de vote (...) de cet Etat membre ”*).
2. des sanctions d’ordre budgétaire<sup>57</sup>,
3. les positions prises par la Cour de justice européenne lorsqu’elle est saisie - notamment par voie de question préjudicielle - sur l’éventuelle situation de non-respect de l’Etat de droit dans un Etat membre (plusieurs affaires sont actuellement concernées).
4. les procédures d’infraction intentées par la Commission visant, de façon indirecte, certains aspects des législations nationales attentatoires à l’Etat de droit (par exemple, la mise à la retraite de magistrats).

<sup>56</sup> Cf. <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/FR/TXT/?uri=CELEX%3A12008E%2FPRO%2F30>

<sup>57</sup> La situation prévalant dans certains États membres en matière de respect de l’Etat de droit a conduit la Commission à proposer un mécanisme spécifique de protection des intérêts financiers de l’UE en cas de telles violations généralisées. Ce mécanisme prend la forme juridique d’une proposition de règlement complétant le règlement financier de base de l’UE. Voir le texte officiel de la proposition : [https://ec.europa.eu/commission/sites/beta-political/files/protection-union-budget-rule-law-may2018\\_en.pdf](https://ec.europa.eu/commission/sites/beta-political/files/protection-union-budget-rule-law-may2018_en.pdf)

L'article 7 TUE présente un certain nombre de lacunes<sup>58</sup>.

S'il est clair que l'esprit même de cet article est à la fois d'exercer une pression (politique et morale) croissante sur le gouvernement concerné - tout en laissant le temps nécessaire au dialogue et à l'action diplomatique, il est difficilement concevable que des Etats membres aussi importants que la France ou l'Allemagne puisse faire le cas échéant l'objet d'une telle procédure.

C'est en application de cet article 7 que le Parlement européen a demandé au Conseil de « *constater qu'il existe un risque clair de violation grave des valeurs européennes* » en Hongrie comme en Pologne, comme ce fut déjà le cas à l'égard de l'Autriche et de l'Italie.

Si ce mécanisme s'avérait *in fine* inopérant, il serait alors paradoxal que la protection de l'UE contre la plus grave des violations (celle de ses valeurs fondamentales) s'avère beaucoup moins efficace que sa protection contre des violations des règles de n'importe quelle politique commune !

C'est là qu'intervient toute l'importance d'une adhésion de l'UE à la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'Homme et des libertés fondamentales prévue à l'article 6, paragraphe 2 du TUE.

En effet, bien que chacun des 28 Etats membres y soit partie, l'UE n'est pas elle-même partie à la Convention en tant qu'organisation. Elle n'a notamment aucune compétence pour édicter des règles ou conclure des accords internationaux en matière de droits de l'homme. Le respect de la Convention est cependant assuré par la Cour de Justice de l'Union européenne qui s'y réfère parfois explicitement. En accordant la personnalité juridique à l'UE, le traité de Lisbonne rend désormais cette adhésion possible. En adhérant à la Convention, l'UE souhaite se placer sur un pied d'égalité avec ses Etats membres en ce qui concerne le système de protection des droits fondamentaux. Cela lui permettrait d'être entendue dans les affaires examinées par la CEDH, ainsi que d'y désigner un juge. Cette adhésion offrirait également une nouvelle possibilité de recours aux particuliers, qui pourraient alors, après avoir épuisé toutes les voies de recours nationales – saisir la CEDH d'une plainte pour violation supposée des droits fondamentaux par l'UE (et non seulement par ses Etats membres).

Lancés en 2010, les pourparlers entre la Commission européenne et le Conseil de l'Europe ont achoppé en 2014 sur un avis négatif de la Cour de justice de l'UE. Cette dernière a estimé que la proposition d'accord d'adhésion n'était pas conforme aux lois européennes en raison d'incompatibilités liées notamment à l'autonomie du droit de l'Union ou à la politique étrangère et de sécurité commune (PESC). L'adhésion reste cependant une priorité de la Commission européenne.

S'agissant plus spécifiquement des questions de droit relatives aux enjeux objets de la présente analyse, le RGPD<sup>59</sup>, le règlement général sur la protection des données, instauré en mai 2018 au sein de l'UE, est censé permettre au consommateur de reprendre la main sur sa vie privée en ligne. Bien que d'application directe, le RGPD contient plus d'une cinquantaine de marges de manœuvre, qui autorisent les Etats membres à préciser certaines dispositions.

Pourtant, depuis qu'il est en vigueur, peu de plaintes d'internautes sont enregistrées. La majorité des internautes cliquent de façon automatique sur les boutons "j'accepte" des sites qu'ils visitent. Peu savent ou essaie de savoir ce que le règlement en question comporte. Paresseux ou pressé, l'internaute ne semble pas vouloir s'informer et encore moins agir pour reprendre la main sur ses données privées alors qu'il semble bien conscient de l'importance et de la valeur de leurs données. Une enquête menée en 2018 par Axios-Survey Monkey rapportait que 56 % des internautes européens acceptaient les conditions d'utilisation des sites sans réfléchir, seuls 13 % déclarent les lire "toujours".

### ***B - 3 La situation du droit – et notamment du droit constitutionnel - en France***

#### *- La Constitution*

En France, la Constitution est le texte fondamental qui détermine la forme du gouvernement du pays. Elle organise et structure les relations de pouvoir, puisqu'elle définit les rapports des membres selon des règles leur conférant des droits et des garanties sur le respect de ces droits.

<sup>58</sup> La première faille réside dans la succession des étapes à franchir - au moins quatre - avant toute prise de sanctions effectives. La deuxième faille est la nécessité d'obtenir un vote unanime du Conseil européen pour constater "*l'existence d'une violation grave et persistante des valeurs de l'UE*", ouvrant la voie à de possibles sanctions. La troisième faille est d'un ordre plus général qui explique les précédentes : le processus tout entier est de caractère politique. Il laisse aux gouvernements en place - réunis au sein du Conseil européen - la maîtrise de la décision principale (la "constatation" d'une violation). Or, par nature, cet organe est amené à procéder à des arbitrages de caractère quasi-diplomatique - même si, en la circonstance, ceux-ci doivent être basés sur des faits relevés par la Commission.

<sup>59</sup> cf. <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/FR/TXT/HTML/?uri=CELEX:32016R0679&from=FR>

La Constitution est donc la condition de possibilité de l'Etat de droit, c'est-à-dire d'un Etat dont l'action publique est encadrée par la loi.

C'est en ce sens que l'article 16 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen proclame en 1789 que *“toute société dans laquelle la garantie des droits n'est pas assurée, ni la séparation des pouvoirs déterminée, n'a point de Constitution”* (art. 16 DDHC).

Relativement aux différents pouvoirs qu'elle attribue et répartit, la Constitution détermine trois choses essentielles : leur source, leur étendue et leurs limites.

La source des pouvoirs découle de la souveraineté. En France, l'article 3 de la Constitution dispose que *“la souveraineté appartient au peuple qui l'exerce par ses représentants et par la voie du référendum”* (art. 3 C).

La souveraineté définit qui a la capacité d'adopter et de modifier la Constitution.

L'étendue des pouvoirs est ensuite établie à travers une hiérarchie entre les normes et la séparation des pouvoirs législatif, exécutif et judiciaire.

Le président de la République est l'arbitre des institutions, il peut dissoudre – après avis mais il n'est pas tenu par l'avis – il peut demander une deuxième lecture de la loi, il peut saisir le Conseil constitutionnel. Et il peut, dans certaines conditions, décider d'un référendum. Ces dispositions de la Constitution ont pour but de permettre, en cas de blocage institutionnel, au président de la République de se retourner vers le peuple.

Le pouvoir judiciaire s'exerce au travers de quatre ordres de juridictions constitutionnel, judiciaire, administratif, financier, coiffées chacune par une forme de Cour suprême. C'est le seul « *ordre judiciaire* » celui coiffé par la Cour de cassation qui est qualifié dans la Constitution « *d'Autorité judiciaire* ». Mais ce sont les quatre qui exercent chacun pour sa part la mission de contrôle global que l'on peut qualifier de « *pouvoir judiciaire* ». Qui est là justement pour assurer les équilibres voulus par le principe de séparation des pouvoirs. Enfin, des limites sont données à ces pouvoirs grâce aux garanties et aux voies de recours offertes en cas de non-respect des dispositions constitutionnelles. La Constitution rend nécessaire la mise en place d'un contrôle juridictionnel de l'administration, qui en France, est assuré par le Conseil d'Etat<sup>60</sup>.

La division entre le domaine de la loi et le domaine du règlement est une caractéristique importante de la Constitution de la Ve République. Désormais, on ne règle pas tout par la loi. Dans son esprit, la loi doit être sacralisée, porter sur les libertés, les droits fondamentaux etc. Tout ce qui n'est pas du domaine de la loi est du domaine du règlement. Autre caractéristique, le pouvoir donné au président de la République de prendre par ordonnance un certain nombre de mesures qui sont normalement du domaine de la loi, à partir du moment où le Parlement a délégué ce pouvoir.

#### - *La hiérarchie des normes*

Dans le système juridique français, la hiérarchie des normes est un principe fondamental qui organise et régit le droit français. Ce système est pyramidal et implique que la norme de niveau supérieur s'impose systématiquement à celle de niveau inférieur.

La hiérarchie des normes comporte 3 niveaux juridiques : le bloc fondamental constitutionnel, le bloc législatif et réglementaire et le bloc des actes conventionnels

Ainsi, une norme inférieure doit absolument être conforme avec la totalité des règles qui lui sont supérieures. Un décret devra être conforme à une Loi, un contrat, un décret, etc. De plus, la liberté est de principe du droit français. Ainsi, tout ce qui n'est pas formellement interdit par la loi est autorisé.

Dans le bloc constitutionnel (ou de constitutionnalité), on retrouve les textes qui fondent les libertés fondamentales des citoyens ainsi que l'ensemble des principes de la République Française.

Le bloc constitutionnel est aujourd'hui constitué de quatre textes :

- la DDHC : elle contient les principes essentiels utilisés par le Conseil constitutionnel pour son contrôle, notamment ceux de la liberté d'expression, de l'égalité de tous devant la loi, devant les emplois publics, devant l'impôt, de la non-rétroactivité des lois pénales, de la proportionnalité des peines ou encore de la propriété ;
- le Préambule de la Constitution de 1956 : il réaffirme l'attachement du peuple français à la DDHC, telle qu'elle est complétée par le Préambule de 1946. En 2005, une loi constitutionnelle a modifié ce préambule pour y introduire un renvoi à la Charte de l'environnement. Les droits et devoirs définis dans cette Charte font donc désormais partie du bloc de constitutionnalité ;
- le Préambule de la Constitution de 1946 : il réaffirme les droits consacrés par la DDHC, les principes fondamentaux reconnus par les lois de la République (PFRLR) que le Conseil constitutionnel va désormais

<sup>60</sup> Particularité française, le Conseil d'État coiffe l'ordre de juridiction chargée de juger et de contrôler la sphère publique. Les juridictions administratives contrôlent la régularité des actes de l'exécutif de l'État central et des collectivités locales. En appliquant le droit administratif français, création en grande partie prétorienne, c'est-à-dire issu d'une jurisprudence interprétative abondante.

pouvoir dégager et proclame les principes politiques, économiques et sociaux apparaissant comme *“particulièrement nécessaires à notre temps”*, au titre desquels il faut mentionner l'égalité des droits hommes-femmes, le droit d'asile, le droit à l'emploi, la liberté syndicale, le droit de grève et le droit à la santé. Ces principes ont été décrits comme des droits-créances impliquant de la part de l'État des prestations positives et non plus la simple obligation de s'abstenir d'y porter atteinte ;

- la Charte de l'environnement de 2004 : elle est composée de dix articles dont le plus célèbre est l'art. 5 qui consacre le principe de précaution selon lequel *“lorsque la réalisation d'un dommage, bien qu'incertaine en l'état des connaissances scientifiques, pourrait affecter de manière grave et irréversible l'environnement, les autorités publiques veillent, par application du principe de précaution et dans leurs domaines d'attributions, à la mise en œuvre de procédures d'évaluation des risques et à l'adoption de mesures provisoires et proportionnées afin de parer à la réalisation du dommage”*.

Ces textes fondamentaux n'ont pas de hiérarchie entre eux et se situent au même niveau juridique dans la hiérarchie des normes.

Le bloc de conventionnalité est l'ensemble des règles de droit qui proviennent des traités et des conventions contractés entre États, ou entre les États et les organisations internationales.

Ce bloc comprend trois types de normes :

- des normes issues du droit international (traités et accords internationaux), dont, particulièrement, la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'Homme et des libertés fondamentales ;
- des normes de l'Union européenne (bien que la Cour de justice de l'Union européenne ne cesse d'insister sur la primauté de l'ensemble du droit communautaire sur l'ensemble des droits internes des États membres)
  - droit communautaire originaire, avec les traités de l'Union européenne
  - droit communautaire dérivé de ces traités, avec les règlements et les directives.

Le bloc de conventionnalité est situé en dessous du bloc de constitutionnalité et au-dessus du bloc de légalité.

Le principe de primauté du droit international et communautaire fait que ces normes dérivées s'imposent et nécessitent parfois une modification de la Constitution afin d'assurer la conformité de celle-ci. Toute norme des blocs inférieurs (par exemple une loi ordinaire) doit s'y conformer sous peine de nullité.

Le droit positif français comprend ainsi les traités internationaux ratifiés par la France, les textes du droit communautaire, les lois ratifiées, les codes en vigueur, etc.

#### - *Les contrôles de conventionnalité, de constitutionnalité et de légalité*

On sait que la hiérarchie des normes fait l'objet de contrôles, afin de vérifier la conformité de chaque norme aux normes qui lui sont supérieures. Ainsi, 3 types de contrôles peuvent être distingués : le contrôle de conventionnalité, le contrôle de légalité et le contrôle de constitutionnalité.

