

Mieux adapter le droit aux défis posés à l'Etat de droit par le numérique

– Analyse du cas particulier de la France

Auteur : **Patrice Cardot**

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.

Des initiatives de gouvernement ouvert, souvent désigné comme l'e-gouvernement, l'administration numérique ou la démocratie 2.0¹, 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.

La présente contribution propose une exploration des processus de transformation numérique qui opèrent aujourd'hui en France, une analyse des inquiétudes qu'ils soulèvent et un questionnement sur la nature démocratique de l'Etat de droit 2.0. Elle prend appui sur les développements d'une étude beaucoup plus complète portant sur le même thème.²

La transformation numérique à l'œuvre en France

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 administrations³ 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^{4,5,6}, et celles développées autour du numérique au service des territoires⁷ ou autour de l'open data⁸).

¹ *Vers une démocratie 2.0 ?* : <https://digital-society-forum.orange.com/fr/les-forums/901-vers-une-democratie-20>

² *De l'adaptation de l'Etat de droit aux défis du numérique – Analyse du cas particulier de la France – Patrice Cardot* (Collection Carte blanche - Entremises Editions - ISBN 978-2-37168-276-4)

³ 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-mediation-entre-citoyens-administrations>

⁴ *Le numérique : instrument de la transformation de l'État* :

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

⁵ *La direction interministérielle du numérique et du système d'information et de communication de l'État (DINSIC)* :

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

⁶ *franceconnect.gouv.fr* : <https://franceconnect.gouv.fr/>

⁷ *Administration numérique : un nouveau programme DCANT 2018-2020* :

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

⁸ www.lebigdata.fr/open-data-definition

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), 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*⁹ apparaissent ... Les technologies et les services qui se développent autour du protocole novateur de la blockchain émergent à un rythme effréné.

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 concernés par l'*illectronisme* (parce qu'ils ne sont pas équipés de smartphone, tablette ou ordinateur, ne les maîtrisent pas, ou ne disposent pas d'accès internet). Et un Français sur cinq a déjà abandonné avant la fin une démarche administrative entreprise en ligne.

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 2022. 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 d'une enquête de UFC Que-Choisir, nous en sommes encore loin.

Cette situation est également relevée par la Commission européenne qui procède au suivi de l'état d'avancement de l'Europe numérique au sein de ses Etats-membres^{10,11}.

Le Gouvernement s'est engagé, lors du 3e comité interministériel de la transformation publique (CITP) à ce que, en 2022, 250 démarches administratives « phares » soient accessibles en ligne pour les citoyens, avec un haut niveau de qualité. 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^{12,13}. D'autres ministères se sont également engagés à développer leurs propres algorithmes, illustrant la volonté de l'État de mobiliser les données qu'ils recueillent, notamment dans le but de contribuer à la préservation d'emplois et à la pérennité d'entreprises.

⁹ Cf. <http://legal-tech.fr/legaltech>

¹⁰ Cf. <https://www.arcep.fr/cartes-et-donnees/nos-publications-chiffrees/les-rapports-de-la-commission-europeenne-sur-letat-davancement-de-leurope-numerique.html>

¹¹ DESI country profile : <https://ec.europa.eu/digital-single-market/en/scoreboard/france>

¹² 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/>

¹³ 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/>

Par ailleurs, l'Arcep (Autorité de régulation des communications électroniques, des postes et de la distribution de la presse) a vu ses missions s'étendre aux enjeux de la révolution numérique à l'œuvre (messageries, régulation par la donnée), ce qui l'a conduit à faire évoluer sa culture et l'organisation de son travail pour devenir une « administration libérée », en même temps qu'à entreprendre de nouveaux travaux de mutualisation menés avec d'autres régulateurs : l'AMF, l'Autorité de la Concurrence, l'ARJEL, l'ART, la CNIL, la CRE, le CSA et la HADOPI.^{14,15}

La crise du Covid-19 a été l'occasion pour l'Etat d'accélérer et d'amplifier le recours aux technologies numériques dans sa gestion des différents volets de son intervention au profit des populations, soulevant alors de nombreuses interrogations et craintes quant aux risques encourus par un usage aussi systématisé, dans un contexte d'état d'exception suspecté de favoriser l'émergence de comportements erratiques en regard des valeurs et principes démocratiques les plus fondamentaux.

- *La République s'organise pour protéger la nation et le citoyen contre les dérives et les risques potentiels ou avérés du numérique.*

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, 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.

En 2016, une loi pour une République numérique (*Republique 2.0*) 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.

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. Mais est-ce véritablement suffisant en regard de l'ampleur des enjeux éthiques ?

- *Protection des données personnelles*

L'État est devenu, 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* ».

Une autre 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'¹⁶, a été promulguée le 20 juin 2018. Cette loi n'aménage que quelques points de la précédente dite « loi CNIL » de 1978, afin notamment de répondre aux évolutions technologiques et sociétales. Les missions de la CNIL (Commission nationale de l'informatique et des libertés) 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, tout en tirant parti des souplesses de ce dernier.

La loi du 20 juin 2018 vient la compléter en ajoutant d'autres dérogations à celles inscrites dans la loi précédente.

¹⁴ Cf. <https://www.arcep.fr/larcep/nos-missions.html>

¹⁵ *Référentiel des usages numériques* (Arcep – CSA) : https://www.arcep.fr/fileadmin/cru-1611912788/user_upload/pole-numerique-arcep-csa/referentiel-arcep-csa-usages-numeriques_fev2021.pdf

¹⁶ 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>.

Désormais, la loi ouvre 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) afin d'éviter le recul de l'Etat de droit qu'occasionnerait l'incapacité des administrés à contester les décisions les concernant, interdiction d'utiliser des données sensibles¹⁷.

De son côté, l'Académie des Technologies, dans son avis rendu public en avril 2020¹⁸, considère que l'amplification de la circulation des données numériques peut assurer une résilience accrue de la société française et européenne en renforçant son indépendance et sa souveraineté, tout en respectant ses valeurs fondamentales et ses lois. Mais elle ne doit obérer ni la protection de la vie privée, ni le respect des libertés individuelles, ni les droits de propriété. Plus généralement, cette circulation peut et doit être guidée par l'intérêt général et ne pas remettre en cause les valeurs fondamentales de notre société. Elle déplore que cette circulation existe sous des formes variées et largement sous-contrôlées, que ces données sont thésaurisées le plus souvent dans des les entrepôts numériques de quelques grands groupes mondiaux, et que le « *Cloud Act* » américain permet au gouvernement américain d'avoir accès à toutes les données numériques situées sur son sol¹⁹. Elle alerte sur le risque qu'à l'occasion de la crise pandémique du Covid-19 qui participe à accélérer le recours au numérique, soit confié implicitement à quelques plateformes numériques mondiales le soin d'organiser les échanges constitutifs de notre société. Enfin, elle souligne l'importance du développement de solution de fédération de clouds européens, et appelle à la labellisation ses solutions de circulation des données en Europe par des standards européens.

L'explosion du nombre d'actes délictueux sur les réseaux numériques²⁰ aurait dû conduire l'UE comme les Etats, incapables d'assurer un niveau de sécurité approprié, à modérer leur inclination à la dématérialisation des activités de communication et d'échanges au profit des missions de service public. Or, il n'en a rien été.

En France, la Gendarmerie nationale ayant su développer un socle de compétences scientifiques et techniques de premier plan sur le registre numérique qui la place en position de leader étatique incontestable dans la recherche de solutions techniques permettant de s'affranchir des vicissitudes inhérentes à une trop forte dépendance technologique et opérative aux GAFAM et à leurs satellites anglo-saxons, c'est sur elle que l'Etat s'est appuyé pour la mise en place du dispositif gouvernemental d'assistance et de prévention du risque numérique au service des publics.²¹

¹⁷ *Le rôle du juge face aux décisions administratives algorithmiques* :

<https://news.predictice.com/le-r%C3%B4le-du-juge-face-aux-d%C3%A9cisions-administratives-algorithmiques-d3b263e8eedb>

¹⁸ *Pour une circulation vertueuse des données numériques* :

<https://www.academie-technologies.fr/blog/categories/publications-de-l-academie/posts/pour-une-circulation-vertueuse-des-donnees-numeriques>

¹⁹ Voir notamment à cet égard : *US Defense Intelligence Agency admits to buying citizens' location data*

<https://www.theverge.com.cdn.ampproject.org/c/s/www.theverge.com/platform/amp/2021/1/22/22244848/us-intelligence-memo-admits-buying-smartphone-location-data?fbclid=IwAR35myx0Pa1QDX2r20qNur7Q2XuX8xHHsH15J8ZXPkCFbuUiX39O941OOSQ>

²⁰ *3 milliards de mots de passe dans la nature : Gmail, Hotmail, Netflix ou encore LinkedIn concernés* :

<https://www.lesnumeriques.com/vie-du-net/3-milliards-de-mots-de-passe-dans-la-nature-gmail-hotmail-netflix-ou-encore-linkedin-concernes-n160415.html>

²¹ Cybermalveillance.gouv.fr a pour missions d'aider les entreprises, les particuliers et les collectivités victimes de cybermalveillance, de les informer sur les menaces numériques et de leur donner les moyens de se défendre.

- *La manipulation de l'information, des opinions et des comportements*

Avec l'espionnage industriel qu'a largement favorisé l'encouragement par les pouvoirs publics à recourir au télétravail pendant la crise pandémique de la Covid19, le *phishing*, la manipulation de l'information est devenue un autre grand fléau de la pandémie virale, puisant notamment sa raison d'être dans la méconnaissance scientifique du virus comme dans la volonté de certains 'influenceurs' de profiter de la crise pour miner la confiance des populations envers leurs gouvernements. Aussi, pour lutter contre ce phénomène, l'UE a, dès le début de la crise sanitaire, incité les plateformes à lutter contre les fausses informations en leur demandant de supprimer les contenus illicites.

C'est ainsi que Twitter a été amené à fermer plusieurs millions de comptes. Elle a également demandé aux Etats de mettre fin aux fausses informations relatives à la circulation du virus.

Expert de l'intelligence stratégique sur le registre numérique, Franck DeCloquement nous alerte sur les risques de manipulation des opinions et des informations par les principaux réseaux sociaux en ligne : « *Les géants de la Big Tech représentent une réelle menace pour nos nations occidentales. Car le vrai danger des GAFAs n'est pas tant qu'ils trustent le marché de l'information traditionnel, mais qu'ils ébranlent par ce biais le fonctionnement même de nos démocraties. [...] Ne l'oublions pas, ces « mediums 2.0 » (au sens de Marshall McLuhan) que sont en réalité ces plateformes de mise en contact « universelle », ne sont pas neutres : bien au contraire. Alors que les GAFAs se présentent encore comme de simples « hébergeurs » (comme l'affirme la loi française) pour s'exonérer visiblement de toutes responsabilités pénales (ce que permet leur statut de droit privé américain), de plus en plus de voix s'élèvent dans l'hexagone pour les assujettir aux principes de la loi de 1881 sur la presse. Ces opérateurs exercent en réalité par cette entremise labile généralisée d'une multitude d'acteurs – via leurs différentes interfaces – un magistère intellectuel et une emprise stratégique certaine, peu ou prou formateur d'opinions. Ce ne sont naturellement pas des acteurs passifs, bien au contraire, comme l'a révélé en outre l'affaire « Cambridge Analytica » et ses divers accès négociés aux données utilisateurs massives détenues par Facebook. Pour preuve également de ce que nous avançons, les différents « contrats » passés par certains gouvernements pour réguler ce qui se passe en ligne sur leurs différents réseaux, en prévision de la tenue des prochaines élections présidentielles. L'exécutif français au premier chef. Facebook avait été d'ailleurs pris la main dans le sac par les autorités américaines, suite à une « expérience de sociologie active » à grande échelle, en lien avec la « contagion des émotions ». La plateforme sociale avait en effet conduit une expérience très secrète sur les internautes en manipulant le flux d'actualité de 700.000 utilisateurs, mais sans que ces derniers n'aient donné leur accord explicite. Cette découverte inopinée avait suscité une très forte vague d'indignation aux Etats-Unis. Le réseau social s'était alors abrité derrière une clause de sa « Politique d'utilisation des données » : « nous pouvons utiliser les informations que nous recevons à votre sujet pour des opérations internes, dont le dépannage, l'analyse des données, les tests, la recherche et l'amélioration des services ». Mais peut-on dignement assimiler les « toutes petites lignes » d'un document que peu d'internautes lisent, à un consentement éclairé ? »²²*

https://www.cybermalveillance.gouv.fr/?fbclid=IwAR0jLdMTFFsy5jZi2NEN4HWXpA8D8thkZBsdRdd7f6HnVFnwX_X5L-i57Hs

Voir également le guide de bonnes pratiques sur la gestion des attaques de ransomware élaboré par l'ANSSI, en partenariat avec la direction des Affaires criminelles et des grâces :

https://www.ssi.gouv.fr/uploads/2020/09/anssi-guide-attaques_par_rancongiels_tous_concernes-v1.0.pdf

²² Pourquoi il devient urgent de sauver nos démocraties de la technologie :

https://www.atlantico.fr/decryptage/3594226/pourquoi-il-devient-urgent-de-sauver-nos-democraties-de-la-technologie-franck-decloquement?fbclid=IwAR0dccA1rmIXUKIVmAiOQszT_ssz_i1aOKN0ULGnZOCOj_tfCf5ncnPa6NA

De leurs côtés, les Académies des Sciences, de Médecine, de Pharmacie et des Technologies mettent en garde collectivement, avec insistance et gravité, les citoyens contre la fausseté des informations propagées à propos de la gestion de la crise pandémique : « *Leur diffusion au sein de notre société, notamment auprès des plus jeunes, est de nature à compromettre le fondement rationnel des actions de santé publique nécessaires pour le contrôle de la pandémie en cours, qu'il s'agisse des mesures de distanciation, de confinement, de traçage des cas contacts ou de la mise en place espérée proche d'une vaccination. Au-delà de la santé, les attaques contre la science affectent aujourd'hui de nombreux aspects de la vie de nos sociétés. Ces attaques invitent scientifiques, éducateurs, professionnels des médias et citoyens à la plus grande vigilance. Il faut poursuivre auprès de tous la recherche des réponses appropriées et les efforts de pédagogie et de transparence sur l'état des connaissances scientifiques et technologiques, qui évoluent rapidement.* »²³

Face à la nouvelle menace contre la démocratie que constitue la diffusion de fausses nouvelles, le Parlement britannique a mis en place une commission d'enquête ; le Parlement allemand a légiféré ; les autorités italiennes ont mis en place une plateforme de signalement de fausses nouvelles.

La France ne pouvait rester immobile. Une loi contre la manipulation de l'information a donc été adoptée en novembre 2018 puis validée par le Conseil constitutionnel en décembre 2018. Le texte s'attaque à la diffusion massive et extrêmement rapide des fausses nouvelles *via* les outils numériques, notamment les tuyaux de propagation que sont les réseaux sociaux et les médias sous influence d'un État étranger. Si l'attention est particulièrement portée sur les périodes de campagne électorale, juste avant et durant les élections, pour concentrer les outils sur le vrai danger, c'est-à-dire les tentatives d'influencer les résultats d'élections, elle s'est également penchée sur la déontologie de la presse, en invitant à instaurer une instance de déontologie de la presse associant journalistes, éditeurs et société civile – cette proposition pouvant se traduire par un texte législatif ou réglementaire.^{24,25}

Force est de déplorer l'absence de dispositions à l'égard du risque de diffusion massive et extrêmement rapide de fausses nouvelles au travers des principaux médias nationaux dont les actionnaires entretiennent simultanément des rapports d'actionnariat étroits avec les grands opérateurs de communication numérique, au point d'apparaître comme des oligarques de fait.²⁶

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

Parmi les principales sources d'inquiétude qui émergent à l'égard de l'action de l'Etat figure la persistance de nombreuses défaillances et vulnérabilités au cœur même de ses propres institutions.

- *Au sein de l'exécutif, la dématérialisation des services publics interroge par son caractère impératif.*

Bien qu'en vigueur depuis plusieurs années, les nouvelles obligations de transparence nées de la loi Numérique demeurent assez largement ignorées des acteurs publics. C'est ce que révèle un rapport rédigé par des élèves de l'ENA consacré aux difficultés rencontrées par les

²³ Communiqué tétra-académique de l'Académie des sciences, l'Académie nationale de médecine, l'Académie nationale de Pharmacie et l'Académie des technologies - Paris, le 26 novembre 2020 :

<https://www.academie-sciences.fr/fr/Rapports-ouvrages-avis-et-recommandations-de-l-Academie/hold-up-sur-la-science.html>

²⁴ Cf. <https://www.gouvernement.fr/action/lutte-contre-la-manipulation-de-l-information>

²⁵ NB : Aujourd'hui, aucun texte ne s'attaque à la diffusion massive et extrêmement rapide des fausses nouvelles *via* les outils numériques, notamment les tuyaux de propagation que sont les réseaux sociaux et les médias sous influence d'un acteur politique national entretenant des relations particulières avec les principaux actionnaires des grands opérateurs numériques nationaux ou étrangers et les propriétaires des médias mainstream intervenant au sein du paysage audiovisuel national.

²⁶ Les oligarchies de fait sont les sociétés dont le gouvernement est constitutionnellement et démocratiquement ouvert à tous les citoyens mais où en fait ce pouvoir est confisqué par une petite partie de ceux-ci

administrations²⁷. Ce nouveau cadre juridique est perçu par les administrations « *comme une contrainte et une tâche d'une ampleur incompatible avec les moyens disponibles* », notent les élèves de l'ENA à la suite de multiples auditions. De « *nombreux interlocuteurs rencontrés* » ont ainsi indiqué que les moyens humains et financiers dont ils disposaient n'étaient « *pas suffisants* » pour mettre en œuvre les obligations introduites par la loi pour une République numérique. Ce qui explique probablement pourquoi (très) rares sont les acteurs publics à s'être pliés à ce nouveau cadre légal.

La réglementation *a priori* classique peut se trouver dépassée par la difficulté à appréhender un environnement en évolution continue et à l'horizon inconnu. 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, qui vient compléter les outils traditionnels du régulateur. Celle-ci combine responsabilisation des acteurs, capacité renforcée d'analyse du régulateur, et information des utilisateurs²⁸ 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 ...

Un autre point fondamental mérite toute notre attention. Il est apparu en novembre 2019 que contraindre les usagers des services publics à passer par Internet pour leurs démarches pourrait bien être illégal. 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 soit les décisions préfectorales qui mettent en place les téléservices sans autre recours possible, qui sont illégales. Des associations attaquent en justice les préfetures concernées.

Le recours de plus en plus systématique aux algorithmes par l'administration soulève de très nombreuses interrogations.

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 !