Le contrôle de conventionnalité a pour but de vérifier la conformité d'un texte aux traités internationaux. Il est de la compétence des juges judiciaire et administratif. Le contrôle de légalité a pour but de vérifier la conformité des règlements par rapport aux lois. Sauf exception, il est de la compétence du juge administratif.

Le contrôle de constitutionnalité consiste à vérifier la conformité d'un texte par rapport à la Constitution. Le contrôle de constitutionnalité peut s'appliquer tant aux lois qu'aux traités internationaux et aux règlements. C'est le Conseil Constitutionnel qui est seul compétent pour effectuer le contrôle de constitutionnalité.

L'idée de confier le contrôle de constitutionnalité à un organe externe au Parlement a cheminé très lentement en France, car la souveraineté des assemblées et la crainte du « Gouvernement des juges » sont des dogmes solidement ancrés. À ce titre, la Constitution de la V<sup>e</sup> République, en créant le Conseil constitutionnel en 1958, puis en ouvrant largement sa saisine à 60 députés ou 60 sénateurs en 1974 et en instaurant en 2008 un contrôle de la constitutionnalité des lois en vigueur (la question prioritaire de constitutionnalité), a marqué une réelle rupture avec une tradition juridique jusque là fort réservée à l'encontre du contrôle de constitutionnalité.

Si cette technique de démocratie n'est plus réellement contestée aujourd'hui, la question de la force de la loi votée par le Parlement a néanmoins pris un nouveau tour avec la montée en puissance de nouvelles formes de contrôle par des juridictions internationales spécialisées, la Cour européenne des droits de l'homme, notamment.

Protecteur des droits et libertés, le Conseil constitutionnel a rendu de nombreuses décisions en ce sens depuis trente ans. Ainsi, outre la garantie du droit d'association et l'extension du bloc de constitutionnalité, il a veillé au principe républicain d'égalité devant la loi, il a reconnu le principe de dignité de la personne humaine, il a censuré toute régression en matière de libertés, etc.

En ce qui concerne les traités internationaux, pour la première fois sous la V<sup>e</sup> République, le Conseil décida en 1992 que l'autorisation de ratifier en vertu d'une loi le traité - dit de Maastricht - portant sur l'Union européenne, ne pouvait intervenir qu'après révision de la Constitution. Il prit une position identique en 1997

sur le Traité - dit d'Amsterdam - portant sur la libre circulation des personnes dans ses dispositions portant sur le droit d'asile et la politique d'immigration, en 1999 sur le Traité portant statut de la Cour pénale internationale et en 2007 sur le Traité de Lisbonne transformant l'architecture institutionnelle de l'Union européenne. Ces quatre décisions du Conseil constitutionnel conduisent à chaque fois à réviser la Constitution.

Inévitablement, comme aux États-Unis par exemple, la question du Gouvernement des juges s'est posée, lorsque certaines décisions ont été contestées, d'autant que le Conseil a, depuis 1971, développé une interprétation parfois très personnelle et souvent extensive des principes contenus dans la déclaration des droits de l'homme et du citoyen datant de deux siècles. Pour autant, le peuple demeure souverain et l'effet d'une décision du Conseil constitutionnel peut toujours être arrêté par une révision de la Constitution.

Si le contrôle de constitutionnalité interne est aujourd'hui globalement bien admis, beaucoup soulignent la concurrence que pourrait lui porter la montée en puissance des contrôles externes, notamment celui de la Cour européenne des droits de l'homme et celui de la Cour de justice de l'Union européenne.

Leur jurisprudence extensive dans des domaines nouveaux qui, jusqu'à présent, relevaient des seules juridictions nationales (les droits et libertés, le principe d'égalité, etc.) lance un nouveau défi à la loi, dont la force normative devient plus précaire.

Contrôler la conformité des lois à la Convention européenne des droits de l'homme est désormais une tâche quotidienne des juridictions judiciaires et administratives<sup>61</sup>. Celles-ci n'hésitent plus à écarter la loi ou le règlement qu'elles estiment contraire à la Convention<sup>62</sup>.

Jusqu'à présent, le Conseil constitutionnel n'a pas accepté de prendre en compte les normes du droit international comme source directe de son contrôle de constitutionnalité dans le cadre de l'article 61 de la Constitution. Il n'en demeure pas moins probable que le rapprochement et l'intégration progressive des législations protectrices des droits et libertés dans les États de l'Union européenne et les États-membres du Conseil de l'Europe poseront, à un moment ou à un autre, la question de la place des Constitutions nationales dans le droit positif.

Par ailleurs, le Conseil constitutionnel ne peut pas ne pas tirer les conséquences de la montée en puissance de l'ordre juridique communautaire dès lors, notamment, qu'il a lui-même contribué à sa reconnaissance dans la Constitution.

Après une évolution graduelle, une décision du Conseil du 10 juin 2004 (DC 2004-496) s'est référée explicitement à l'ordre juridique européen comme source de droit distincte du droit interne, imposant au législateur national de transposer les directives communautaires « *sauf disposition contraire expresse de la Constitution* ».

Dans une décision du 30 novembre 2006 (DC 2006-543), le Conseil a accompli un pas décisif supplémentaire, fondé sur l'idée que « *La République participe aux Communautés européennes et à l'Union européenne, constituées d'États qui ont choisi librement, en vertu des traités qui les ont instituées, d'exercer en commun certaines de leurs compétences* » et que dès lors, « *la transposition en droit interne d'une directive communautaire résulte d'une exigence constitutionnelle* ».

De ce fait, le Conseil constitutionnel, dans le cadre de son contrôle de la constitutionnalité des lois, doit veiller à ce qu'une loi ayant pour objet de transposer en droit interne une directive communautaire respecte bien cette exigence, avec toutefois une double limite :

- sur le fond, la transposition d'une directive ne doit pas aller à l'encontre d'une règle ou d'un principe inhérent à l'identité constitutionnelle de la France ;
- sur le plan de la procédure, le Conseil constitutionnel ne pouvant saisir à titre préjudiciel la Cour de justice européenne, il ne s'autorisera à déclarer non conforme à la Constitution qu'une disposition législative manifestement incompatible avec la directive qu'elle a pour objet de transposer, les autres autorités juridictionnelles nationales étant tenues, le cas échéant, de saisir cette Cour à titre préjudiciel, conformément aux principes reconnus du droit européen.

Rien n'interdit donc de penser que tôt ou tard, la frontière assez étanche entre le droit constitutionnel interne et le droit international - au plan communautaire, tout au moins - finira par s'estomper.

- *La question prioritaire de constitutionnalité*

<sup>61</sup> *La France et la Convention Européenne des Droits de l'Homme (CEDH) :*

<https://www.doc-du-juriste.com/droit-public-et-international/droit-europeen/dissertation/france-convention-europeenne-droits-homme-cedh-497625.html>

<sup>62</sup> *L'influence de la Cour européenne des droits de l'homme sur le Conseil constitutionnel :*

<https://www.conseil-constitutionnel.fr/les-membres/l-influence-de-la-cour-europeenne-des-droits-de-l-homme-sur-le-conseil-constitutionnel>

Une innovation fondamentale a été introduite lors de la réforme constitutionnelle du 23 juillet 2008 : la question prioritaire de constitutionnalité (QPC), qui est le droit reconnu à toute personne partie à un procès ou une instance de soutenir qu'une disposition législative porte atteinte aux droits et libertés que la Constitution garantit.

Avant cette réforme, il n'était pas possible à des justiciables de contester la conformité à la Constitution d'une loi déjà entrée en vigueur.

Désormais, les justiciables jouissent de ce droit en vertu de l'article 61-1 de la Constitution.

Si les conditions de recevabilité de la question sont réunies, il appartient au Conseil constitutionnel, saisi sur renvoi par le Conseil d'État ou la Cour de cassation, de se prononcer et, le cas échéant, d'abroger la disposition législative.

## C - La transformation numérique à l'œuvre en France

### C – 1 Les initiatives de l'Etat en France dans le registre numérique

La France, qui souffre de difficultés considérables sur le registre de la médiation entre citoyens et administrations<sup>63</sup> est devenue en 2014 la première nation européenne en matière d'administration numérique. Elle entend accélérer sa transformation pour simplifier encore davantage les démarches des particuliers et des entreprises grâce à internet, et rendre les services publics plus efficaces et plus réactifs.

Pas à pas, l'administration avance vers un service public 100 % dématérialisé, comme le veut le programme Action publique 2022 (cf. les différentes initiatives publiques développées au niveau de l'Etat central<sup>64,65,66</sup>, et celles développées autour du numérique au service des territoires<sup>67</sup> ou autour de l'open data<sup>68</sup>).

Qu'il s'agisse du grand débat initié par le gouvernement français en 2019 qui repose sur une consultation en ligne, des consultations publiques proposées par les institutions européennes ou les institutions parlementaires nationales (notamment lors des phases d'élaboration des études d'impact des projets et propositions de loi), le recours à la démocratie 2.0 est désormais entrée dans les mœurs, suscitant ici et là une défiance quasi généralisée au sein d'une population insuffisamment préparée à de tels bouleversements de l'action publique, la protection des droits fondamentaux et des libertés fondamentales semblant malmenée par cette émergence rapide dans l'espace public comme dans l'espace privé du numérique et de la dématérialisation.

Aux quatre coins du territoire, le recours à la dématérialisation numérique est devenu l'alpha et l'oméga de tout projet de modernisation au coeur de la puissance publique (bien au-delà de l'Etat central), l'innovation autour de l'intelligence artificielle est mobilisée tout azimut, des laboratoires d'innovation ou des démarches qui s'en approchent qui ambitionnent de repenser l'action publique fleurissent : ce que ceux-ci font vraiment, pour qui et comment reste parfois un mystère ... Des *Legal-tech*<sup>69</sup> apparaissent ... Les technologies et les services qui se développent autour du protocole novateur de la blockchain émergent à un rythme effréné ...

L'État est, en France, le premier producteur de données et, progressivement, avec l'open data, d'immenses quantités de données de qualité vont être mises à disposition du public. « *Mais, pour Thomas Andrieu, directeur des affaires civiles et sceau au sein du ministère de la Justice, il faut que l'État apprenne à les exploiter pour lui* ».

Il convient de ne pas succomber à un angélisme de mauvais aloi en se félicitant d'un tel dynamisme public sur un registre de cette nature, ne serait-ce que parce que, lorsqu'elles ont été engagées, les expérimentations, leur évaluation comme les études d'impact qui s'y rapportent semblent parfois entreprises dans la précipitation et avec une approche insuffisamment systémique.

Car, selon France Stratégie, 28 % des Français sont en difficulté numérique. Ils sont 14 millions concernés par l'*illectronisme* (parce qu'ils ne sont pas équipés de smartphone, tablette ou ordinateur, ne les maîtrisent pas,

<sup>63</sup> Cf. le rapport de France Stratégie intitulé *Médiation accomplie ? Discours et pratiques de la médiation entre citoyens et administrations* :

<https://www.strategie.gouv.fr/publications/mediation-accomplie-discours-pratiques-de-meditation-entre-citoyens-administrations>

<sup>64</sup> *Le numérique : instrument de la transformation de l'État* :

<https://www.gouvernement.fr/action/le-numerique-instrument-de-la-transformation-de-l-etat>

<sup>65</sup> *La direction interministérielle du numérique et du système d'information et de communication de l'État (DINSIC)* :

<https://www.numerique.gouv.fr/dinum/>

<sup>66</sup> [franceconnect.gouv.fr](https://franceconnect.gouv.fr/) : <https://franceconnect.gouv.fr/>

<sup>67</sup> *Administration numérique : un nouveau programme DCANT 2018-2020* :

<https://www.lagazettedescommunes.com/541855/administration-numerique-un-nouveau-programme-dcant-2018-2020/>

<sup>68</sup> cf. [www.lebigdata.fr/open-data-definition](http://www.lebigdata.fr/open-data-definition)

<sup>69</sup> cf. <http://legal-tech.fr/legaltech>

ou ne disposent pas d'accès internet). Et un Français sur cinq a déjà abandonné avant la fin une démarche administrative entreprise en ligne.

Face à cette stratégie 100 % digitale, le Défenseur des Droits rappelle dans un rapport publié en 2019<sup>70</sup> les enjeux qui président à la fabrication d'une vraie démocratisation du numérique, à savoir l'égalité devant l'accès aux services des publics, de plus en plus dématérialisés, en pointant le véritable souci social et culturel derrière la question de l'accès à Internet à l'heure où, indique-t-il, « *le taux de connexion varie ainsi de 54 % pour les non diplômés à 94 % pour les diplômés de l'enseignement supérieur* ». Il alerte sur la nécessité de renforcer l'accompagnement des personnes en précarité numérique et de maintenir les modes alternatifs d'accès aux services publics.

Le diagnostic qui met en lumière ces fractures territoriales semble paradoxal au regard des annonces du gouvernement.

Au début du quinquennat, le président de la République annonçait un Plan France Très Haut Débit visant à couvrir l'intégralité du territoire en très haut débit d'ici 2022, mais également à garantir un accès au bon haut débit pour tous d'ici 2020<sup>71</sup>. Présentes dans les 15 réformes clés du mandat d'Emmanuel Macron, « l'e-inclusion » prévoyait d'empêcher le décrochage de certains territoires français, en formant plus de 3 millions de personnes au numérique. Selon les chiffres de l'enquête de UFC Que-Choisir, nous en sommes encore loin. Depuis, l'État a doté un nouveau dispositif appelé Cohésion Numérique des Territoires de 100 millions d'euros. L'idée : subventionner chaque foyer français jusqu'à 150 euros du coût d'équipement, d'installation ou de mise en service.