Le rapport évoqué *supra* s'arrête également sur les problématiques liées à l'explicitation du fonctionnement des algorithmes publics : « *Les informations fournies à la demande de l'intéressé dans le cadre d'une décision individuelle prise sur le fondement d'un algorithme (article R.311-3-1-2 du CRPA) sont mal appréhendées par les administrations. Celles-ci sont nombreuses à faire état de leur difficulté à traduire de manière opérationnelle les obligations*

²⁷ *Ethique et responsabilité des algorithmes publics* (Rapport établi à la demande de la mission Etalab - direction interministérielle du numérique et du système d'information et de communication de l'Etat) : <https://www.etalab.gouv.fr/wp-content/uploads/2020/01/Rapport-ENA-Ethique-et-responsabilite%C3%A9-des-algorithmes-publics.pdf>

²⁸ Entendu comme l'ensemble des utilisateurs finals des services sur le marché de détail (consommateurs, usagers, professionnels, etc.)

prévues et à identifier le degré d'information devant être apporté aux administrés afin d'être conforme au cadre juridique. »

Un tableau détaillant les éléments d'explication à fournir a ainsi été élaboré, et agrémenté d'exemples. On peut notamment y lire que les administrations doivent « *retracer – sous une forme littérale – les calculs réalisés par l'algorithme. La combinaison de ces différentes informations doit permettre de vérifier si, par rapport à la situation et aux données, les résultats obtenus sont conformes.* » Une consigne malheureusement pas toujours bien appliquée

Pourtant, les auteurs du rapport disent avoir constaté « *que certaines administrations avaient pris des mesures d'organisation pour répondre aux obligations propres à l'usage des algorithmes* ». Si la mise en œuvre de ces réformes nécessite un « *investissement supplémentaire* », celui-ci « *reste modeste par rapport à l'ampleur des réorganisations nécessaires pour se conformer au RGPD* ». « *Plus qu'une réelle incapacité matérielle à remplir ces obligations* », nuance ainsi le rapport, « *ce sentiment semble nourri par une forme d'incompréhension du cadre juridique récent* ». L'ampleur des obligations prévues par la loi Lemaire fait en effet « *l'objet d'interprétations diverses* ». En oubliant parfois, comme l'ancien président du Conseil Pierre Mendès-France l'affirma jadis, que : « *La démocratie est d'abord un état d'esprit.* »

Loin de jeter la pierre aux pouvoirs publics, le rapport souligne malgré tout que la loi pour une République numérique a été adoptée « *sans réelle contribution de la part des administrations* », alors que « *le processus d'écriture de cette loi fait figure de modèle en ce qu'il a, pour la première fois, autorisé des contributions ouvertes afin d'informer le travail législatif* ». Les auteurs voient ainsi dans cette « *rencontre manquée* » un signe de « *l'insuffisante acculturation des administrations aux enjeux du numérique* », d'où résulte aujourd'hui « *une certaine frustration de leur part au moment où elles se trouvent confrontées aux difficultés de mise en œuvre de ces nouvelles obligations* ».

Les yeux rivés vers l'avenir, le rapport préconise un « *accompagnement renforcé* » des administrations, qui passerait notamment par une consolidation des moyens dévolus au département Etalab. Le récent guide sur les algorithmes publics gagnerait à être enrichi, estiment les élèves de l'ENA, « *afin de répondre aux interrogations des administrations et assurer une application homogène des dispositions relatives aux algorithmes* ». Pour les auteurs du rapport, la mise en conformité avec les nouvelles obligations nées notamment de la loi Lemaire doit aussi « *être l'occasion de sensibiliser plus largement les administrations aux questions de responsabilité et d'éthique liées à l'usage des algorithmes* ».

Les jeunes énarques s'inquiètent ainsi du « *caractère encore embryonnaire de la réflexion éthique autour des algorithmes au sein des administrations – qu'il s'agisse de l'État ou des collectivités* ».

Garde-fou « *nécessaire mais non suffisant* », les obligations de transparence en vigueur ne peuvent pourtant garantir la loyauté des algorithmes, soulignent-ils. « *Intervenant après la conception ou la prise de décision, la transparence fonctionne avant tout comme une corde de rappel pour les administrations qui doivent intégrer cette exigence de loyauté dès la conception des traitements auxquels elles ont recours.* » Et surtout, de nombreuses dérogations existent (pour les algorithmes qui n'aboutissent pas à des décisions individuelles, pour ceux protégés par le secret défense, etc.). Le rapport soutient que « *la nécessité de réguler les algorithmes se pose avec une acuité particulière dans le secteur public* », et ce pour trois raisons : « *Premièrement, là où des algorithmes privés sont au service d'intérêts particuliers, les algorithmes publics sont régulièrement utilisés afin de faire appliquer une loi, prévoyant des dispositions au service de l'intérêt général. Deuxièmement, contrairement à des algorithmes privés dont l'utilisation est rarement obligatoire (ex : un utilisateur de Facebook peut choisir*

de ne plus recourir au réseau social s'il n'est pas satisfait de l'algorithme à l'origine de la présentation des publications sur sa page d'accueil), les algorithmes publics s'imposent aux administrés (ex : le calcul des impôts). Troisièmement, les algorithmes pouvant renforcer le sentiment d'éloignement de l'administration et d'isolement du citoyen, les collectivités publiques qui les déploient se doivent d'y recourir de manière exemplaire. »

Pour autant, « nul besoin de prévoir de nouvelles obligations législatives ou réglementaires : l'enjeu est avant tout organisationnel », affirment les élèves de l'ENA. « Identifier au mieux les responsabilités avant tout déploiement, faire travailler ensemble les services juridiques, informatiques et métiers (ainsi que les prestataires lorsque l'algorithme est développé en externe), former l'ensemble des acteurs de la chaîne algorithmes apparaissent en effet comme autant de bonnes pratiques à favoriser. » Le rapport plaide tout particulièrement pour la mise en oeuvre « d'un véritable management des algorithmes publics », qui passerait notamment par la constitution d'un réseau de « référents éthiques », dotés d'une certaine indépendance.

En juin 2020, à l'issue du premier confinement imposé lors de la crise pandémique de la Covid 19, une enquête post-confinement a été réalisée en ligne auprès des usagers et des agents du service public, qui distingue leurs attentes respectives avant, pendant et après le confinement²⁹. Il s'en dégage les constats suivants :

Du côté des usagers, si les pratiques digitales sont déjà bien installées dans les relations usagers-administrations (60 % du total des contacts), trois administrations émergent de ce point de vue : les impôts, les allocations familiales/assurance maladie, les caisses de retraite, pour lesquelles le digital est largement prépondérant. A contrario, le face-à-face et le téléphone restent majoritaires pour les mairies/préfectures, l'éducation nationale et la police/justice/ gendarmerie. Si la crise a profité à un canal, c'est d'abord au téléphone (en augmentation plus nette que le numérique depuis le confinement), ce qui prouve que le besoin de contact avec un agent reste réel. Les projections d'usage restent néanmoins en faveur du digital (+ 4 points d'intentions). Les motifs de satisfaction le concernant sont logiquement l'accessibilité, l'immédiateté et la simplicité... Il semble, pour les usagers, que les principaux points d'achoppement liés au contact direct (temps d'attente, manque d'accessibilité, de compétence, d'amabilité...) soient directement compensables par les bénéfices du digital. Ainsi, sur la posture à l'égard de l'administration et du digital, on retient que :

- 90 % de l'échantillon attendent la digitalisation de l'ensemble des services publics ;
- 66 % pensent que les démarches à effectuer auprès des administrations sont trop complexes ;
- 61 % jugent que la transmission des données personnelles est acceptable si c'est à visée de simplification de démarche.

Du côté des agents de la fonction publique, avant la crise, moins de 10 % des agents pratiquaient le télétravail (en majorité dans la fonction publique de l'État et la catégorie A). Le confinement a eu un réel effet déclencheur sur cet aspect, puisqu'on observe une augmentation de 35 % des pratiques (45 % de télétravail, au moins partiel pendant le confinement) ... avec toujours cette prédominance de la fonction publique de l'État et de la catégorie A. L'expérience s'avère positive puisque près de 70 % des agents ayant télétravaillé s'en déclarent satisfaits. Les agents se montrent donc prêts à une évolution sur ce versant : 76 % souhaitent que le télétravail se développe, au moins partiellement. Ce sont les structures de l'administration publique qui semblent inadaptées aujourd'hui car majoritairement jugées comme manquant de modernité, de souplesse, d'agilité... Cette tension explique que la question du maintien de la qualité du service public est polarisante : 50 % des agents estimant qu'elle peut être identique à distance, contre 50 % estimant qu'elle est susceptible d'être dégradée.

²⁹ Covid : les attentes des agents et des usagers des services publics

<https://www.acteurspublics.fr/articles/covid-les-attentes-des-agent-et-des-usagers-des-services-publics>

Force est de constater que, ayant été réalisée en ligne, cette enquête occulte nécessairement les inquiétudes, les difficultés et les réticences des millions de personnes victimes d'illectronisme.

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

Dans un article publié sur le site du Conseil constitutionnel³⁰, le secrétaire général de la 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. [...] 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'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. »^{31,32}

Au moment où, en France, l'Etat s'organise pour repenser son rôle de régulateur en l'articulant autour de la donnée³³, ce qui apparaissait encore il y a quelques mois comme la panacée en matière de protection des données, préoccupation principale des citoyens, à savoir le RGPD, a montré ses limites tant ses vulnérabilités sont importantes^{34,35,36}. 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. Pourtant, depuis qu'il est en vigueur, peu de plaintes d'internautes sont enregistrées.

La défense des citoyens en matière de protection des données personnelles se fait en grande partie contre leur 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. 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".

³⁰ 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>

³¹ 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/>

³² Les outils numériques et la réinvention du fonctionnement de l'Etat : <https://journals.openedition.org/pyramides/988>

³³ 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>

³⁴ 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-uSNzIWzjt23hlxNzxRtqtzxBA4N6ejIhDqrmuybnYOE

³⁵ Black Hat 2019 : comment le RGPD facilite le vol de données personnelles : <https://www.lebigdata.fr/black-hat-2019-rgpd>

³⁶ Cloud Act, l'offensive américaine pour contrer le RGPD : https://portail-je.fr/analysis/1902/cloud-act-loffensive-americaine-pour-contrer-le-rgpd?hash=0c8ded38-333b-4310-a215-c6d0484882dd&utm_medium=social&utm_source=facebook

Or cette situation est générale.

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"*.

Lorsque Tim Cook, le successeur de Steve Jobs à la tête d'Apple, affirme que lorsque le service est gratuit cela veut dire que le client final est le produit, il pointe un des véritables enjeux.

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 de devoir, changer le monde. Or, c'est le plus grand défi puisque nous sommes face à un système reposant sur le désir. »*³⁷

- *Les lacunes de la Représentation nationale.*

La parution le 24 octobre 2019 d'un rapport sénatorial démontrant la persistance d'importantes failles de sécurité numériques au sein de l'Assemblée Nationale et du Sénat rappelle l'importance critique de ce sujet pour les pouvoirs publics³⁸.

Sur le plan matériel, deux éléments sont pointés du doigt dans ce rapport.

La trop grande dépendance des institutions aux GAFAM. Héberger toutes les applications sur Google, Apple, Facebook ou Microsoft s'avère être problématique quant à l'accès et la protection des informations. Toutes les informations sensibles et confidentielles des parlementaires et des sénateurs sont vulnérables, et cette vulnérabilité s'est accrue avec le Cloud Act voté aux Etats-Unis en mars 2018, qui concède le droit au gouvernement américain d'obliger les entreprises américaines et leurs filiales à l'étranger à fournir les données de leurs utilisateurs, y compris lorsqu'elles sont stockées hors des Etats-Unis, en cas de demandes émanant de la justice américaine dans le cadre d'une enquête, ou encore avec la loi en cours d'adoption 'sur l'accès légal aux données chiffrées' qui devrait mettre fin au chiffrement à l'épreuve des garanties dans les appareils, les plateformes Cloud et les systèmes informatiques, donnant notamment alors au gouvernement américain la possibilité d'exiger des backdoors (portes informatiques dérobées) dans le cadre d'un large éventail d'ordonnances de surveillance, dans les affaires pénales et de sécurité nationale, y compris l'article 215 de l'*USA Patriot Act*.

« Bien qu'il existe un consensus émergeant sur la menace que les entreprises de Big Tech font peser sur l'esprit de nos démocraties, il y a en réalité peu d'accords factuels sur la façon d'y répondre : certains ont fait valoir aux Etats-Unis que le gouvernement devait rompre avec

³⁷ *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=IwAR3pUKHqaQktdBQ9D9Btk0RKeX2t0oc02QTSh4PTFfucg0ITltsdtNjDNoQ>

³⁸ Cf. https://www.senat.fr/rap/r19-082/r19-082_mono.html#toc0

Facebook et Google. D'autres ont appelé à des réglementations plus strictes pour limiter l'exploitation des données par ces firmes géantes. Sans une voie à suivre claire, de nombreuses critiques ont fait pression sur les plateformes pour qu'elles s'autorégulent, les encourageant à supprimer préalablement les contenus dangereux, et à mieux gérer les publications de leurs sites. Mais peu reconnaissent que les préjudices politiques posés par ces plateformes « sociales » sont bien plus graves que les préjudices économiques. En tout état de cause, les GAFAM sont consubstantiels de la puissance Américaine. Nul doute qu'il est fort improbable que les Etats-Unis se laissent spolier ou endiguer la puissance qu'offrent de tels outils par d'autres à l'extérieur de ses frontières. Gardons-le à l'esprit. » (Franck DeCloquement)

Le sujet est suffisamment sensible pour que la Cour de Justice de l'UE - CJUE - s'en saisisse, et décide notamment d'invalider un texte important dans l'écosystème numérique : le 'EU-US Privacy Shield'³⁹ censé simplifier les échanges de données entre Europe et États-Unis - en remplacement de l'accord 'Safe Harbor' (lui-même retoqué par la CJUE) -, considérant que ce texte ne garantit pas des protections suffisantes⁴⁰.

Est-il dès lors cohérent de la part de l'Etat d'imposer à ses administrations de recourir à Qwant, le moteur de recherche prétendument français, censé concurrencer Google, alors qu'il fonctionne grâce à l'américain Microsoft et qu'il est mis en cause dans un rapport de la direction interministérielle du numérique ? Est-il cohérent, alors que le gouvernement soutient l'idée de reconquête de la souveraineté numérique européenne^{41,42}, que la Banque publique d'investissement ait choisi de confier la gestion des données des entreprises bénéficiant des prêts Covid garantis par l'Etat à Amazon Web Services, et ce sans que cette opération ait donné lieu à un appel d'offres, ni à une consultation des prestataires français ou européens tels qu'OVHcloud, Scaleway ou Rapidspace ?

Il en va également ainsi de la protection des données de santé, à l'égard de laquelle la CNIL est pourtant censée constituer l'instance en garantissant l'effectivité. Le choix de confier les données de santé de 67 millions de Français à Microsoft passe mal. De quoi susciter les inquiétudes de la CNIL et du Conseil d'Etat⁴³, et gêner aux encablures le gouvernement⁴⁴.

- *Le système judiciaire français se trouve confronté à de nouveaux défis démocratiques*

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 confronté aux défaillances introduites par une dématérialisation numérique aussi imprudente que précipitée, qui soulève des questions d'ordre technique et éthique.

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 artificielle⁴⁵, le professeur Simon Deakin interrogea la capacité 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*

³⁹ Cf. <https://www.cnil.fr/fr/le-privacy-shield>

⁴⁰ Cf. <https://curia.europa.eu/jcms/upload/docs/application/pdf/2020-07/cp200091fr.pdf>

⁴¹ Cf. <https://www.zdnet.fr/actualites/penser-la-souverainete-numerique-pour-une-autonomie-strategique-39912845.htm>

⁴² Le French Gaia-X Hub a inauguré sa première plénière le 22 janvier 2021, porté par le Cigref et trois autres organisations partenaires : l'Académie des technologies, le pôle de compétitivité Systematic Paris-Region et la Direction générale des Entreprises.

⁴³ Cf. <https://www.zdnet.fr/actualites/health-data-hub-pas-de-risque-zero-en-matiere-de-transfert-des-donnees-outre-atlantique-selon-le-conseil-d-etat-39911315.htm>

⁴⁴ [Microsoft hébergeur de nos données de santé : les surprenants bricolages juridiques du Health Data Hub](#)

⁴⁵ [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=IwAR3iMXmjYReCYBgTGLGCI-OIv5TrDk1IEbGQBIrHb243_kxTeGahlfzZOW0](https://www.college-de-france.fr/site/alain-supiot/guestlecturer-2019-05-22-17h00.htm?fbclid=IwAR3iMXmjYReCYBgTGLGCI-OIv5TrDk1IEbGQBIrHb243_kxTeGahlfzZOW0)

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. »⁴⁶

En pratique, plusieurs points doivent encore être tranchés⁴⁷.

Le contexte exceptionnel créé par la pandémie de Covid-19 n'a pas permis la concrétisation des appels lancés en France par les professionnels du droit à leur égard, et ce alors même que nombre des mesures prises au sein de l'UE en réponse à cette pandémie ont eu une incidence sur les systèmes judiciaires au point de conduire les instances compétences de l'UE et du Conseil de l'Europe à mettre en ligne des sites dédiés à ces différents impacts.^{48,49}

En particulier, alors que les articles 20 et 21 de la loi pour une République numérique prévoyaient la mise à disposition du public des jugements rendus par la justice française, cinq ans après l'adoption de ce texte, le dossier reste en suspens. Le décret d'application a finalement été publié au mois de juin 2020, mais renvoyait certaines des dispositions à la publication d'arrêtés qui ne sont jamais venus. Consécutivement à la publication d'un décret en juin 2020, le monde judiciaire attendait un arrêté devant spécifier le calendrier de mise en œuvre. Dans une décision rendue en janvier 2021, le Conseil d'Etat, saisi par l'association 'Ouvre-boîte', une association dont l'objet est d'obtenir l'accès et la publication effective des documents administratifs et qui avait entamé la procédure en fin d'année 2018, en demandant au garde des Sceaux la publication des décrets d'application relatifs à la publication des données de justice, a sommé le gouvernement de publier l'arrêté en question⁵⁰.

Dans un article intitulé '*Gouvernance des données et algorithmes publics : quelle stratégie pour l'État ?*'⁵¹, Gaëlle Marraud des Grottes propose un focus particulièrement éclairant sur deux problématiques ayant trait à ces questions : quelle gouvernance pour les données mises à disposition ? L'État doit-il développer ses propres algorithmes ?