250 démarches administratives « phares » accessibles en ligne pour les citoyens, avec un haut niveau de qualité : c'est la promesse du Gouvernement pour 2022, rappelée lors du 3e comité interministériel de la transformation publique<sup>72</sup> (CITP), qui s'est tenu le 20 juin 2019. Pour tenir cet objectif, la direction interministérielle du numérique (DINSIC) a lancé un observatoire de la qualité des services numériques, ainsi qu'un dispositif pour recueillir la satisfaction des usagers. Ces deux outils permettront d'identifier les pistes d'amélioration prioritaires<sup>73,74</sup>.

Le ministère de l'Économie, des Finances, de l'Action et des Comptes publics, comme le ministère de la Justice (voir *infra*), développent actuellement leurs propres algorithmes, illustrant la volonté de l'État de mobiliser ces données. En particulier, l'Autorité de la concurrence a ouvert en janvier 2020 un nouveau service dédié à l'économie numérique, directement rattaché au Rapporteur général, et appelé à collaborer avec les administrations de l'État en charge du numérique, avec les autres autorités administratives indépendantes françaises et étrangères, ainsi qu'avec le monde universitaire et celui de la recherche. Sa mission : développer une expertise poussée sur les sujets numériques et collaborer aux investigations sur les pratiques anticoncurrentielles dans l'économie numérique. En marge de la publication de sa feuille de route 2020<sup>75</sup>, le gendarme de la concurrence se concentrera cette année sur l'impact de la révolution numérique sur le secteur financier, à travers les fintechs, le monde des plateformes, la technologie blockchain et l'arrivée des géants du numérique dans les services de paiement. Il s'intéressera en particulier au secteur de la publicité en ligne, à la collecte et à l'exploitation des données personnelles et à l'usage des algorithmes.

Signaux faibles, une start-up d'État fruit d'une coopération entre la Direction générale des entreprises (DGE), la Banque de France, la Délégation générale à l'emploi et à la formation professionnelle (DGEFP), l'Agence centrale des organismes de sécurité sociale (ACOSS), la Direction interministérielle du numérique et du système d'information et de communication de l'État (DINSIC) et une équipe dédiée, a développé une intelligence artificielle qui analyse des données relatives aux entreprises pour détecter, le plus en amont

<sup>70</sup> *Dématérialisation et inégalités d'accès aux services publics* :

<https://www.defenseurdesdroits.fr/sites/default/files/atoms/files/dp-rappdemat-16.01.19-num.pdf>

<sup>71</sup> Initié en 2013 par le Gouvernement, le Plan France Très Haut Débit (PFTHD) vise à couvrir d'ici 2022 l'intégralité du territoire en très haut débit (supérieur à 30 Mbit/s). France Stratégie doit en mesurer l'impact économique en termes d'investissement et d'emploi mais aussi en termes d'attractivité des territoires. Au cœur de l'évaluation, figurent également la réduction de la fracture numérique dans les territoires et l'impact du plan en matière d'innovation et de croissance.

<sup>72</sup> Cf. <https://www.gouvernement.fr/transformation-publique-le-gouvernement-tient-ses-engagements>

<sup>73</sup> *Qualité des services numériques : deux nouveaux outils pour suivre l'avancée de la dématérialisation et recueillir l'avis des usagers* : <https://www.numerique.gouv.fr/actualites/qualite-des-services-numeriques-deux-nouveaux-outils-pour-suivre-lavancee-de-la-dematerialisation-et-recueillir-lavis-des-usagers/>

<sup>74</sup> *Observatoire de la dématérialisation de qualité : tableau de bord des démarches phares de l'État* :

<https://www.data.gouv.fr/es/datasets/observatoire-de-la-dematerialisation-de-qualite-tableau-de-bord-des-demarches-phares-de-letat/>

<sup>75</sup> *L'Autorité de la concurrence annonce ses priorités pour l'année 2020* : <https://www.autoritedelaconcurrence.fr/fr/communiqués-de-presse/lautorite-de-la-concurrence-annonce-ses-priorites-pour-lannee-2020>

possible, des signes précoces de fragilité et prévenir leur défaillance.<sup>76</sup> « *Les administrations publiques et organismes en charge d'une mission de service public détiennent ensemble des données d'une grande richesse sur la situation économique, financière et sociale des entreprises. Signaux Faibles croise ces données et les traite statistiquement avec un algorithme adapté qui analyse les trajectoires des entreprises qui ont été défaillantes (redressement ou liquidation judiciaire) ou ont fait face à des dettes sociales de plus de 3 mois consécutifs dans le passé* » (Stéphanie Schaer, pilote et initiatrice de cette start-up d'État).

### **C – 2 Etat des lieux de l'adaptation de l'Etat de droit aux défis juridiques posés à la République 2.0**

Ayant à faire face à des démocraties qui agonisent, à des administrations qui se délitent, à des gouvernances qui se détériorent, à une méfiance qui s'installe parmi les citoyens et à un pouvoir qui perd du sens, les Etats, à l'instar de la France, cherchent à tirer parti du numérique et de l'intelligence artificielle pour proposer des pistes nouvelles pour un projet de gouvernance doté de nouvelles légitimités et de nouveaux outils d'efficacité porteurs d'une autre culture de service public, d'intérêt général et de gestion du bien public.

- *Malgré quelques initiatives, la République française 2.0 ne dispose toujours pas d'un Etat de droit véritablement approprié (et notamment d'un cadre constitutionnel idoine) pour protéger la nation et le citoyen contre les dérives et les risques potentiels ou avérés du numérique.*

Force est de déplorer que le droit lui-même comme les modalités de son élaboration et de son application sont en retard en France pour encadrer ces développements technologiques particulièrement rapides et les dérives et risques qui y sont associés, et notamment ceux que favorisent l'intelligence artificielle.

Les initiatives ont longtemps été engagées à droit constant, l'Etat agissant fréquemment comme s'il partait du principe erroné que le numérique ne bouleversait pas les règles générales du droit. Or, cela n'est pas le cas. Et les voies de recours étaient souvent inadaptées.

Bien sûr, une loi pour une République numérique a été élaborée puis promulguée, donnant à penser que l'Etat de droit s'était adapté par la loi aux défis posés à la République par sa transformation numérique.

Mais dans l'article cité *supra*, Christine Tréguier propose une analyse critique du processus qui a été engagé en France pour établir et adopter cette loi, dont il ressort principalement les points suivants :

*" Le projet de loi s'y prêtant, la secrétaire d'État chargée du numérique, Axelle Lemaire, a livré du 26 septembre au 18 octobre 2015 aux internautes son texte préparatoire (préalablement dégraissé de 90 à 30 articles). Charge à eux, pendant les trois semaines de la consultation publique, de l'étudier, de l'amender voire de l'améliorer. Ce recours à une nouvelle forme de démocratie participative a été salué, et la participation, dans un laps de temps pourtant court, a été à la hauteur des espérances : plus de 21 000 personnes ont déposé 8500 commentaires et contributions sur le site. Mieux : la plupart des propositions se sont révélées constructives, concernant par exemple la priorité au logiciel libre, les recours contre les ventes liées ou contre l'obsolescence programmée, le maintien de la neutralité du net, l'ouverture des données publiques et semi-publiques, y compris pour le code source des applications administratives, ou encore la définition d'un domaine protégé des « communs ». Mais la « co-rédaction » promise par Axelle Lemaire a vite trouvé ses limites, et les suites données à cette consultation ont déçu. Sur les dix propositions les plus plébiscitées, bien peu ont finalement été inscrites dans le marbre de la loi publiée le 7 octobre 2016. La simple mention des « biens communs informationnels », présente dans la version du 26 septembre 2015 et plutôt applaudie par les internautes, a quant à elle totalement disparu du texte promulgué. .... Le texte a ensuite été rogné par l'habituel jeu des lobbies durant l'unique navette parlementaire. Nombreux sont ceux, publics et privés, qui ont regretté que l'État n'ait pas joué jusqu'au bout le jeu de cette démocratie 2.0, il est vrai encore à inventer. Censée au départ « favoriser la circulation des données et du savoir », la loi publiée cumule les exceptions et restrictions. Celles-ci profitent, de fait, aux partisans du statu quo, qui ne se retrouvent pas dans les nouveaux modèles de l'économie et de la diffusion numériques...*

*Au-delà des questions de fond que soulevaient les premières propositions du projet de loi, dont on comprend qu'elles puissent susciter de nombreux désaccords, cette consultation n'a pas transformé en profondeur les processus démocratiques. Elle a en revanche permis à de nouveaux publics de se pencher sur ces thèmes et de se confronter à l'exercice complexe de l'écriture d'une loi. Elle a aussi contraint des lobbies habitués à arpenter les couloirs des ministères pour éviter tout débat sur ces enjeux à défendre leurs positions dans l'espace public. Bref, elle a été un premier pas, décevant sous un certain regard, mais non négligeable – ne serait-ce que parce qu'elle a révélé les enjeux, les difficultés d'une plus grande ambition participative. "*

<sup>76</sup> Cf. « *L'algorithme de Signaux Faibles peut réellement contribuer à la préservation d'emplois et à la pérennité d'entreprises* », Actualités du droit, 10 avr. 2019

S'agissant de l'adaptation du droit et de l'Etat de droit aux nouveaux défis posés à la démocratie par l'avènement tout azimut de la donnée dans l'espace public comme dans l'espace privé, une loi relative à la protection des données personnelles, qui adapte la loi 'informatique et libertés » du 6 janvier 1978 au « paquet européen de protection des données »<sup>77</sup>, a été promulguée le 20 juin 2018. La plupart des marges de manœuvre offertes par le RGPD ont permis de conserver des dispositions qui existaient déjà dans la loi CNIL (Commission nationale de l'informatique et des libertés) de 1978. Cette loi du 20 juin 2018 n'aménage que quelques points, afin notamment de répondre aux évolutions technologiques et sociétales.

Les missions de la CNIL évoluent afin de les adapter à la nouvelle logique de responsabilisation et d'accompagnement des acteurs traitant des données (entreprises, administrations, etc.) instaurée par le RGPD. Les formalités préalables auprès de la CNIL sont quasiment toutes supprimées. En complément des missions qu'elle exerce déjà, la CNIL est désormais chargée :

- d'établir et de publier des lignes directrices, recommandations ou référentiels destinés à faciliter la mise en conformité des traitements et à procéder à l'évaluation préalable des risques par les responsables de traitement et leurs sous-traitants ;
- d'encourager l'élaboration de codes de conduite par les acteurs traitant des données ;
- de produire et de publier des règlements types afin d'assurer la sécurité des systèmes de traitement et de régir les traitements de données biométriques, génétiques et de santé ;
- de certifier des personnes, des produits, des systèmes de données ou des procédures ;
- de lister les fichiers pénaux pouvant présenter un risque élevé pour les droits et libertés des personnes.

Dans l'exercice de ses missions, la CNIL doit prendre en compte les besoins propres des collectivités locales, dont beaucoup se sont inquiétées des nouvelles règles européennes. La loi prévoit que les petites et moyennes entreprises (TPE-PME) doivent également faire l'objet d'un accompagnement personnalisé. C'est pourquoi la CNIL, en partenariat avec Bpifrance, a mis à leur disposition un guide pratique les sensibilisant au RGPD.

Toujours au titre de ses missions, la CNIL peut dorénavant être consultée sur toute proposition de loi portant sur la protection des données personnelles par les présidents ou les commissions compétentes de l'Assemblée nationale ou du Sénat et par les présidents des groupes parlementaires.

Les pouvoirs de contrôle de la CNIL sont précisés et étendus. La nature des locaux que ses agents peuvent visiter et les conditions dans lesquelles le secret professionnel, notamment médical, peut leur être opposé sont redéfinies. De plus, pour les contrôles en ligne, les agents peuvent désormais recourir à une identité d'emprunt. Plusieurs articles de la loi sont également consacrés à la procédure de coopération entre la CNIL et les autres autorités de protection européennes en cas de traitements transnationaux (touchant des personnes de plusieurs pays européens). Le RGPD pose, en effet, de nouvelles règles en la matière. L'objectif est d'apporter une réponse unique en cas d'atteinte au droit à la vie privée des citoyens de plusieurs pays européens (atteinte illustrée par exemple par l'affaire Cambridge Analytica – Facebook).

Les pouvoirs de sanction de la CNIL sont par ailleurs adaptés. De nouvelles sanctions, comme le prononcé d'une astreinte ou le retrait d'une certification ou d'un agrément, sont prévues en cas de violation des règles sur la protection des données. En outre, le montant des amendes administratives est fortement augmenté. Ces astreintes et amendes concernent autant les entreprises que les collectivités locales et les associations, qu'elles soient responsables d'un traitement ou sous-traitant. Seul l'État en est dispensé.

Conformément au RGPD, cette loi étend le champ des données sensibles (sur l'origine raciale, les opinions politiques, etc.) aux données génétiques et biométriques ainsi qu'aux données relatives à l'orientation sexuelle d'une personne. En principe, ces données ne peuvent pas faire l'objet d'un traitement en raison de leur nature même. Des dérogations à cette interdiction sont toutefois prévues par le droit européen (si la personne a expressément consenti au traitement de ses données ou si elle les a rendues publiques, en matière de sécurité sociale, etc.). La loi du 20 juin 2018 ajoute d'autres dérogations. Sont notamment permis les traitements de données biométriques (empreintes digitales, etc.) strictement nécessaires aux contrôles d'accès sur les lieux de travail, aux ordinateurs et aux applications utilisés au travail. Sont de même autorisés les traitements portant sur la réutilisation d'informations figurant dans les décisions de justice diffusées dans le cadre de l'open data. S'agissant des droits des personnes, la loi utilise une fois encore les marges de souplesse permises par le RGPD. Elle fixe à 15 ans la majorité numérique, c'est-à-dire l'âge à partir duquel un enfant peut consentir seul au traitement de ses données, typiquement sur les réseaux sociaux. Le gouvernement et les sénateurs souhaitent retenir le seuil de 16 ans, l'âge du consentement fixé par défaut par le RGPD. Le texte a toutefois laissé aux États la possibilité de l'abaisser jusqu'à 13 ans. C'est dans ce cadre que les députés ont voté l'âge de la majorité

<sup>77</sup> Ce paquet européen comprend le RGPD, un règlement du 27 avril 2016 directement applicable dans tous les pays européens au 25 mai 2018 ainsi qu'une directive datée du même jour sur les fichiers en matière pénale, dite directive "police" cf. <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/FR/TXT/HTML/?uri=CELEX:32016L0680&from=FR>.

numérique à 15 ans. La loi ouvre, par ailleurs, plus largement la possibilité pour l'administration de recourir à des décisions individuelles automatisées. Les décisions fondées exclusivement sur un algorithme ne sont plus interdites. Néanmoins, de nouvelles garanties sont données aux administrés : droits à l'information et à l'explication (déjà consacrés par la loi pour une République numérique de 2016), droit à recours avec une intervention humaine *a posteriori*, obligation pour l'administration de maîtriser l'algorithme et ses évolutions (prohibition des algorithmes auto-apprenants), interdiction d'utiliser des données sensibles.

La loi oblige aussi les écoles, collèges et lycées publics à rendre public le registre de leurs traitements de données scolaires. Il s'agit entre autres de permettre aux parents d'élèves de savoir comment les données de leurs enfants sont traitées. En vue de sensibiliser les acteurs de l'Éducation nationale à la protection des données, le ministère de l'Éducation nationale et la CNIL ont signé en décembre 2018 une convention.

Enfin, les arrêts du Conseil d'Etat en date du 6 décembre 2019 - pris à la lumière de l'arrêt de la Cour de Justice de l'UE rendu le 24 septembre 2019 – définissent les conditions dans lesquelles doit être respecté le droit au référencement sur internet prévu par le RGPD<sup>78</sup>. Le Conseil d'Etat est ainsi devenu la première juridiction française à livrer à Google et à la CNIL un mode d'emploi du droit à l'oubli<sup>79</sup>.

Sur le registre de l'éthique, un "comité pilote d'éthique du numérique" est chargé depuis sa création en décembre 2019 d'aborder de manière globale les enjeux éthiques du numérique et de l'intelligence artificielle. Ce comité pilote remettra au président du CCNE le bilan de ses activités début 2021. Le CCNE émettra ensuite des recommandations sur les modalités d'un éventuel comité pérenne d'éthique du numérique. Mais est-ce véritablement suffisant en regard de l'ampleur des enjeux éthiques ?

- *S'agissant de l'aménagement du droit constitutionnel français, des travaux sont en cours.*

« *La nouveauté serait moins technologique que sociologique : ce qui ferait « problème », c'est l'accès de tous à Internet ! [...] depuis sa généralisation et sa diffusion dans les quartiers pauvres du monde, l'inquiétude démocratique se répand ! [...] Ce n'est pas dire que cette civilisation numérique doit être laissée à elle-même. Le droit, et en particulier le droit constitutionnel, peut s'en saisir pour l'ordonner aux principes des droits et libertés. [...].* »

Le professeur Julien Bonnet affirme : "*La révolution numérique bouleverse des pans entiers du droit, phénomène désormais largement étudié. Mais ses conséquences sur le droit constitutionnel, plus particulièrement, sont encore peu explorées. Les enjeux sont pourtant nombreux et importants, au regard du double mouvement permanent de déconstruction/reconstruction qui affecte plusieurs fondements de la discipline. Sont ainsi concernés des concepts classiques tels que, par exemple, la souveraineté de l'État, la puissance publique source de la normativité, la hiérarchie des normes, le régime représentatif ou encore la citoyenneté et ses modes d'expression. Sont aussi impliqués les processus politiques et démocratiques de décision et de désignation des gouvernants, et les modalités d'exercice et de protection de certaines libertés fondamentales. Le droit constitutionnel ne fait pas que subir ou s'adapter aux effets de la révolution numérique : il tente, depuis quelques années, de se saisir du phénomène pour l'encourager, le protéger, l'utiliser, l'encadrer ou le réglementer.*"<sup>80</sup>

Pour autant, et bien que des questions prioritaires de constitutionnalité ayant trait aux grands enjeux juridiques de cette transformation numérique ont été déposées en nombre auprès de cette juridiction suprême de la République, le Conseil constitutionnel doit poursuivre le développement de sa capacité à dire le droit de manière incontestable dans ce registre nouveau qui bouleverse les grands équilibres du droit fondamental<sup>81</sup>.

- *De nombreuses sources d'inquiétude nourrissent des réserves à l'égard de l'action de l'Etat*

Au moment où, en France, l'Etat s'organise pour repenser son rôle de régulateur en l'articulant autour de la donnée<sup>82</sup>, ce qui apparaissait encore il y a quelques mois comme la panacée en matière de protection des

<sup>78</sup> cf. <https://www.numerama.com/politique/329191-rgpd-tout-savoir-sur-le-reglement-sur-la-protection-des-donnees-si-vous-etes-un-internaute.html>

<sup>79</sup> Droit à l'oubli : le Conseil d'État donne le mode d'emploi :

[http://www.globalsecuritymag.fr/Droit-a-l-oubli-le-Conseil-d-Etat,20191206,93567.html?fbclid=IwAR0XLscBxcF\\_6a5kxofYfDsDDZ7eDmb7aGCKSx2KtgjJS\\_mRCTCugJEKQmE](http://www.globalsecuritymag.fr/Droit-a-l-oubli-le-Conseil-d-Etat,20191206,93567.html?fbclid=IwAR0XLscBxcF_6a5kxofYfDsDDZ7eDmb7aGCKSx2KtgjJS_mRCTCugJEKQmE)

<sup>80</sup> *Le numérique : un défi pour le droit constitutionnel :*

<https://www.conseil-constitutionnel.fr/nouveaux-cahiers-du-conseil-constitutionnel/le-numerique-un-defi-pour-le-droit-constitutionnel>

<sup>81</sup> *Le numérique saisi par le juge, l'exemple du Conseil constitutionnel :* <https://www.conseil-constitutionnel.fr/nouveaux-cahiers-du-conseil-constitutionnel/le-numerique-saisi-par-le-juge-l-exemple-du-conseil-constitutionnel>

<sup>82</sup> *Nouvelles modalités de régulation - la régulation par la donnée :* <https://www.csa.fr/Informer/Toutes-les-actualites/Actualites/Nouvelles-modalites-de-regulation-la-regulation-par-la-donnee>

données, préoccupation principale des citoyens, à savoir le RGPD, a montré ses limites tant ses vulnérabilités sont importantes<sup>83,84,85</sup>.

Des défaillances importantes dans le respect même de ses règles et principes par l'Etat de droit ont été relevées au point que certains acteurs n'ont pas hésité à recourir à des procédures judiciaires pour obtenir des mesures correctrices.

Parmi les sources d'inquiétude figure le recours à des technologies intrusives par les services de police<sup>86</sup> pour prélever en un temps record (de l'ordre de la dizaine de minutes) la totalité des données – même cryptées - enregistrées dans un smartphone dans des conditions insuffisamment encadrées par loi en dépit des dispositions prises par l'UE en matière de « protection des personnes physiques à l'égard du traitement des données à caractère personnel par les autorités compétentes à des fins de prévention et de détection des infractions pénales, d'enquêtes et de poursuites en la matière ou d'exécution de sanctions pénales, et à la libre circulation de ces données »<sup>87</sup>.

Une autre source d'inquiétude porte sur les dispositions de la loi contre les contenus haineux sur Internet, dite « loi Avia », votée en janvier 2020, qui impose aux plateformes en ligne ((plateformes ayant plusieurs millions de visiteurs par mois - Facebook, Twitter, You Tube... - mais également, désormais, forum de n'importe quel site de presse, d'une plateforme militante, d'un petit hébergeur associatif ou de tout nœud d'un réseau social décentralisé...) de supprimer dans l'heure tout contenu terroriste ou pédopornographique sur simple injonction de la police, en dehors de tout contrôle par un juge.

Alors que la loi initiale ne prévoyait que des sanctions financières, les nouvelles mesures prévoient des sanctions concrètes, drastiques. Si une plateforme ne censure pas un contenu dans l'heure qui suit sa notification par la police, la police pourra exiger que les fournisseurs d'accès à Internet empêchent l'accès à cette plateforme depuis la France.

Si l'initiative peut sembler louable et rassurante, des effets pervers sont à craindre, et non des moindres.

Outre l'antiparlementarisme que révèle la 'brutalité' de son processus d'élaboration, ce texte de loi suscite les quatre motifs d'inquiétude suivants : 1° sans juge, ce texte représente une menace pour la liberté d'expression ; 2° le développement de l'arbitraire de l'État ; 3° un engorgement judiciaire ; 4° une mise en application quasiment impossible<sup>88</sup>.

Pour la rédaction du site La Quadrature du Net, avec cette loi « *ces plateformes n'auront d'autres choix que de fermer boutique ou de déléguer leur modération aux outils de censure automatisée fournis par Google et Facebook. Dans tous les cas, les grands vainqueurs seront ces deux dernières entreprises, dont la concurrence sera anéantie ou mise sous leur joug.* »

Autre source d'inquiétude : une expérimentation nationale ayant été préconisée par le Secrétaire d'Etat au numérique en exercice, 80 organisations rassemblant des associations, observatoires, syndicats, collectifs, et entreprises, se sont mobilisées en décembre 2019 pour saisir le gouvernement ainsi que le Parlement afin que soit interdit tout usage sécuritaire de dispositions de reconnaissance faciale actuels ou futurs<sup>89</sup>.

Voici les arguments figurant dans cette lettre commune : « [...] *La reconnaissance faciale est une technique exceptionnellement invasive et déshumanisante qui permet, à plus ou moins court terme, la surveillance permanente de l'espace public. Elle fait de nous une société de suspects. Elle attribue au visage non plus une valeur de personnalité mais une fonction de traceur constant, le réduisant à un objet technique. Elle permet un contrôle invisible. Elle impose une identification permanente et généralisée. Elle abolit l'anonymat. Aucun argument ne peut justifier le déploiement d'une telle technologie : au-delà de quelques agréments*

<sup>83</sup> La vérification d'identité : une faille importante dans le règlement RGPD : [https://www.decideo.fr/La-verification-d-identite-une-faille-importante-dans-le-reglement-RGPD\\_a11303.html?fbclid=IwAR0phpVADiJnbaP-uSNzIWzjt23hlxNzxRtqtzBA4N6eilhDarnuybnYOE](https://www.decideo.fr/La-verification-d-identite-une-faille-importante-dans-le-reglement-RGPD_a11303.html?fbclid=IwAR0phpVADiJnbaP-uSNzIWzjt23hlxNzxRtqtzBA4N6eilhDarnuybnYOE)

<sup>84</sup> Black Hat 2019 : comment le RGPD facilite le vol de données personnelles : <https://www.lebigdata.fr/black-hat-2019-rgpd>

<sup>85</sup> Cloud Act, l'offensive américaine pour contrer le RGPD : [https://portail-ie.fr/analysis/1902/cloud-act-loffensive-americaine-pour-contrer-le-rgpd?hash=0c8ded38-333b-4310-a215-c6d0484882dd&utm\\_medium=social&utm\\_source=facebook](https://portail-ie.fr/analysis/1902/cloud-act-loffensive-americaine-pour-contrer-le-rgpd?hash=0c8ded38-333b-4310-a215-c6d0484882dd&utm_medium=social&utm_source=facebook)

<sup>86</sup> En particulier, un appareil de la gamme Ufed (Universal Forensic Extraction Device) conçu par la société israélienne Cellebrite, dont 500 exemplaires devaient couvrir le territoire d'ici 2024

<sup>87</sup> Cf. directive (UE) 2016/680 du Parlement européen et du Conseil du 27 avril 2016 : <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/FR/TXT/PDF/?uri=CELEX:32016L0680&from=FR>

<sup>88</sup> Cf. Loi Avia : le droit à l'information menacé au nom de la lutte contre la haine (Pierre Farge, avocat au barreau de Paris, expert en droit de la presse) : [https://www.contrepoints.org/2020/01/28/363125-loi-avia-le-droit-a-linformation-menace-au-nom-de-la-lutte-contre-la-haine?utm\\_source=Newsletter+Contrepoints&utm\\_campaign=27236fec18-Newsletter+auto+Mailchimp&utm\\_medium=email&utm\\_term=0\\_865f2d37b0-27236fec18-114147713&mc\\_cid=27236fec18&mc\\_eid=2fd436b3f2](https://www.contrepoints.org/2020/01/28/363125-loi-avia-le-droit-a-linformation-menace-au-nom-de-la-lutte-contre-la-haine?utm_source=Newsletter+Contrepoints&utm_campaign=27236fec18-Newsletter+auto+Mailchimp&utm_medium=email&utm_term=0_865f2d37b0-27236fec18-114147713&mc_cid=27236fec18&mc_eid=2fd436b3f2)

<sup>89</sup> Cette tendance se généralise au sein de l'UE. Le ministre allemand de l'Intérieur prévoit également d'installer la reconnaissance faciale automatique dans 134 gares et 14 aéroports, selon l'hebdomadaire Der Spiegel. Mais, comme en France, des voix s'élèvent en Allemagne pour demander l'interdiction de cette technologie de surveillance.