- L'identité numérique

A l'ère du numérique, la dématérialisation des démarches administratives et la multiplication des services en ligne et des outils numériques de démocratie participative posent la question d'une redéfinition de l'identité. Cette question est d'autant plus importante que la gestion de

⁴⁶ *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-l-inconnaissance-vecteur-d-inventivite/productions/justice-algorithmique-s-assurer-de-l-ethique-et-preserver-l-equite>

⁴⁷ Le lecteur trouvera dans ma publication citée supra des développements plus substantiels sur ces questions.

⁴⁸ *Incidences de la pandémie de COVID-19 sur la justice* (site de l'Union européenne) :

https://e-justice.europa.eu/content_impact_of_covid19_on_the_justice_field-37147-fr.do?fbclid=IwAR0yuRmP7uUuaY4cCVINw7XuU0VezP0CFp6Zq3o2umHo3ZwTdJ8y7DIAeGU

⁴⁹ *Management of the judiciary - compilation of comments and comments by country* (Council of Europe) :

<https://www.coe.int/en/web/cepej/compilation-comments>

⁵⁰ Cf. <https://www.zdnet.fr/actualites/donnees-de-justice-le-conseil-d-tat-rappelle-le-gouvernement-a-l-ordre-39916885.htm>

⁵¹ *Gouvernance des données et algorithmes publics : quelle stratégie pour l'État ?*

<https://www.actualitesdudroit.fr/browse/tech-droit/intelligence-artificielle/21517/gouvernance-des-donnees-et-algorithmes-publics-quelle-strategie-pour-l-etat>

l'identité en France est une prérogative de l'Etat depuis la création de l'état civil et que l'UE a donné son feu vert pour la mise en place dès 2021 d'une carte d'identité numérique conforme au droit européen.

Ce sujet épineux de l'identité numérique est un véritable serpent de mer auquel l'Etat a déjà consacré quatre projets de réglementation et entrepris en 2020 une cinquième démarche, législative. Nous nous trouvons là dans un registre complexe qui touche aux libertés et aux droits fondamentaux dans un contexte où le droit est indubitablement en retard par rapport à l'offre technologique. Afin d'éviter de nouveaux blocages, une consultation publique a été engagée sur le sujet en mars 2020⁵².

La France dispose, depuis 2016, d'un premier dispositif d'identité numérique, intitulé 'France Connect', qui permet aux internautes de s'authentifier sur un service en ligne par l'intermédiaire d'un compte existant sur un service public. Mais pour passer à un niveau de sécurité supérieur, le ministère de l'Intérieur et l'agence nationale des titres sécurisés (ANTS) développent l'outil Alicem (Authentification en ligne certifiée sur mobile), qui utilise notamment un logiciel de comparaison faciale.

Le Conseil constitutionnel avait retoqué en 2012 le projet du gouvernement - traduit dans la loi - de créer une base de données centralisée devant servir à la délivrance des cartes d'identité et la prévention des usurpations d'identité⁵³. Par ailleurs, en lien avec ce sujet délicat, 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 RGPD⁵⁴. Dans une décision de la haute juridiction administrative rendue le 27 mars 2020, le Conseil d'Etat estime que le droit de déréférencement doit s'appliquer au sein de l'UE. Il donne ainsi raison à Google face à la CNIL, qui obtient l'annulation d'une sanction prononcée par la CNIL en 2016, qui avait condamné à l'époque la firme technologique à une amende de 100 000 euros pour avoir limité le droit au déréférencement aux frontières de l'UE, suivant ainsi la recommandation de la CJUE en la matière. Le tribunal de première instance de l'UE avait en effet statué, en septembre 2019, que Google n'était pas tenu de respecter la politique européenne du "droit à l'oubli" à l'échelle mondiale⁵⁵.

Avec ces arrêts, 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'oubli⁵⁶. La CNIL a déclaré qu'elle prenait acte de la décision du Conseil d'Etat qui tire les conséquences automatiques de l'arrêt de la CJUE du 24 septembre 2019.

- *La disparition progressive des liquidités monétaires au profit des transactions numériques, participent à consacrer la disparition d'un droit fondamental*

L'engouement dans le monde pour les monnaies digitales de banques centrales, qui accompagnent l'accélération de la digitalisation de la société en répondant aux projets de monnaies digitales privées comme *Bitcoin* ou *Libra*, et en ouvrant de nouvelles voies de soutien monétaire plus directes – entre les banques centrales et les agents économiques - et plus efficaces, tout en accroissant la stabilité financière, témoigne d'une volonté générale de rupture

⁵² Cf. <https://consultation.democratie-numerique.assemblee-nationale.fr/identitenumérique>

⁵³ Cf. <https://www.conseil-constitutionnel.fr/actualites/communiqués/decision-n-2012-652-dc-du-22-mars-2012-communiqué-de-presse>

⁵⁴ Cf. <https://www.numerama.com/politique/329191-rgpd-tout-savoir-sur-le-reglement-sur-la-protection-des-donnees-si-vous-etes-un-internaute.html>

⁵⁵ Cf. <https://curia.europa.eu/jcms/upload/docs/application/pdf/2019-09/cp190112en.pdf>

⁵⁶ *Droit à l'oubli : le Conseil d'Etat donne le mode d'emploi* : http://www.globalsecuritymag.fr/Droit-a-l-oubli-le-Conseil-d-Etat,20191206,93567.html?fbclid=IwAR0XLscBxcF_6a5kxofYfDsDDZ7eDmb7aGCKSx2KtgJJS_mRCTCugJEKQmE

avec les monnaies traditionnelles et les sources d'instabilité et de crises systémiques qu'elles induisent de manière cyclique.

D'ores et déjà des initiatives anticipent ce grand bouleversement dont les impacts sur le droit sont encore sous-estimés.

Toutes ces initiatives participent à consacrer la disparition d'un droit fondamental : la propriété de ce qui a été légitimement acquis et matérialisé par la monnaie sous sa forme matérielle, en contravention avec l'article 17 de la Déclaration universelle des Droits de l'homme de 1948 qui stipule : « 1. Toute personne, aussi bien seule qu'en collectivité, a droit à la propriété. 2. Nul ne peut être arbitrairement privé de sa propriété. »

Pour l'économiste Simone Wapler : « *La disparition des espèces comme option de paiement parmi d'autres menace les libertés fondamentales. En premier lieu, elle nous soumet au lobby bancaire. Rappelons que des liquidités sur notre compte en banque ne sont plus « notre » argent mais une créance qu'une banque reconnaît nous devoir. En cas de crise financière, que vaut cette créance ? En second lieu, elle institue un droit de regard de l'Etat sur toutes nos transactions, heures et lieux compris. Bien entendu, le réflexe normal de l'individu normal en temps normal consiste à dire : « je suis honnête, je n'ai rien à cacher ». Mais parfois, les temps deviennent moins « normaux », politiquement ou même techniquement. Que se passe-t-il lorsqu'une grande panne de réseau interdit toute transaction comme cela s'est produit au Royaume-Uni et au nord de l'Europe continentale en juin 2018 ? Qui n'a jamais eu à subir les effets d'un bug informatique ? Qui n'a jamais été victime d'une erreur de l'administration ? Dans l'hypothèse où le cash deviendrait hors-la-loi, la mise au ban de la société d'un individu devient instantanément possible. Sans aucune procédure contradictoire, avec seulement le bon vouloir d'un fonctionnaire de Tracfin ou d'un agent de la nouvelle police fiscale (entité habilitée à pratiquer des écoutes téléphoniques, des perquisitions, des géolocalisations, des filatures ou des gardes à vue), chacun risquera de se voir « coupé de son argent » et même de la charité puisqu'il sera impossible de lui donner autrement qu'en nature. »*

- *La surveillance généralisée des réseaux*

Autre illustration des débats houleux qui ont marqué l'année 2019 sur le 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)⁵⁷, les membres de l'institution faisant observer que la lutte contre la fraude et l'évasion fiscale est un « *objectif de valeur constitutionnelle* ». 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.

En 2014, les institutions européennes ont adopté une directive exigeant des fournisseurs de services de télécommunication et d'internet qu'ils conservent toutes les données de communication pendant deux ans et les mettent à la disposition des services répressifs sur demande. La CJUE a considéré que la directive constituait « *une ingérence étendue et particulièrement grave dans les droits fondamentaux au respect de la vie privée et à la protection des données à caractère personnel, sans que cette ingérence soit limitée au strict nécessaire* ». Le Parlement européen était censé modifier la directive mais ne l'a pas fait et celle-ci reste aujourd'hui en vigueur.

Le chiffrement des communications posant un problème dans la collecte de preuves pour démanteler des réseaux terroristes, le Conseil des ministres de l'UE justifie le recours au

⁵⁷ *Décision n° 2019-796 DC du 27 décembre 2019 - Loi de finances pour 2020 :*
<https://www.conseil-constitutionnel.fr/decision/2019/2019796DC.htm>

chiffrement en ces termes : « *L'Union européenne soutient pleinement le développement, la mise en œuvre et l'utilisation d'un cryptage fort. Le cryptage est un moyen nécessaire pour protéger les droits fondamentaux et la sécurité numérique des gouvernements, des industries et des sociétés. Dans le même temps, l'Union européenne doit garantir la capacité des autorités compétentes dans le domaine de la sécurité et de la justice pénale, par exemple le droit des autorités répressives et judiciaires à exercer leurs pouvoirs légaux, en ligne et hors ligne.* » Tout en précisant que si les autorités sont légalement en mesure de récupérer des données, ces dernières ne sont pas lisibles.