*anecdotiques (utiliser son visage plutôt que des mots de passe pour s'authentifier en ligne ou activer son téléphone...), ses seules promesses effectives sont de conférer à l'État un pouvoir de contrôle total sur la population, dont il ne pourra qu'être tenté d'abuser contre ses opposants politiques et certaines populations. Puisque l'utilisation de la reconnaissance faciale à des fins sécuritaires est par essence disproportionnée, il est vain d'en confier l'évaluation au cas par cas à une autorité de contrôle qui échouerait en pratique à suivre chacune de ses nombreuses nouvelles applications. C'est pourquoi nous vous demandons d'interdire tout usage sécuritaire qui pourrait en être fait. De telles interdictions ont déjà été décidées dans plusieurs villes des États-Unis. La France et l'Union européenne doivent aller encore plus loin et, dans la lignée du règlement général sur la protection des données personnelles (RGPD), construire un modèle européen respectueux des libertés. Il conviendra par ailleurs de renforcer les exigences de protection des données à caractère personnel et de limiter les autres usages de la reconnaissance faciale : qu'il s'agisse d'authentification ou d'identification privée, l'ensemble de ces dispositifs ne sont pas assez protecteurs des atteintes à la vie privée ; ils préparent, et banalisent une société de surveillance de masse. »*

Et quid du droit à l'image<sup>90</sup> dans ce dossier ?

Autre illustration des débats houleux qui ont marqué l'année 2019 sur ce registre du droit, celui qui s'est développé autour du projet très contesté de surveillance généralisée des réseaux sociaux pour y dénicher des indices relatifs à de la fraude fiscale. Ce débat est désormais clos, le Conseil constitutionnel ayant *in fine* validé en décembre 2019 le dispositif (seul un point secondaire a été rejeté)<sup>91</sup>, les membres de l'institution faisant observer que la lutte contre la fraude et l'évasion fiscale est un « objectif de valeur constitutionnelle »<sup>92</sup>. En conséquence, désormais, au cours de la période d'expérimentation de trois années, le Parlement aura tout loisir de légiférer pour combattre cette fraude et cette évasion fiscale sur les réseaux sociaux.

Par ailleurs, il est apparu en novembre 2019 que contraindre les usagers des services publics à passer par Internet pour leurs démarches pourrait bien être illégal (voir *infra*). Juge administratif suprême, le Conseil d'Etat estime cependant inutile de modifier le décret du 27 mai 2016, qui autorise la prise de rendez-vous par Internet, car ce décret ne rend pas obligatoire, mais seulement optionnelle, la dématérialisation. Autrement dit, il suggère que ce soient les décisions préfectorales qui mettent en place les téléservices sans autre recours possible, qui sont illégales. Des associations s'apprentent désormais à attaquer les préfetures concernées.

Le système judiciaire français se trouve lui-même confronté à de nouveaux défis.

Alors que la justice, grâce aux actions collectives sur la protection des données et de la vie privée, apparaît comme le dernier rempart à l'hégémonie des GAFAM, le système judiciaire national se trouve lui-même confronté aux défaillances introduites par une dématérialisation numérique aussi imprudente que précipitée, qui soulève des questions d'ordre technique et éthique.

Si les trois premières étapes de l'open data des décisions de justice sont bien connues<sup>93</sup>, la quatrième à savoir, le décret d'application de cet article 33 de la LPJ, l'est un peu moins, côté contenu comme calendrier.

Concrètement, où en est-on ? « À l'horizon du quinquennat, nous développerons les grands systèmes, en matière civile (PORTALIS) et en matière pénale (PPN) ; ce sont ces systèmes centraux qui produiront des décisions de justice nativement numériques et permettront d'un point de vue technique une exploitation massive, précise Stéphane Hardouin, secrétaire général adjoint au ministère de la Justice. « Mais cela se fera par étape de sorte que la libération des données se fera progressivement en fonction de l'état des développements (CPH : fin 2019-2020, puis contentieux familial, puis contentieux général (avec toutes les précautions d'usage que la gestion de projet requiert). Il doit être précisé que les décisions des tribunaux de commerce, gérés par Infogreffe, pourront faire l'objet d'une mise à disposition anticipée, compte tenu de

<sup>90</sup> Droit à l'image en France :

[https://www.service-public.fr/particuliers/vosdroits/F32103?fbclid=IwAR3j\\_p64h0FeeK9Z0RPXSFdTzluACYyy\\_ik4203k8AxnTGGold2d1\\_4A760](https://www.service-public.fr/particuliers/vosdroits/F32103?fbclid=IwAR3j_p64h0FeeK9Z0RPXSFdTzluACYyy_ik4203k8AxnTGGold2d1_4A760)

<sup>91</sup> <https://www.conseil-constitutionnel.fr/decision/2019/2019796DC.htm>

<sup>92</sup> En droit français, un objectif de valeur constitutionnelle (ou objectif à valeur constitutionnelle) est un objectif dégagé par le Conseil constitutionnel auquel ce dernier reconnaît une valeur constitutionnelle. On dénombre treize objectifs de valeur constitutionnelle : l'accessibilité et l'intelligibilité de la loi, la clarté de la loi, la sauvegarde de l'ordre public, le respect de la liberté d'autrui, la préservation du pluralisme des courants d'expression socio-culturels, la transparence des entreprises de presse, la protection de la santé publique (qui est également un principe constitutionnel), la recherche des auteurs d'infractions, la lutte contre la fraude fiscale, la possibilité pour toute personne de disposer d'un logement décent, l'équilibre financier de la sécurité sociale, l'égal accès des femmes et des hommes aux mandats électoraux et fonctions électives<sup>14</sup>, l'égalité entre les collectivités territoriales. Ces objectifs trouvent leurs fondements dans la constitution elle-même, dans la déclaration des droits de l'homme et du citoyen ou dans le préambule de la Constitution de 1946. La place des objectifs de valeur constitutionnelle dans la hiérarchie des normes juridiques est très discutée. En pratique, Le Conseil constitutionnel accorde aux objectifs une protection inférieure à celle des droits et libertés constitutionnels, même si cette protection varie selon les objectifs et les circonstances.

<sup>93</sup> octobre 2016 : articles 20 et 21 de la loi n° 2016-1321 du 7 octobre 2016, dite Loi *Lemaire*, novembre 2017 : [rapport Cadiet](#) et, enfin, mars 2019, article 33 de la loi n° 2019-222 du 23 mars 2019 de programmation 2018-2022 pour la justice, dite *LPJ*

*l'autonomie informatique du système qui est déjà centralisé* ». Restera en parallèle à numériser tout le stock de décisions antérieures.

En pratique, plusieurs points doivent encore être tranchés.

Comme le souligne Pierre Berlioz, professeur à l'Université Paris Descartes, « *les décisions autour de la gouvernance des données sont particulièrement difficiles à prendre, parce que les enjeux sont structurants et qu'elles engagent pour de nombreuses années* ».

L'occultation des éléments de nature à porter atteinte à la sécurité ou au respect de la vie privée des parties de leur entourage, tout d'abord. L'article 33 de la loi de programmation pour la justice<sup>94</sup>, prévoit, en effet, que « *Les éléments permettant d'identifier les personnes physiques mentionnées dans la décision, lorsqu'elles sont parties ou tiers, sont occultés si leur divulgation est de nature à porter atteinte à la sécurité ou au respect de la vie privée de ces personnes ou de leur entourage. Un décret en Conseil d'État fixe, pour les décisions de premier ressort, d'appel ou de cassation, les conditions d'application du présent article* ».

Équilibre délicat trouvé au terme de longs débats parlementaires, cet article est loin de régler toutes les questions. Concrètement, certaines informations vont pouvoir être occultées, sans plus de difficultés, mais souligne Stéphane Hardouin, « *en réalité, tant que la décision n'existe pas, c'est assez difficile de savoir quels sont les éléments de nature à porter atteinte à la sécurité ou au respect de la vie privée des parties de leur entourage* ». Ce qui signifie qu'il faut envisager un programme qui définisse ce que l'on doit occulter ou pas et, ensuite, attendre que la décision soit produite pour analyser les éléments de nature à porter atteinte à la sécurité ou au respect de la vie privée de ces personnes ou de leur entourage.

Mais qui va faire ce travail ? Pour le secrétaire général adjoint, « *les systèmes centraux, tels que Portalis ou PPN, seront nécessairement hébergés au ministère de la justice qui restera le responsable des traitements de production. Quelle sera le rôle opérationnel de la Cour de cassation dans le processus d'anonymisation, à quel niveau technique se situera-t-elle ? Dans la définition des paramètres au départ ? Et qui interviendra ensuite, une fois la décision formalisée, et selon quelles modalités ? Les juridictions du fond ? Directement dans le système du ministère de la Justice ou dans le cadre d'un traitement autonome qui serait une duplication de la base confiée à la Cour de cassation* » ? Stéphane Hardouin précise « *que la problématique se pose très différemment pour l'ordre administratif dans la mesure où le Conseil d'État dispose déjà d'une autonomie informatique et d'une base centrale regroupant toutes les décisions* ».

Mêmes incertitudes côté responsabilité. S'agira-t-il d'une responsabilité purement juridique (comme autorité de contrôle) ou d'une responsabilité opérationnelle ? Autrement dit, est-ce que toute la gestion de la mise en conformité des décisions de justice avant leur diffusion au public sera confiée à la Cour de cassation ? Et surtout qui prendra, *in fine*, la décision d'occulter telle donnée ou non ? « *Ce point sensible est encore à l'arbitrage* », a précisé Stéphane Hardouin.

Autre point à trancher, qui aura accès aux flux intègres, c'est-à-dire aux décisions brutes, telles qu'elles apparaissent avant leur mise en conformité ? L'État, d'abord : « *L'administration est parfaitement fondée, pour le secrétaire général adjoint, à accéder aux bases intègres, non pas tellement en raison d'une question de propriété des données, mais parce qu'il s'agit d'une finalité légitime au regard de ses missions, en particulier pour l'évaluation des politiques publiques, ou procéder à l'étude d'impact d'une réforme* ». Mais *quid* des éditeurs ? Et des avocats ? « *Entre l'acte, la production de la décision brute et la mise à disposition d'une décision anonymisée, pourrait-on imaginer un espace de coopération entre la puissance publique et le monde de la recherche sur le modèle de ce qui existe en matière de données de santé ? C'est en tout cas un débat qui ne manquera pas de s'ouvrir* », pour Stéphane Hardouin.

Et côté diffusion des décisions au public : quel sera le portail qui organisera la mise à disposition ? Est-ce que ce sera Legifrance ? Le portail de la Cour de cassation ou du Conseil d'État ?<sup>95</sup>

Il est à noter que, dans sa décision du 12 juin 2018, le Conseil constitutionnel a jugé conforme à la Constitution les nouvelles règles régissant l'emploi des algorithmes par l'administration, considérant que « *le législateur a défini des garanties appropriées pour la sauvegarde des droits et libertés des personnes soumises aux décisions administratives individuelles prises sur le fondement exclusif d'un algorithme* ».

Sans véritablement avoir pris la mesure de tous les enjeux attachés à ces questions !

En effet, lors d'une conférence prononcée au Collège France au cours de laquelle il examina l'impact croissant du droit de la numérisation et de l'intelligence artificielle<sup>96</sup>, le professeur Simon Deakin interrogea la capacité

<sup>94</sup> Cf. L. n° 2019-222, 23 mars 2019, JO 24 mars

<sup>95</sup> Cf. [https://www.actualitesdudroit.fr/browse/tech-droit/intelligence-artificielle/21517/gouvernance-des-donnees-et-algorithmes-publics-quelle-strategie-pour-l-etat?fbclid=IwAR0IjzaC0LNcJg4koyQu6QIJAnYTVbBy-IJEkwGGT\\_PxHOWo--TSd078eA](https://www.actualitesdudroit.fr/browse/tech-droit/intelligence-artificielle/21517/gouvernance-des-donnees-et-algorithmes-publics-quelle-strategie-pour-l-etat?fbclid=IwAR0IjzaC0LNcJg4koyQu6QIJAnYTVbBy-IJEkwGGT_PxHOWo--TSd078eA)

<sup>96</sup> *Droit et technologie : influence du droit sur la technologie, et capacité du droit de canaliser la technologie* : [https://www.college-de-france.fr/site/alain-supiot/guestlecturer-2019-05-22-17h00.htm?fbclid=IwAR3iMXmjYReCYBgTGLGC1-Oiv5TrDk1IEbGQBIrHb243\\_kxTeGahFzZOW0](https://www.college-de-france.fr/site/alain-supiot/guestlecturer-2019-05-22-17h00.htm?fbclid=IwAR3iMXmjYReCYBgTGLGC1-Oiv5TrDk1IEbGQBIrHb243_kxTeGahFzZOW0)

du droit à canaliser la technologie, tout en s'interrogeant sur la capacité du droit à maintenir l'autonomie de ses opérations face à un changement technologique global, résultat qui est loin d'être garanti.

" *Qu'il s'agisse d'une simple automatisation des tâches, d'une aide à la décision, ou de prédiction, l'utilisation d'algorithmes et de l'intelligence artificielle dans le domaine de la justice pose des questions d'ordre technique et éthique. Si l'introduction des outils numériques dans ce champ régalién offre des perspectives d'amélioration (rapidité, impartialité...), les risques de dérives éthiques sont néanmoins nombreux (perte d'humanité et de dialogue, renforcement des stéréotypes...). Afin d'en tirer le maximum de bénéfices pour la société sans risquer de mettre en péril les principes fondamentaux de la justice et de la démocratie, il conviendrait de mettre en place un cadre, piloté par la puissance publique et impliquant à la fois des professionnels du droit et des experts en intelligence artificielle. En effet, toutes les étapes de la mise en œuvre progressive de ces outils, de la conception à l'utilisation (collecte et traitement des données, contrôle des acteurs privés comme les Legal Tech ...) nécessitent précautions et garde-fous institutionnels. C'est à ce prix que l'assurance de l'éthique et la préservation de l'équité pourront être respectés.*"<sup>97</sup>

- L'Etat 2.0 français est-il encore un Etat de droit ?

Pour le professeur Rousseau : « *On est toujours dans un Etat de droit, mais il y a des pistes qui s'effritent, et un jour, où va-t-on se retrouver ?* »

La réactivité des réseaux sociaux en cas d'injustices flagrantes témoigne toujours d'une grande vigueur de la part de la société civile, vigueur indispensable à une démocratie qui fonctionne.

Pourtant, dans un article publié en janvier 2020 dans un grand quotidien national, Irénée Régnault et Yaël Benayoun déplorent le cruel manque de démocratie dans les décisions ayant trait au numérique : « *Les controverses liées au numérique se multiplient. Cependant, prises unes à unes, elles ne permettent pas de voir un enjeu plus global : le cruel manque de démocratie dans ces décisions.* »

« *Pas une semaine ne passe sans qu'un scandale lié aux nouvelles technologies n'éclate. A peine voit-on les dégâts qu'a produit la numérisation à marche forcée de certains services de l'Etat que nous voilà rattrapés par le débat à propos de la reconnaissance faciale, talonné de près par le procès à venir de la 5G. Les choix technologiques sont devenus des sujets de société, et non plus seulement des questions réservées aux experts. Pourtant, ces choix restent cantonnés à des sphères très restreintes, pour ne pas dire qu'ils échappent complètement aux citoyens. D'une certaine manière, le « progrès » demeure une réalité qu'on ne choisit pas, mais qui s'imprime tout de même dans nos vies quotidiennes.*

*Pourtant, les voix qui s'élèvent ne manquent pas. Entre les appels incessants de l'association La Quadrature du net contre les systèmes de surveillance, la récente tribune de Jean-Marc Jancovici, très dubitatif quant à l'impact énergétique de la 5G, sans parler des multiples mouvements citoyens contre des installations plus locales comme les entrepôts Amazon, les revendications sont à la fois nombreuses et argumentées. Seulement, ces mouvements ne trouvent aujourd'hui aucune courroie de transmission pour faire aboutir leurs revendications. Ils restent structurellement et fatalement sans effets.*

*Cela s'explique d'au moins deux manières. Premièrement, les contrepoids démocratiques au « progrès » sont trop maigres. La Commission nationale de l'informatique et des libertés a, paradoxalement, perdu du pouvoir depuis l'entrée en vigueur du RGPD. Ses avis sont désormais émis a posteriori des « expérimentations », quand ils ne sont pas tout simplement balayés. Quant aux autres instances chargées de poser un regard distancié sur les choix technologiques, comme le Conseil national du numérique (CNNum) ou le Comité consultatif national d'éthique (CCNE), leurs membres ne sont pas élus, et leurs avis seulement consultatifs. Souvent, ces instances sont sollicitées uniquement dans le but de conforter des politiques publiques.*

*Deuxièmement, les critiques sont souvent réduites à des incompréhensions, ou tout simplement détournées. Les Décodeurs du Monde, pour ne prendre qu'un exemple, ont par deux fois « rétabli la vérité » en expliquant que la 5G n'était pas dangereuse pour la santé. Très bien, mais là n'est pas le sujet. Pourquoi ne pas plutôt avoir interrogé sa prétendue efficacité énergétique ? Quant à la reconnaissance faciale, le débat reste en surface, au niveau des « biais algorithmiques » (c'est-à-dire de la fiabilité du système). Encore un Hors sujet : il ne s'agit pas tant de savoir si ces technologies sont ou non efficaces, mais d'interroger le bien-fondé de les diffuser partout dans la sphère publique. Du côté des pouvoirs publics, le discours est tout à fait contradictoire. Elus et institutions en appellent à plus de « démocratie » et de « débat public », mais n'expliquent jamais réellement sous quelle forme ni à quelle fin. Bien souvent, il ne s'agit en réalité que de mettre un peu de «*

<sup>97</sup> *Justice algorithmique : s'assurer de l'éthique et préserver l'équité ? :*

<https://www.ihest.fr/les-formations/le-cycle-national/cycles-nationaux-precedents/cycle-national-2018-2019-1-inconnaissance-vecteur-d-inventivite/productions/justice-algorithmique-s-assurer-de-l-ethique-et-preserver-l-equite>

citoyen » dans des organes sans importance, et surtout sans pouvoir, afin de mieux légitimer des décisions déjà prises à l'avance. »<sup>98</sup>

Pour certains juristes français, « le constat est aujourd'hui sans appel, non seulement la France ne dispose plus d'un pouvoir législatif digne de ce nom, mais l'organe dévalué qui en tient lieu a été absorbé par le pouvoir exécutif. Législatif et exécutif ne sont plus séparés dans notre pays. »

« L'abaissement drastique de la valeur normative de la Constitution au cours des 20 dernières années a permis de mettre progressivement en place un nouveau système à valeur de nouveau régime qui entretient des rapports très lointains avec un système légitime de démocratie représentative. Des 92 articles initiaux, après une bonne trentaine de révisions, il n'en reste aujourd'hui que 30 dans une Constitution qui en compte désormais 108. Et n'a plus grand-chose à voir avec le texte proposé par Charles de Gaulle et adopté par le peuple français avec 82 % des voix en octobre 1958. » (Régis de Castelneau, avocat au Barreau de Paris).

« Il ne faut toucher aux lois que d'une main tremblante » conseillait jadis Montesquieu.

La situation singulière inhérente au fait que la France soit membre de l'UE ainsi que partie à la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'Homme et des libertés fondamentales est-elle de nature à apporter des éléments de réponse significatifs, en termes de droit notamment, à de tels défis ?

Les initiatives et la panoplie des sanctions de l'UE et de la CEDH à l'égard des violations de l'Etat de droit contribuent-elles à améliorer la performance institutionnelle ?

Garantissent-elles à tous les citoyens, sans exclusive, les mêmes droits ?

Sont-elles de nature à créer de la confiance ?

Des doutes subsistent à ces différents égards.

### C – 3 D'autres natures de défis restés jusqu'ici sans réponse

Au-delà des considérations de nature juridique ou éthique se posent d'autres natures de défis auxquels ni l'Etat français ni l'UE ne sont encore parvenus à apporter des réponses à la fois réellement robustes et efficaces.

#### - Les défis écologiques de la transition numérique

Alors que le respect des termes de l'Accord de Paris sur le climat se trouve inscrit régulièrement à l'agenda des principales instances de gouvernance mondiale ou européenne comme à celui des gouvernements français qui se succèdent, les différentes initiatives entreprises par l'Etat en France dans les registres de la dématérialisation numérique et de l'intelligence artificielle posent indubitablement de nouveaux défis en termes de transition écologique.

« La transition énergétique et la transition numérique sont-elles alliées ou ennemies ? » s'interroge Éric Vidalenc, chef du projet Prospective Energie Ressources à l'ADEME, dans son ouvrage intitulé 'Pour une écologie numérique'. A ses yeux, « la première option a des allures d'évidence. La dématérialisation n'est-elle pas économe en kilomètres de transport et en matières premières ? Ne peut-on, grâce à des outils « intelligents », régler au mieux nos consommations de chauffage ou d'électricité ? Le papier ne s'efface-t-il pas derrière les données stockées sur un cloud ? Ce serait oublier la dimension énergivore des infrastructures matérielles nécessaires à cet enveloppement numérique de nos vies : réseaux, centres de stockage, utilisation de métaux rares, obsolescence rapide, etc. sans compter tous ces « besoins » de consommation créés par les possibilités numériques [...]. Alors, face à l'urgence climatique, que faire ? »

En détaillant les atouts et les écueils de nombreuses pistes (*smart cities*, voitures connectées, industries 4.0...), Éric Vidalenc nous invite plutôt à « remettre le numérique à sa place » : celle qui pourra nous apporter un mieux-être réel et davantage d'autonomie dans un monde plus juste et plus sobre.<sup>99,100,101,102</sup>

Le dilemme est ici de nature stratégique autant que politique et juridique, l'évocation devant le juge constitutionnel du principe de précaution attaché à la protection de l'environnement pouvant créer en la

<sup>98</sup> Reconnaissance faciale, 5G : les choix technologiques ne doivent plus échapper aux citoyens : [https://www.liberation.fr/debats/2020/01/30/reconnaissance-faciale-5g-les-choix-technologiques-ne-doivent-plus-echapper-aux-citoyens\\_1776194?fbclid=IwAR1m\\_5j5Smvb3azWOqegNrxTB2VO8WQmbokBZljG0lfzqqeHFuhHxBh98Po](https://www.liberation.fr/debats/2020/01/30/reconnaissance-faciale-5g-les-choix-technologiques-ne-doivent-plus-echapper-aux-citoyens_1776194?fbclid=IwAR1m_5j5Smvb3azWOqegNrxTB2VO8WQmbokBZljG0lfzqqeHFuhHxBh98Po)

<sup>99</sup> Pour une sobriété numérique : <https://theshiftproject.org/article/pour-une-sobriete-numerique-rapport-shift/>

<sup>100</sup> Equipements numériques: les autres poids lourds du climat : <https://www.euractiv.fr/section/climat/news/equipements-numeriques-les-autres-poids-lourds-du-climat/?fbclid=IwAR0oOn7sj5xxsroKZOC-RSrfTDPUFVDFXfYn7hDONqTMUp01WJcVRYWJrBho>

<sup>101</sup> Quand le stockage de données consommera plus d'énergie que le monde n'en produit :

[https://www.usinenouvelle.com/article/wmf2018-quand-le-stockage-de-donnees-consommerait-plus-d-energie-que-le-monde-n-en-produit\\_N714019](https://www.usinenouvelle.com/article/wmf2018-quand-le-stockage-de-donnees-consommerait-plus-d-energie-que-le-monde-n-en-produit_N714019)

<sup>102</sup> Le numérique, un univers énergivore en expansion : <https://www.connaissancedesenergies.org/le-numerique-un-univers-energivore-en-expansion-191025?fbclid=IwAR3UOGRxwC8KHmeXYANyCsuUvLVX6jn7zeT-oC3DRhPHezRlBkWLdBoqmPk>

circonstance une entrave rédhibitoire à la poursuite sans réserve de la transformation numérique de la puissance publique prise dans sa globalité.<sup>103</sup>

- *Les défis inhérents aux vulnérabilités d'Internet*

Par ailleurs, les vulnérabilités, risques et menaces qui pèsent sur la disponibilité en continu du web et d'Internet<sup>104,105,106,107</sup> sont de nature à engager les responsables des principales institutions démocratiques à mener une réflexion approfondie sur les risques pour les nations comme pour les puissances publiques d'un usage exclusif de cette infrastructure vulnérable à plus d'un titre.

- *Les défis posés à la France, comme à l'UE plus globalement, sont aussi de nature géopolitique*

Le président Emmanuel Macron a fait part à plusieurs reprises de l'intérêt majeur qu'il porte à ces questions, et plus particulièrement à l'intelligence artificielle, notamment lors du *Global Forum on AI for Humanity* où il déclara : " *L'innovation et la démocratie sont intrinsèquement liées* ».

Sa solution pour une IA de confiance ? Développer une approche européenne très différente de celle promue notamment par la Chine, très efficace, mais incompatible sur le plan de l'éthique. Emmanuel Macron écarte également le modèle américain, piloté par le marché, et caractérisé aujourd'hui notamment par des dérives monopolistiques<sup>108</sup>.

Mais aux discours de principe s'opposent parfois les faits, comme nous l'avons montré *supra*.

« *Il y a une indétermination consubstantielle à la démocratie : si la démocratie donne la souveraineté au peuple, le problème est de savoir quelles sont les formes de cette souveraineté.* » affirme Pierre Rosanvallon, professeur au Collège de France.

C'est là que se pose la question centrale de la souveraineté numérique.

Or la Chancelière allemande, Angela Merkel, a tiré la sonnette d'alarme à ce sujet : l'Europe doit impérativement reprendre sa souveraineté numérique et le contrôle de ses données face aux États-Unis. Il est urgent que l'UE développe sa propre plateforme de gestion de données et parvienne à s'émanciper des services Cloud des géants américains Amazon, Microsoft et Google.

Cet appel retentissant rejoint bon nombre d'autres interpellations publiques appelant à la mise en place urgente des conditions propices à l'émergence d'une véritable souveraineté numérique.<sup>109,110,111,112</sup>

#### **C - 4 Quelques pistes de progrès sur le registre du droit**

Les quelques éléments d'analyse exposés ci-avant suffisent à nous montrer que les conditions de déploiement au sein de la puissance publique française des évolutions technologiques ne sont pas encore suffisamment encadrées par ce qui apparaît aux citoyens comme la plus efficace des protections de la liberté dans leur République : le droit, et principalement le droit constitutionnel !