Selon Thibaut Heckmann, Officier de Gendarmerie, Chercheur Associé au Centre de Recherche de l'EOGN (CREOGN) et à l'ENS-Ulm : « *Les réseaux criminels n'utilisent pas les systèmes d'exploitation normaux car ils sont potentiellement reconfigurables par les utilisateurs à la différence des darkphones qui sont distribués par la tête du réseau et dont les paramètres ne sont pas modifiables (pas de consultation sur internet, pas de message types SMS MMS, pas de communication téléphonique, pas de photographie ou vidéo possible). Pour contrer ces mesures de dissimulation criminelle, les forces de l'ordre ont dû développer des techniques de pointes pour faire face et s'unir. En 2015, grâce à une forte coopération policière internationale, la Gendarmerie royale canadienne a fait tomber le réseau de darkphones blackberry PGP, suivie par la Police néerlandaise qui a fait tomber successivement Ennetcom en 2016, puis PGP Safe en 2018. Le FBI a démantelé le réseau Phantom Secure en 2018. Notons enfin que le réseau Encrochat a été neutralisé en 2020 par la Gendarmerie française, en collaboration avec la Police néerlandaise et sous l'égide d'Eurojust, mettant un coup d'arrêt à plusieurs milliers de criminels dans le monde. ... Ainsi, le renforcement de la coopération internationale du point de vue technique permet à la Gendarmerie française et à ses partenaires internationaux de développer et de rechercher des failles de sécurités logicielles et matérielles et d'acquérir du matériel de pointe pour lire les données à très bas niveaux et contourner les mécanismes de sécurité utilisés à des fins criminelles. Malheureusement, même si les réseaux Encrochat, Phantom Secure, PGP Safe, Ennetcom ont été démantelés, d'autres réseaux émergent déjà, en utilisant des technologies différentes (Omerta, SkyECC). Le jeu du chat et de la souris perdure encore et toujours. Les réseaux criminels s'efforcent d'utiliser des technologies permettant l'échange sécurisé dans leur réseau, les forces de l'ordre tentant d'anticiper les difficultés techniques d'accès aux données en développant leurs propres outils afin de mettre fin aux agissements criminels.* »⁵⁸

La loi sur la sécurité globale adoptée à l'automne 2020 ajoute encore aux interrogations par ses contenus à l'égard des usages numériques dans le secteur de la sécurité, et ce quand bien même le nouveau livre blanc sur la sécurité intérieure publié le 16 novembre 2020, document de prospective qui permet une approche globale des enjeux de sécurité intérieure, affirme poser « *le principe d'une sécurité à hauteur d'homme.* »⁵⁹

Par trois décrets - portant les numéros 2020-1510, 2020-1511 et 2020-1512 - publiés au Journal officiel le 4 décembre 2020 (avant d'avoir obtenu leur validation par le Conseil d'Etat, laquelle n'est intervenue que le 4 janvier 2021), le gouvernement a élargi le recueil de données privées par les fichiers de surveillance de l'Etat. Instaurés par le ministère de l'Intérieur, ils modifient le Code de la sécurité intérieure, en élargissant le traitement des données à caractère personnel. Chaque décret s'applique à un fichier de surveillance précis : le fichier de Prévention des atteintes à la sécurité publique (PASP), utilisé par la police ; le fichier Gestion de l'information et prévention des atteintes à la sécurité publique (GISASP), utilisé par la gendarmerie ; le fichier

⁵⁸ *Téléphones sécurisés, darkphones : quand le chiffrement devient la norme :*
https://www.cercle-k2.fr/etudes/telephones-securises-darkphones-quand-le-chiffrement-devient-la-norme-526?fbclid=IwAR15u9p1P30KLLKpk54h6V0umcyxgZR0ZRpoYLwEoZg4q_Ipoon5oTRMw33M

⁵⁹ Cf. <https://mobile.interieur.gouv.fr/Actualites/L-actu-du-Ministere/Livre-blanc-de-la-securite-interieure>

d'Enquêtes administratives liées à la sécurité publique (EASP), utilisé notamment dans le cadre des recrutements de la fonction publique. Avec ces décrets, policiers, gendarmes et agents du renseignement pourront désormais fichier aussi les opinions, les idées, et même les données de santé des Français inscrits, le tout sans l'aval ou le contrôle d'un juge.

Dans un avis publié au Journal officiel, la Commission du débat public « *s'interroge sur l'utilité d'un accroissement quasi indéfini des organes de contrôle de la population* ». ⁶⁰

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 [...] en l'autorité immuable de l'administration des choses [...], par suivi informatique des déplacements et des pensées.* » ⁶¹.

- *Les échanges culturels sur Internet font l'objet de dispositions du droit qui inquiètent*

De nombreux débats éthiques et juridiques sont survenus depuis le début des années 2010 à propos de la mise en place d'une Haute autorité (Hadopi) pour identifier les personnes qui partagent des œuvres sur Internet.

Saisi en février 2020 par la Quadrature du Net, FDN, DDDN et Franciliens.net au travers une QPC à propos des pouvoirs que la loi sur l'audiovisuelle en vigueur donne à la Hadopi (par exemple en identifiant les adresses IP connectées à divers flux BitTorrent), le Conseil Constitutionnel a rendu sa décision d'inconstitutionnalité des dispositions en cause le 20 mai 2020. ⁶² Ces pouvoirs ont pris fin le 31 décembre 2020. Cette décision s'inscrit dans la continuité d'une jurisprudence déployée depuis cinq ans par le Conseil constitutionnel, en parallèle de la CJUE, qui tend à replacer l'autorité judiciaire dans son rôle de contrôle préalable de l'administration, notamment quand il s'agit de lever l'anonymat des internautes. Or, la raison d'être de la HADOPI était précisément de contourner la justice afin de surveiller le plus grand nombre d'internautes et de les dissuader de partager des œuvres en ligne. Puisqu'il lui est enfin imposé de passer par la justice, la raison d'être de la HADOPI disparaît.

Or, si le projet de nouvelle loi audiovisuelle, débattu depuis quelques mois par le Parlement, prévoyait déjà de supprimer la HADOPI, il prévoit néanmoins de transmettre ses missions au CSA. La décision du Conseil constitutionnel ne le permettra pas, car il est désormais illégal de perpétuer des missions dont l'incompatibilité à la Constitution a été désormais reconnue.

Mais cette victoire de la société civile appelle des confirmations.

- *Autre source d'inquiétude, la loi contre les contenus haineux sur Internet.*

La diffusion de la haine sur les réseaux sociaux pose une triple responsabilité : celle des auteurs de contenus, qui doivent assumer leurs propos ; celle des réseaux sociaux, qui doivent en toute transparence mettre en oeuvre une organisation susceptible de bannir la haine en ligne ; et celle des Etats qui doivent fixer les règles et s'assurer qu'auteurs et plateformes les respectent.

⁶⁰ Avis sur la proposition de loi relative à la sécurité globale :

<https://www.legifrance.gouv.fr/jorf/id/JORFTEXT000042577584>

⁶¹ La Post-démocratie, une démocratie sans liberté ? : <https://www.polemia.com/post-democratie-liberte/>

⁶² Décision n° 2020-841 QPC du 20 mai 2020 : <https://www.conseil-constitutionnel.fr/decision/2020/2020841QPC.htm>

En mai 2019, la mission de régulation des réseaux sociaux a remis son rapport "*Créer un cadre français de responsabilisation des réseaux sociaux : agir en France avec une ambition européenne*"⁶³ au secrétaire d'État en charge du numérique.

Le rapport propose des pistes de réflexion et d'action qui sont venues nourrir les travaux parlementaires qui ont débouché sur l'adoption en janvier 2020 de la 'loi Avia' 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.

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

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.* »

Dès son adoption par le Parlement, le Conseil constitutionnel a été saisi par la voie d'une question prioritaire de constitutionnalité pour qu'en soit vérifiée sa conformité à la Constitution. Le 18 juin 2020, il a statué en concluant à une non-conformité partielle de ladite loi⁶⁴.

- *La possible dématérialisation du processus électoral suscite des interrogations*

Parmi les sujets les plus sensibles du point de vue des enjeux démocratiques, le recours au vote électronique suscite des craintes multiples.

En septembre 2017, à l'occasion de l'annonce de la mission sur la stratégie de la France en matière d'IA confiée par le gouvernement au député Cédric Villani, le Premier ministre Edouard Philippe déclara : « *Nous nous posons d'ores et déjà la question de savoir comment nous prémunir contre certaines formes d'ingérence ou de piratage de secteurs clés de notre vie démocratique et du dérèglement de notre vie démocratique (média, élections), de notre vie économique (énergie) ou de notre indépendance nationale.* »

Si une Sénatrice de la Seine-Maritime a tenu, en décembre 2017, à en souligner les atouts (facilitation du vote pour les handicapés, accélération du recensement des votes) : « *Leur usage n'a jamais posé de difficultés. Les électeurs, les élus, les agents municipaux s'accordent sur la simplicité et la fiabilité du dispositif. Malgré cela, ces machines suscitent des oppositions souvent très doctrinales* », tout en pointant l'approbation du Conseil constitutionnel⁶⁵ et du Conseil d'Etat⁶⁶ sur le fait que ces machines « *conservent le secret du vote* », tandis que le ministère de l'Intérieur considérait que « *leurs fonctionnalités techniques garantissaient la sincérité du scrutin* »⁶⁷, Laurent Nuñez, alors secrétaire d'Etat auprès du ministre de l'Intérieur, ancien patron de la DGSI et désormais coordinateur national du renseignement, fait valoir la position suivante du gouvernement : « *Le moratoire gelant depuis onze ans paraît constituer, à ce jour, un point d'équilibre. Cela explique d'ailleurs probablement que le ministère de l'Intérieur reçoive autant de demandes d'élus voulant interdire strictement ces machines que d'élus voulant au contraire développer leur usage et faire homologuer de nouveaux modèles* ».