En priorité, l'Etat français doit repenser sa stratégie d'études d'impact des textes législatifs et réglementaires qu'il élabore, comme le requiert le Conseil économique, social et environnemental (CESE). France Stratégie

<sup>103</sup> *Le principe de précaution devant le Conseil constitutionnel* : <https://www.conseil-constitutionnel.fr/les-membres/le-principe-de-precaution-devant-le-conseil-constitutionnel>

<sup>104</sup> *What would happen if the Internet collapsed?* : <https://computer.howstuffworks.com/internet/basics/internet-collapse1.htm>

<sup>105</sup> *Vulnérabilité des services d'authentification web* :

[https://fr.wikipedia.org/wiki/Vuln%C3%A9rabilit%C3%A9\\_des\\_services\\_d%27authentification\\_web](https://fr.wikipedia.org/wiki/Vuln%C3%A9rabilit%C3%A9_des_services_d%27authentification_web)

<sup>106</sup> *Sécurité et vulnérabilité de l'Internet et des réseaux sous les océans* :

<https://www.mag-secur.com/news/id/36095/securite-et-vulnerabilite-de-l-internet-et-des-reseaux-sous-les-occeans.aspx>

<sup>107</sup> *En 2050, internet sera-t-il toujours debout ?* :

[https://www.cnetfrance.fr/news/en-2050-internet-sera-t-il-toujours-debout-39891341.htm?fbclid=IwAR1ds0GrZ20tS6b2Fb1FYpjTUhNaDLe\\_APaafIIP8yLWgWqHoduGxPI6tk](https://www.cnetfrance.fr/news/en-2050-internet-sera-t-il-toujours-debout-39891341.htm?fbclid=IwAR1ds0GrZ20tS6b2Fb1FYpjTUhNaDLe_APaafIIP8yLWgWqHoduGxPI6tk)

<sup>108</sup> *Macron défend une intelligence artificielle qui ne crée pas de gilets jaunes* :

<https://www.larevuedudigital.com/macron-defend-une-intelligence-artificielle-qui-ne-cree-pas-de-gilets-jaunes/>

<sup>109</sup> *Le cyberspace, nouvel espace de souveraineté à conquérir* : <https://www.geostrategia.fr/le-cyberspace-nouvel-espace-de-souverainete-a-conquerir/>

<sup>110</sup> *Droits et souveraineté numérique en Europe* : <https://blogrecherche.wp.imt.fr/2016/03/30/droits-souverainete-numerique-europe/>

<sup>111</sup> *Le devoir de souveraineté numérique* : <http://www.senat.fr/notice-rapport/2019/r19-007-1-notice.html>

<sup>112</sup> On relèvera que la France s'est mise en mouvement sur ce dernier registre en abordant cette dernière exigence sous ses volets technologique et industriel. Cf. le rapport parlementaire intitulé « Quantique : le virage technologique que la France ne ratera pas » : <https://www.defense.gouv.fr/salle-de-presse/communiques/communiques-du-ministere-des-armees/communiqu%C3%A9-conjoint-remise-des-conclusions-du-rapport-quantique-le-virage-technologique-que-la-france-ne-ratera-pas>

a reçu la mission de rechercher les voies et moyens qui permettront de moderniser les méthodologies requises la conduite de ces études d'impact.<sup>113</sup>

- *La Constitution ne saurait rester en l'état.*

Des potentialités de contrôle et d'implication démocratiques par les citoyens dans le fonctionnement de cette nouvelle puissance publique 2.0 dont les modes modernes de gouvernance, de gouvernement et/ou d'administration trouvent dans le numérique des potentialités, des exigences mais aussi des inquiétudes et des limites nouvelles qui ne sauraient rester sans traduction dans la loi fondamentale. De nouvelles valeurs, de nouveaux principes démocratiques inspirés par un humanisme et une éthique numériques ainsi que des droits et devoirs numériques nouveaux doivent pouvoir y trouver place.

Un nouveau contrat social qui prenne pleinement en compte les impacts comme les attentes démocratiques de cette révolution numérique sur le rapport de la nation aux différentes formes de cette puissance publique 2.0 en action doit rapidement émerger pour traduire explicitement dans la lettre et l'esprit de la loi fondamentale la promesse démocratique qu'elle entend et prétend servir.

Un député a proposé de faire inscrire dans le préambule de la Constitution une référence à la « *Charte de l'Intelligence Artificielle et des algorithmes 2020* », dont l'article 2 cite clairement les trois Lois de la robotique proposées jadis par Isaac Asimov. Cette proposition de loi constitutionnelle, qui regroupe cinq articles sous la forme d'une « *Charte de l'Intelligence Artificielle et des Algorithmes* »<sup>114</sup>, qui été soumise à l'Assemblée nationale le 15 janvier 2020, a pour objectif de responsabiliser juridiquement les créateurs de systèmes d'intelligence artificielle.

**A minima, l'adjonction d'une charte numérique à la Constitution – comme le fut jadis la charte sur l'environnement - constituerait indubitablement une première avancée significative des plus utile.**

Les textes proposés par l'ISOC<sup>115</sup>, par Privacy Tech<sup>116</sup> ou par le Cercle de la Donnée<sup>117</sup> apportent à cet égard des préconisations de choix.

- *L'Union européenne doit aménager son droit primaire*

**La Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne devra elle aussi être revisitée en vue de son adaptation à cette nouvelle réalité sociétale.** Et ce d'autant plus nécessairement que la force juridique - que lui confère sa portée constitutionnelle acquise dès l'entrée en vigueur du Traité de Lisbonne – lui assure un effet démultiplicateur à l'échelle de l'Union (aux restrictions près résultant du protocole n°30 sur l'application de la Charte des droits fondamentaux au Royaume Uni et à la Pologne annexé au Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne).

- *Vérifier si la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'Homme et des libertés fondamentales doit ou non être aménagée*

Quant à la **Convention européenne de sauvegarde des droits de l'Homme et des libertés fondamentales** dont nous avons souligné *supra* le rôle fondamental<sup>118</sup>, on entrevoit dans certains de ces droits et principes, notamment ceux liés au respect de la vie privée et familiale, la possibilité d'une prise en compte *de jure* de certaines considérations de droit et d'éthique relatives aux défis numériques identifiés dans la présente analyse. Il faudra le vérifier, et si tel n'est pas le cas, engager un processus d'extension du socle des droits et principes énoncés et protégés par la Convention.

<sup>113</sup> *Vingt ans d'évaluations d'impact en France et à l'étranger – Analyse comparée des pratiques dans six pays :*

<https://www.strategie.gouv.fr/publications/vingt-ans-devaluations-dimpact-france-letranger-analyse-comparee-pratiques-six-pays>

<sup>114</sup> *Proposition de Loi constitutionnelle relatif à la Charte de l'Intelligence Artificielle et des algorithmes :*

[https://cdn2.nextinpact.com/medias/intelligence-artificielle-et-des-algorithmes\\_proposition-de-loi-constitutionnelle.pdf](https://cdn2.nextinpact.com/medias/intelligence-artificielle-et-des-algorithmes_proposition-de-loi-constitutionnelle.pdf)

<sup>115</sup> *Pour la consécration constitutionnelle des droits fondamentaux des utilisateurs du numérique :*

<https://www.isoc.fr/petition-charte-du-numerique/>

<sup>116</sup> *#DigitalHumanRights : pour une déclaration des droits fondamentaux numériques, 4ème génération de droits de l'homme :*

<https://www.privacytech.fr/livre-blanc/>

<sup>117</sup> *Intelligence Artificielle : Le Cercle de la Donnée présente 12 propositions pour une meilleure utilisation de la donnée :*

[https://www.lemondedudroit.fr/publications/248-etudes-et-documents/66278-intelligence-artificielle-cercle-donnee-presente-12-propositions-meilleure-utilisation-donnee.html?fbclid=IwAR3b7GcCivv2WCimDgNmFwfPYIF7TqXJ6PIUzN6zkiF\\_sCLns5cUr1Xxi8](https://www.lemondedudroit.fr/publications/248-etudes-et-documents/66278-intelligence-artificielle-cercle-donnee-presente-12-propositions-meilleure-utilisation-donnee.html?fbclid=IwAR3b7GcCivv2WCimDgNmFwfPYIF7TqXJ6PIUzN6zkiF_sCLns5cUr1Xxi8)

<sup>118</sup> Dernier à être entré en vigueur (août 2018), le protocole n°16 annexé à la Convention prévoit la possibilité pour les plus hautes juridictions des Etats parties (Conseil constitutionnel, Conseil d'Etat et cour de cassation en France) d'adresser des demandes d'avis consultatif à la Cour européenne des droits de l'Homme (CEDH) sur des questions relatives à l'interprétation ou à l'application des droits et libertés définis par la Convention ou ses protocoles.

## En conclusion

Ce contexte de transformation et de métamorphose soulève de nombreuses interrogations concernant les modèles institutionnels dominants, les valeurs du service public, le fonctionnement des organisations, la répartition autant que l'exercice des pouvoirs et des compétences tant au sein de l'Etat qu'entre l'Etat et la nation qu'il ont vocation à servir, et, d'une manière générale, les légitimités traditionnelles des organisations publiques et des corpus de droit qui fondent les Etats de droit. Le numérique et l'intelligence artificielle, et la dématérialisation numérique à laquelle ils font de plus en plus appel, leur imposent une réforme globale concernant leurs structures, leurs pouvoirs, leurs compétences, leurs principes d'organisation, leurs outils de gestion, leurs mécanismes de coopération et d'évaluation de leurs rapports avec les citoyens et administrés, entre le centre et la périphérie, entre le public et le privé, entre les représentants élus et les électeurs.

Autant de problématiques qui ont besoin d'être adaptées à la gouvernabilité de nos sociétés contemporaines, laquelle requiert de privilégier l'approche inclusive et de contribuer au rétablissement des liens de confiance et de proximité entre les organisations publiques et les citoyens.

Mais beaucoup reste à faire pour qu'émerge un environnement éthique et juridique de confiance.

Au-delà des considérations d'ordre juridique et éthique relatives à l'Etat de droit exposées ici, d'autres réflexions de natures différentes doivent également être menées pour que l'être humain puisse préserver son humanité au sein d'un univers technologique impitoyable, et pour que, devant le déferlement numérique, les citoyens préservent leur souveraineté et leur liberté fondatrices de toute démocratie, sauf à considérer que la démocratie ne constituerait plus le régime politique le mieux approprié devant la virulence et la rapidité des transformations à l'œuvre, et/ou que la société humaine ne serait plus la finalité première de la chose publique. Trois tendances politiques se dessinent dans la société à venir : le libéralisme pro-technologique, le conservatisme pro-écologie et l'égalitarisme pro-écologie, qui renouvellent l'éternelle dispute entre la liberté, l'ordre et l'égalité. Sans pour autant épuiser la question de la place de l'Etat, et plus précisément de l'Etat de droit dans cette dispute. Cyber (in)sécurité et violation de nos vies privées ! Qu'importe les régimes ! Sous couvert de protection des citoyens, il se profile, pas à pas, une société de contrôle des individus pour les individus et par la technologie<sup>119</sup>. Dans son dernier ouvrage<sup>120</sup>, la philosophe Monique Canto-Sperber dénonce le déclin du libéralisme politique dans notre société et le possible avènement d'une "démocratie sans liberté"<sup>121</sup>.

Dès 2003, dans un ouvrage intitulé '*Les règles de la liberté*', Monique Canto-Sperber mit en évidence combien un certain nombre de valeurs libérales sont devenues d'une cruelle importance : l'emprise croissante de la science, la toute-puissance du marché, l'accroissement des moyens de contrôle et de surveillance ne mettent-ils pas en danger les libertés personnelles et la maîtrise des moyens d'action individuelle et collective ?

Il y aurait donc urgence à réhabiliter les valeurs de protection de la vie privée, d'égalité de traitement, de consentement, qui sont autant de pierres de touches de l'héritage libéral.

Selon Nicolas Tenzer, la tentation existe de reléguer les droits fondamentaux au second plan : « *Il est loin d'être assuré que la liberté soit l'une des valeurs cardinales auxquelles une grande partie de la population des pays démocratiques soit attachée – ou plutôt, cette liberté n'a pas la même acception chez ses différentes composantes. Ils ne lui associent pas la défense des droits, la recherche libre et discursive du vrai et l'émancipation. Précisément, soit la question de la vérité, qui est aussi une valeur, ne leur importe pas ; soit ils perçoivent la vérité comme simple produit de leur libre-arbitre. [...] Ce qui manque est la capacité de chacun à se représenter d'abord pour soi ce qu'est la liberté, ensuite au niveau social ce que peut signifier une société libre, enfin au niveau collectif quelles sont les dynamiques qui conduisent à la disparition de la liberté et pourquoi donc il faut aider et soutenir massivement tous les peuples qui luttent pour elle.* »

<sup>119</sup> L'effet Hawthorne : les mensonges technologiques qui mettent en péril nos « démocraties » :

<https://theconversation.com/leffet-hawthorne-les-mensonges-technologiques-qui-mettent-en-peril-nos-democraties-128324>

<sup>120</sup> La fin des libertés – Ou comment refonder le libéralisme : <https://www.philomag.com/les-livres/lessai-du-mois/la-fin-des-libertes-ou-comment-refonder-le-liberalisme-38187>

<sup>121</sup> Pour le philosophe Michel Lhomme : « *la post-démocratie est en train d'opérer une synthèse encore plus radicale, celle de l'autoritarisme numérique et de la démocratie libérale utilisant l'intelligence artificielle et les données recueillies pour surveiller et prévenir tout dérapage oppositionnel à la vision mondialiste car le numérique ne promet pas seulement une nouvelle économie pour réformer le monde, il promet aussi au gouvernement de lui permettre de mieux comprendre le comportement de ses citoyens pour les surveiller et les contrôler en permanence. Cette nouvelle réalité citoyenne offrirait ainsi aux gouvernants une alternative possible à la démocratie libérale d'hier restée trop gênante parce que source d'oppositions argumentatives. Il ne s'agirait plus d'éduquer mais de formater, à la lettre une éducation non plus critique à la Condorcet mais de la confiance à la Blanquer, soit la confiance en l'autorité immuable de l'administration des choses, prélèvement à la source et contrôle du privé par impôt et compteur Linky en prime, par solde de toute monnaie papier, par suivi informatique des déplacements et des pensées.* » Cf. *La Post-démocratie, une démocratie sans liberté ?* : <https://www.polemia.com/post-democratie-liberte/>

Mais l'urgence de Monique Canto-Sperber porte surtout sur une dérive plus sourde des régimes libéraux : les citoyens sont dépossédés de la politique. Par une politique centralisée qui, au nom de l'efficacité, fait peu de cas des corps intermédiaires ; par le discours « Tina » (pour « *There is no alternative* », citation attribuée à Margaret Thatcher) qui attaque le pluralisme politique, puisqu'il disqualifie d'emblée les autres options.