⁶³ Créer un cadre français de responsabilisation des réseaux sociaux : agir en France avec une ambition européenne : <https://www.numerique.gouv.fr/uploads/rapport-mission-regulation-reseaux-sociaux.pdf>

⁶⁴ Décision n° 2020-801 DC du 18 juin 2020 relative à la Loi visant à lutter contre les contenus haineux sur internet : <https://www.conseil-constitutionnel.fr/decision/2020/2020801DC.htm>

⁶⁵ Cf. <https://www.conseil-constitutionnel.fr/decision/2012/2012154PDR.htm>

⁶⁶ Cf. <https://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriAdmin.do?idTexte=CETATEXT000023493752>

⁶⁷ Cf. <http://questions.assemblee-nationale.fr/q14/14-88162QE.htm>

Pour justifier cette extrême prudence du gouvernement, Laurent Nuñez a rappelé que ces appareils rendent impossible le contrôle du dépouillement – principe « *auquel le Conseil constitutionnel a eu l'occasion de dire son attachement* », et qu'ils peuvent être potentiellement exposés à un risque « cyber » qui viserait à entraver le bon déroulement du scrutin ou à en modifier les résultats.

Et quid alors de l'anonymat qui préside à tout vote lors d'élections démocratiques en France ?

Alors que la France était toujours placée sous le régime exceptionnel de l'état d'urgence sanitaire, le gouvernement a déposé le 16 février 2021 un amendement sur le vote par anticipation sur une machine à voter, dans le cadre de l'examen du projet de loi organique relatif à l'élection du Président de la République, qui précise que ce vote par anticipation peut être effectué sur une machine à vote, dont les suffrages seraient dépouillés « *en même temps que les autres bureaux de la commune afin d'éviter les risques de fraude ou d'influence sur le vote des autres électeurs* ».

Parmi les arguments évoqués par ministre déléguée auprès du ministre de l'Intérieur, en charge de la citoyenneté, qui a présenté l'amendement en séance publique, cette proposition de « *vote numérique favorise notamment le vote de gens isolés, des gens qui travaillent le dimanche, des jeunes et ceux qui viennent de déménager. (...) Nous proposons que ce soit l'Etat qui prenne en charge ces machines, pour ne pas imposer de coûts supplémentaires aux communes* ». Cette proposition se veut être une « troisième voie » entre l'inaction et une modernisation excessive. Les électeurs pourraient choisir une commune de leur choix parmi la liste proposée, et dans un délai imparti. Cette proposition sera d'abord proposée à une échelle « raisonnable » avant d'être étendue davantage.

La commission des lois du Sénat s'est opposée à une large majorité à un tel amendement qui, selon elle, « *relève du bricolage* ». Dans un communiqué⁶⁸, elle a considéré que, sur le fond, l'amendement était de nature à « *alimenter la suspicion sur la sincérité de l'élection présidentielle et à remettre en cause la légitimité du président élu. Les machines à voter, en effet, sont soumises à un moratoire depuis 2008 : seules 66 communes en sont équipées, le gouvernement interdisant aux autres communes d'acquérir des machines à voter* ». Depuis 2008 en effet, un moratoire restreint l'utilisation des machines à voter aux seules communes qui avaient opté pour cette modalité à cette date.

La commission rappelle également que « *le Conseil constitutionnel a alerté les pouvoirs publics à de nombreuses reprises sur les risques de fraude liés à l'utilisation des machines à voter, notamment après l'élection présidentielle de 2007, de même que l'Agence nationale de la sécurité des systèmes d'information (Anssi)* ».

Le président de la commission des lois a par ailleurs souligné dans l'hémicycle que l'insécurité des machines à voter faisait l'objet d'un « *consensus auprès de tout le monde* », y compris du directeur de l'Anssi qui a « *confirmé clairement qu'il était hostile à l'utilisation des machines à voter, compte tenu de leur obsolescence et du risque de cyberattaque* », tout en ajoutant : « *la condition substantielle est la sécurité absolue. Et là, nous ne l'avons pas.* »

En France, l'Etat 2.0 satisfait-il les caractéristiques et les exigences d'un Etat de droit ?

Force est de constater, tout en le déplorant, que, d'une manière générale, le droit est très en retard par rapport aux avancées technologiques qui progressent à marche forcée, à la faveur d'investissements colossaux que seules les grandes plateformes numériques systémiques et leurs satellites sont en capacité d'imaginer, de concevoir, de développer et d'imposer au monde,

⁶⁸ Cf. <http://www.senat.fr/presse/cp20210217.html>

leur puissance capitalistique dépassant largement les capacités d'intervention et de régulation des plus Etats les plus puissants de la planète. Fait nouveau dans l'histoire des sciences et des technologies, et plus largement, dans l'histoire de l'humanité, cette 4^{ème} révolution industrielle à l'œuvre participe à modifier la nature des relations, et des rapports de force, entre la puissance publique mondiale et les champions du capitalisme technologique, au point de rendre illusoire toute perspective de rééquilibrage, à court ou moyen terme.

"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." (Anne Bellon^{69,70})

C'est dans ce contexte historique qu'il convient d'envisager les développements suivants, la France n'ayant ni la capacité ni l'ambition d'échapper à cette grande révolution civilisationnelle.

- *L'Etat ne parvient plus à adapter ses mesures à une société qui doute de son efficacité autant que des mobiles de son intervention.*

Dans leur dernier ouvrage⁷¹, Irénée Régnault et Yaël Benayoun révèlent et dénoncent les dogmes et les manœuvres qui permettent aux industries et aux pouvoirs publics de maintenir les citoyens et les travailleurs à l'écart des choix technologiques, en excluant tout processus démocratique. Les auteurs expliquent pourquoi, après une décennie euphorique, le numérique ne fait plus rêver. Les promesses d'un monde meilleur laissent la place à une autre réalité, faite d'entraves à la vie privée, de surveillance de masse, de gouffre énergétique et de manque de transparence, supprimant les contre-pouvoirs en ignorant l'avis du citoyen. Ils montrent que notre arsenal juridique et nos institutions apeurées, voire serviles, sont incapables de contrer les servitudes imposées par les plateformes et les industries hyper capitalistes : « *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. [...] La CNIL 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. [...] Du côté des pouvoirs publics, le discours est tout à fait*

⁶⁹ *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>

⁷⁰ *Des outils numériques pour améliorer le fonctionnement de l'Etat : solutions ou problèmes ? :* <https://journals.openedition.org/pyramides/989>

⁷¹ *Technologies partout, démocratie nulle part. Plaidoyer pour que les choix technologiques deviennent l'affaire de tous' :* <https://www.fypeditions.com/technologies-partout-democratie-nulle-part/>

Dans cet ouvrage, les auteurs proposent des actions concrètes et réalistes qui replacent le débat démocratique et les revendications citoyennes au cœur du développement technologique, afin que la question du progrès devienne l'affaire de tous.

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 « citoyen » dans des organes sans importance, et surtout sans pouvoir, afin de mieux légitimer des décisions déjà prises à l'avance. »⁷²

La gestion de la crise pandémique du Covid 19 a donné lieu à des initiatives inquiétantes en regard des principes qui prévalent au sein d'un Etat de droit.

Lors de la pandémie du Covid-19, l'article 15 de la Convention européenne des droits de l'Homme ouvrant la possibilité aux États contractants de déroger à leurs obligations en invoquant des circonstances exceptionnelles, les autorités françaises ont établi un « état d'urgence sanitaire » s'inspirant de celui prévu par la loi n° 55-385 du 3 avril 1955. Plutôt que de recourir à ce système, le pouvoir a élaboré un dispositif *ad hoc*. Aux termes de l'exposé des motifs du projet de loi d'urgence, la crise sanitaire, « sans précédent depuis un siècle, fait apparaître la nécessité de développer les moyens à la disposition des autorités exécutives pour faire face à l'urgence » et, du fait de son « ampleur jamais imaginée jusqu'ici », appelait une réponse « d'une ampleur qui n'a pu elle-même être envisagée lorsque les dispositions législatives et réglementaires existantes ont été conçues ».

Si le recours à un état d'exception – en l'occurrence ici, un état d'urgence sanitaire – est venu confirmer la tendance forte observée depuis les attentats terroristes de 2015 à se soustraire à l'Etat de droit en raison de circonstances « exceptionnelles », les modalités de son instauration en mars 2020 interroge.