Monique Canto-Sperber en appelle donc fortement à renouer avec l'un des fers de lance de la tradition libérale : la liberté politique, celle qui, née au XVII<sup>e</sup> siècle chez les philosophes anglais et poursuivie par Montesquieu, s'incarne dans la citoyenneté, la participation à la vie publique, le fait de pouvoir faire entendre sa voix.

Reste à savoir où s'incarne ce libéralisme sur l'échiquier politique actuel, ou bien s'il n'est plus que l'apanage des intellectuels ; et quel avenir peut lui réserver l'avènement annoncé du transhumanisme et du posthumanisme<sup>122</sup> qui ne resteront pas sans effet sur la manière de répondre aux enjeux éthiques et philosophiques posés par le principe d'humanité, les innovations technologiques à venir étant en mesure d'amplifier les potentialités de ruptures ethno-socio-culturelles des travaux nombreux dédiés à cet avènement au nom d'un paradigme évolutionniste qui présente le risque majeur de pouvoir être interprété et appliqué de façon simpliste, brutale, aveugle, insensible et conduire à un monde posthumain de fait inhumain, barbare<sup>123</sup>.

Question plus fondamentale encore : la politique jouera-t-elle encore un rôle dans la société de demain ? Parviendra-t-elle alors à appréhender ces défis universels pour y apporter des réponses opportunes ?

« *L'hypertrophie du politique saute aux yeux, pourvu qu'on les ouvre. Sur un certain plan, tout se nivelle et se politise. Religion, grands et petits mythes, poésie, art, pensée, vie privée se trouvent politisés à l'extrême, situés politiquement, interprétés politiquement, combattus politiquement. [...]. Simultanément et conjointement, l'essence du politique se perd à force de généralisation inessentielle, et au seuil de la mondialisation l'usage du mot politique requiert des guillemets, pour ne pas parler de tous les mots et termes relatifs à la politique, tels que droit, justice, peuple, liberté, démocratie. La politique se dépolitise-t-elle en s'universalisant ? S'anéantit-elle en s'accomplissant ? Car au moment où la "politique" devient "affaire" publique mondiale [...], elle se dépolitise, devient un faire coupé de l'être et demeure aux prises avec l'avoir.* » (Kostas Axelos)

Quel paradoxe, souligne Jean-Claude Guillebaud, qu'à l'heure où les droits de l'homme sont devenus dans nos démocraties un credo politique universel, nous ne sachions plus dire ce qu'est l'humain : « *Une sourde inquiétude habite, à mots couverts, les innombrables débats et querelles que font surgir les trois révolutions - économique, numérique, génétique - qui nous assègent aujourd'hui et dont les effets se conjuguent. De la course aux biotechnologies aux vertiges du cyberspace, des manipulations génétiques aux tentations eugénistes, de la marchandisation du monde à la chosification de la vie, la même question, obsédante, se trouve posée jour après jour : saurons-nous encore définir - et défendre - l'irréductible humanité de l'homme ?* »<sup>124</sup>

Faut-il en rester à un tel constat pessimiste ou, *a contrario*, peut-on espérer un sursaut ?

Dans l'article mentionné *supra*, Julien De Sanctis termine son propos ainsi : « *Dans ce contexte, le problème fondamental ne concerne pas tant le respect de la vie privée que la défense et la promotion active d'une vie subjective individuelle et collective, soit, en bref, d'une vie politique. C'est donc le modèle dominant de l'économie numérique qui doit être révisé. La dépolitisation individuelle et collective dont la gouvernementalité algorithmique est porteuse doit être combattue par sa symétrique inverse, à savoir une re-politisation individuelle et collective.*

*Ne nous y trompons pas : il s'agit d'un défi démocratique, et non technocratique. Alors que les démocraties représentatives affrontent des défis d'ampleur inédite tels que la crise écologique et la menace d'un populisme désinformateur que de nombreux grands noms du numérique encouragent ou, au mieux, favorisent par leur inaction, la revalorisation de la citoyenneté via de nouvelles formes d'engagement politique et d'action hors les urnes semble regagner du terrain. Cette « renaissance », en partie conduite par une jeunesse qui se sait plus que jamais en danger, témoigne bien d'un désir de politique.*

*Il y a là une formidable opportunité de revitalisation de la démocratie, par l'exercice démocratique lui-même. Alors que le dataïsme propose d'accentuer l'exsanguination politique au profit de la seule gestion économique, nous pouvons au contraire associer activement l'expertise à la citoyenneté et construire un avenir commun ! Comment ? En utilisant les outils rigoureux de la démocratie technique pour réguler l'économie des données dominante et déterminer quelles sont les causes et modes légitimes de récoltes.*

<sup>122</sup> *Transhumanisme: Quel genre d'homme vivra demain ? :*

<https://www.place-publique.fr/index.php/alaune2/transhumanisme-genre-dhomme-vivra-demain/>

<sup>123</sup> *Humanisme, transhumanisme, posthumanisme :*

[https://iatranshumanisme.com/wp-content/uploads/2015/11/arti10\\_gilberthotais.pdf](https://iatranshumanisme.com/wp-content/uploads/2015/11/arti10_gilberthotais.pdf)

<sup>124</sup> *Le principe d'humanité (Jean-Claude Guillebaud) :*

<http://www.seuil.com/ouvrage/le-principe-d-humanite-jean-claude-guillebaud/9782020474344>

*Face à ce défi, la robotique sociale encore naissante devra choisir son camp : embrasser ce qui se fait déjà ou se développer selon un modèle alternatif où la notion de « robot compagnon » n'est pas l'hypocrite synonyme de « robot espion ». C'est dans cette ouverture à l'alternative que réside la véritable innovation. »* En 1974 le philosophe allemand Hans Jonas relevait que la puissance démesurée acquise par l'homme demande à définir une nouvelle éthique qui tienne compte de ses responsabilités à l'égard de ses semblables, mais aussi de son environnement et des générations futures<sup>125</sup>.

Bernard E. Harcourt, professeur de philosophie politique et de droit, affirme que nous avons tort de comparer les sociétés de surveillance à 1984 : « nous ne sommes pas face à une dictature cherchant à atténuer nos désirs, au contraire. C'est pour cela que nous n'allons pas résister en limitant notre accès aux écrans, ceux de nos proches ou de nos enfants. Ça ne va pas marcher et ça ne peut pas marcher car nous éprouvons tellement de jouissance dans ce nouveau monde, tellement de plaisir dans le numérique, qu'on ne peut l'arrêter en remontant le temps et décélérant... Chez Orwell, les résistances sont rendues possibles car les habitants avaient envie d'autre chose : ils voulaient du café, du thé, du rouge à lèvres, une chambre à eux pour voir leurs amants, tous nos petits plaisirs qui leur étaient défendus. Aujourd'hui, c'est non seulement autorisé, mais même encouragé ! C'est comme ça que ça marche : en nous séduisant et en nous incitant à exposer nos désirs [...] c'est effrayant que la résistance doit dépendre de vouloir et non devoir, changer le monde. Or, c'est le plus grand défi puisque nous sommes face à un système reposant sur le désir. »<sup>126</sup>

Pour Bernard Stiegler : « Tout n'est pas à désespérer, mais tout le monde est désespéré [...]. Il faut assumer et verbaliser cet état de fait, en faire un objet de débat et un espace de projections. Il faut arrêter de faire de la dénégation, de dire que tout s'arrangera : cela ne s'arrangera que si l'on s'en occupe. Il faut pour cela analyser le processus qui suscite tant de souffrance. Dans la disruption se produit l'accomplissement du nihilisme au sens où Nietzsche le décrit : comme destruction de toutes les valeurs. C'est ce que nous vivons aujourd'hui à travers une économie de la donnée exclusivement prédatrice, qui repose sur l'élimination des singularités par le calcul. Tout cela paraît sinistre.

*Et, pourtant, c'est là que s'ouvre aussi la possibilité d'élaboration de ce qui n'est peut-être pas seulement une nouvelle époque, mais une nouvelle ère. Il ne s'agit ni de ralentir, ni de sortir de la société industrielle, ni d'arrêter la disruption, mais de transformer la vitesse en temps gagné pour penser et de mettre l'automatisation au service de la désautomatisation qu'est la pensée.*

*Avec Ars Industrialis, je pose qu'il faut se réapproprier le numérique pour produire ce que le physicien Erwin Schrödinger a nommé « l'entropie négative » : la diversification du vivant qui s'oppose à l'entropie, la tendance à la dégradation des systèmes physiques.*

*Cela suppose une « bonne disruption » : tout remettre en question, non pas en court-circuitant la délibération mais, au contraire, en en faisant l'objet même de la délibération, pour changer les méthodes dans tous les secteurs - enseignement, travail, urbanisme, recherche, citoyenneté... »*

Andrew Feenberg, l'un des principaux philosophes de la technique en Amérique du Nord, se refuse aussi à n'envisager que les effets néfastes des réseaux. « Je partage avec Bernard Stiegler la conviction qu'il existe des possibilités d'avenir sans qu'il soit pour autant nécessaire de sortir du monde des réseaux. Nous pouvons agir sur lui de l'intérieur en mobilisant la résistance immanente théorisée par Lukács. Le système, en ce qu'il est formel, produit un résidu qu'il ne peut absorber. Cette résistance immanente me semble détectable dans l'émergence de mouvements sociaux agrégés autour des intérêts que défendent ceux qui y participent. »<sup>127</sup>

Tout en relevant que la capacité d'agir, de s'opposer, émerge d'autant plus aisément que l'opposition est identifiable, comme c'est le cas au sein des sociétés disciplinaires, ou qu'elle est structurelle, ainsi qu'on l'observe dans le développement de l'enfant.

Ce mécanisme, tel le pharmakon de Derrida, est remis en cause dès lors que les contraintes deviennent moins perceptibles.

*« Nul n'a de raisons d'entrer en résistance si le système lui offre ce qu'il veut. Cette coïncidence, entretenue par la publicité et par la promotion d'un cadre de vie individualiste, efface toute forme de négativité, toute possibilité de résistance. Elle équivaut, selon Marcuse, à un « fascisme amical » qui préfigure étonnamment la période actuelle. »*

<sup>125</sup> Technologie et responsabilité. Pour une nouvelle éthique : [https://esprit.presse.fr/article/jonas-hans/technologie-et-responsabilite-pour-une-nouvelle-ethique-29965?fbclid=IwAR31bqk9Slhc62sVTkXwtMEu3dFUg\\_K9ekXkvR5rO1D9So61WaXpGMMpUwU](https://esprit.presse.fr/article/jonas-hans/technologie-et-responsabilite-pour-une-nouvelle-ethique-29965?fbclid=IwAR31bqk9Slhc62sVTkXwtMEu3dFUg_K9ekXkvR5rO1D9So61WaXpGMMpUwU)

<sup>126</sup> La société d'exposition, désir et désobéissance à l'ère numérique : <https://usbeketrica.com/article/le-numerique-est-beaucoup-plus-fute-et-tenace-que-l-humain?fbclid=IwAR3pUKHqaQktdBQ9D9Btk0RKeX2t0oc02QTS4PTFFucg0ITlvsdtNjDNoQ>

<sup>127</sup> Capacités d'agir à l'ère numérique : <https://esprit.presse.fr/article/andrew-feenberg/capacites-d-agir-a-l-ere-numerique-42511?fbclid=IwAR2sGdcFrGJZZXWmp6kPN3a48ICknevArnNCu9nqcD3pmb4h-OxTrBzIwsU>

Dans un ouvrage de référence intitulé *‘Du mode d'existence des objets techniques’*, Gilbert Simondon<sup>128</sup> interroge la manière de redonner à la technique le statut qui lui revient dans la culture et comprendre les vraies sources de l'aliénation dont on l'accuse d'être la cause. Trop souvent, en effet, la réalité technique a été jugée selon l'opposition entre contemplation et action, théorie et pratique, loisir et travail. Ces oppositions ne sont pas adéquates, car l'objet technique ne se définit pas essentiellement par son caractère utilitaire, mais par son fonctionnement opératoire.

Pour ce philosophe, il faut attribuer à l'objet technique un statut ontologique à côté de celui de l'objet esthétique ou de l'être vivant, en comprenant le sens de sa genèse. Il est alors possible d'étudier les relations de l'homme avec la réalité technique, notamment du point de vue de l'éducation et de la culture.

Mais c'est aussi la genèse de la technicité elle-même qu'il faut comprendre, par l'analyse de l'ensemble des relations fondamentales de l'homme au monde.

S'inscrivant dans la ligne de pensée de Simondon, les travaux de Martin Heidegger<sup>129</sup> et Ivan Illich<sup>130</sup> sur la technologie comme outil de l'humain - et non l'inverse - sont ici essentiels.

Rien n'interdit de penser que de nouveaux grands penseurs apparaîtront qui prendront à bras le corps l'ensemble de ces défis pour y apporter les réponses humanistes et politiques attendues.

« *Faisons face au temps comme il nous cherche* » (Shakespeare)

*"Les optimistes enrichissent le présent, améliorent l'avenir, contestent l'improbable et atteignent l'impossible"* (William Arthur Ward)

---

<sup>128</sup> Gilbert Simondon, sur la technique : [https://sips.univ-fcomte.fr/notices/document.php?id\\_document=3070&langue=de](https://sips.univ-fcomte.fr/notices/document.php?id_document=3070&langue=de)

<sup>129</sup> Heidegger et les critiques de la technique : une clarification des enjeux : <http://sens-public.org/article1060.html?lang=fr>

<sup>130</sup> Ivan Illich : [https://cdn.theconversation.com/static\\_files/files/362/Illich\\_et\\_la\\_technologie.PDF?1542577500](https://cdn.theconversation.com/static_files/files/362/Illich_et_la_technologie.PDF?1542577500)