Pour Maître Jean-Christophe Bontre-Cazals, avocat au Barreau de Paris : « Cette période a été inaugurée d'une bien curieuse et très inquiétante manière au regard de nos institutions. L'état d'urgence sanitaire n'étant prévu par aucune loi, ni aucun texte, le décret du 16 mars 2020 ordonnant le confinement général de 66 millions de personnes ne repose que sur le principe des circonstances exceptionnelles et l'urgence de la situation. Aucun dispositif législatif n'autorisait l'exécutif à imposer une telle privation de liberté à toute une population. C'est d'ailleurs la raison pour laquelle une loi instaurant un état d'urgence sanitaire dans le Code de la santé publique a été votée dès le 23 mars 2020, légalisant ainsi une situation juridique hors norme en matière d'atteinte à nos droits fondamentaux. Si les circonstances exceptionnelles « ont pu fonder » le décret du 16 mars 2020 ordonnant le confinement, comme l'a relevé avec ambiguïté le Conseil d'Etat, on est légitime à s'interroger sur la nature de l'urgence dont l'exécutif s'est prévalu pour user d'un tel pouvoir de police administrative. La loi sur l'état d'urgence sanitaire aurait pu être votée une semaine avant, donnant ainsi un véritable cadre légal aux mesures prises. Le contournement par l'exécutif de nos institutions, en imposant dans la panique une restriction sans commune mesure de nos libertés fondamentales, est un précédent qui doit nous inquiéter, car c'est une immense brèche dans notre Etat de droit. On sait par expérience que l'exception des circonstances crée toujours un précédent. On sait surtout que les mesures d'exception se retrouvent tôt ou tard codifiées dans notre droit commun, et que l'Etat élargit sans cesse son pouvoir de coercition. Sous le coup de l'émotion ou de la sidération, tout passe, ou presque, et pour longtemps.

Mais la singularité de la crise sanitaire actuelle est d'avoir ajouté une nouvelle strate aux outils régaliens classiques de contrôle des individus et des corps : celle du contrôle des masses consentantes. On ne peut qu'être interpellé par la docilité avec laquelle une population entière a sacrifié les plus fondamentales des libertés (aller-venir, se réunir, exercer son culte,

⁷² *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_5j5Smvb3azWQqegNrxTB2VO8WQmbokBZljG0lzfqeHFuhHxBh98Po

manifester...) sur l'autel de la santé. Nous assistons à une accélération de ce que Foucault appelait « l'étatisation du biologique », laquelle met en œuvre « une nouvelle technique de pouvoir non disciplinaire ». Dans un cours au Collège de France du 17 mars 1976, qui ne nous a jamais paru autant d'actualité, Foucault décrypte cette nouvelle forme de contrôle qui, à la différence du pouvoir disciplinaire ne s'adresse pas à l'individu, mais à la masse. Autant le pouvoir disciplinaire était individualisant, autant le pouvoir biopolitique est « massifiant ». Ce qui va intéresser la biopolitique, ce sur quoi elle va agir pour réguler, c'est la morbidité. Non la mort d'un individu, mais le taux de mortalité d'une population globale prise dans un champ « d'évènements aléatoires ». La seule chose qui va compter c'est la vie, le « faire vivre », on pourrait même dire la vie à tout prix. « La biopolitique a affaire à la population, et la population comme problème politique, comme problème à la fois scientifique et politique, comme problème biologique et comme problème de pouvoir ». La technique du pouvoir biopolitique va s'appuyer sur des « prévisions », des « estimations statistiques », des « mesures globales ». Seuls les mécanismes globaux sont pris en considération, l'individu n'ayant pas de sens « au niveau du détail ». Dans « Post-scriptum pour une société de contrôle » (« Pourparlers »), Deleuze décrit cette perspective peu réjouissante d'une société exerçant un contrôle bipolaire avec d'un côté la « signature qui indique l'individu », et de l'autre « le nombre ou le matricule qui indique sa position dans la masse », comme les applications de tracking par exemple. »⁷³

Par ailleurs, le gouvernement a autorisé les administrations, et notamment les préfetures, à s'affranchir des normes en vigueur, suivant en cela les recommandations suivantes formulées par Alain Lambert, le président du Conseil national d'évaluation des normes (CNEN) : « *La seule solution est en chacun de nous, et dans le courage de nous sentir, chacun, légitimes dans nos fonctions et responsabilités, pour nous affranchir de certaines règles à raison de circonstances dont notre droit s'épuise à chercher la qualification.* » Cette latitude donnée ainsi aux acteurs de la gestion de crise a donné lieu à des initiatives diverses dont certaines ont confirmé une certaine propension à agir en dehors du cadre constitutionnel national.

Enfin, un épisode ubuesque est venu souligner l'antiparlementarisme du gouvernement lors du débat parlementaire qui s'est tenu le 21 janvier 2021 à l'Assemblée nationale dans le cadre de la prorogation de l'état d'urgence sanitaire. A cette occasion, le ministre de la santé a estimé publiquement qu'il n'était pas du rôle des parlementaires d'évaluer les prises de décision du conseil scientifique, dont les décisions « trop techniques » échapperaient à l'entendement ordinaire des élus, feignant alors d'ignorer l'existence et les travaux sur les questions sanitaires de l'Office parlementaire d'évaluation des choix scientifiques et technologiques (OPECST).

- *Le processus législatif connaît une évolution qui inquiète*

La Fondation Robert Schuman, en partenariat avec un réseau universitaire européen de recherches initié par l'Université de Lille en 2016 autour du sujet "*Le Parlement et le temps*", a réalisé une série de rapports visant à rendre compte de "*l'impact de la crise sanitaire sur le fonctionnement des Parlements nationaux*" en Europe. Ont particulièrement été questionnés l'impact de la crise sanitaire sur la procédure parlementaire, ainsi que sur le contrôle parlementaire du gouvernement.

Le rapport sur la France se conclut ainsi : « *L'état de santé du Parlement français durant la crise sanitaire était donc assez alarmant. Il l'était d'autant plus que les règles adaptées pour fonctionner avaient des bases juridiques fragiles (décisions du Président ou de la Conférence des présidents).* On peut même se demander si la condition de l'interruption du fonctionnement

⁷³ Préface pour une société de contrôle :

<https://blogs.mediapart.fr/j-c-bonte-cazals/blog/301120/preface-pour-une-societe-de-controle>

régulier des pouvoirs publics, nécessaire à l'activation de l'article 16 de la Constitution n'était pas réunie, ce qui aurait pu permettre d'autres garanties, peut-être meilleures, telle la consultation systématique du Conseil constitutionnel. C'est parce que les parlementaires ont été unanimes que les assemblées ont pu fonctionner ainsi. Comme le relève Sylvain Waserman, président du groupe de travail de l'Assemblée nationale chargé d'anticiper le mode de fonctionnement des travaux parlementaires en période de (futurs) crises : « Il importe de se demander ce qui se serait passé en l'absence d'unanimité ».

Une réflexion est donc menée pour anticiper de nouvelles situations de crise et les modalités pour y répondre, ce qui permettrait, sans doute, de trouver un fonctionnement plus satisfaisant du Parlement qu'il ne l'a été. Mais, dès à présent, les assemblées françaises pourraient « compenser » cette apathie en donnant un nouveau souffle au travail parlementaire. Pour cela, il leur faudrait examiner et voter de manière sérieuse les projets de loi de ratification des ordonnances prises sur son habilitation pendant la crise ; il faudrait aussi que la commission d'enquête du Sénat et la mission d'information de l'Assemblée procèdent à un contrôle, certes à rebours, mais précis de l'action du Gouvernement et des autorités administratives avant et pendant cette crise. À l'heure où les craintes d'une reprise de l'épidémie se font plus fortes, il en va de la survie même du Parlement français. Donc de la démocratie. »⁷⁴

Dans un article intitulé 'Crise de la démocratie ou crise dans la démocratie'⁷⁵, Thomas Branthôme, Maître de conférence en Histoire du droit et des idées politiques, relève : « En 2018, dans un essai retentissant sur le sujet⁷⁶, le politologue Yasha Mounk, de nature pourtant modéré, alertait les plus incrédules. La « démocratie », écrivait-il, est en danger de mort. Parce que deux périls la menacent : la démocratie illibérale et le libéralisme antidémocratique.

En 2020, l'inquiétude est particulièrement vive pour le cas français puisqu'au vu de ces derniers mois, la France semble s'être fragilisée sur l'un et l'autre des deux versants. Alors qu'Emmanuel Macron avait été élu en promettant une version intégrale du libéralisme (c'est-à-dire économique et sociétale) comme le préconisaient certains grands libéraux du XIX^e siècle (Benjamin Constant, Jules Simon), sa majorité multiplie sous son mandat des lois considérées comme liberticides.

Dans 'Les Politiques', Aristote définit la « démocratie » comme le régime au sein duquel les citoyens exercent le pouvoir « à tour de rôle ». On ne le dit presque plus, mais c'est là en principe le point fondamental qui doit permettre à la démocratie de tenir et de bénéficier du consentement de ses citoyens. Par une pratique aléatoire et circulaire du pouvoir, chacun étant amené dans son existence à être tantôt « gouverné » tantôt « gouvernant » s'investit pleinement dans la vie démocratique. Aujourd'hui, cette règle d'or de la démocratie est lettre morte. Qui peut penser une seule minute qu'au sein des classes populaires existe ce sentiment d'alternance « gouverné/gouvernant » ? Notre époque est profondément marquée par la disparition de ce cycle mais également – phénomène plus neuf –, par l'affaiblissement significatif de la colonne d'équilibre de la théorie du gouvernement représentatif, la croyance dans le couple « représentant/représenté ». »

Lorsqu'ils sont saisis, le Conseil d'Etat et le Conseil constitutionnel prennent parfois des arrêts et décisions qui viennent bloquer des textes de loi pour leur non-conformité aux dispositions du droit fondamental ou des principes généraux du droit.

⁷⁴ Cf. https://www.robert-schuman.eu/fr/doc/ouvrages/FRS_Parlement_francais_Covid-19.pdf

⁷⁵ Crise de la démocratie ou crise dans la démocratie : https://theconversation.com/crise-dans-la-democratie-ou-crise-pour-la-democratie-150188?fbclid=IwAR0NQuORvCONxc5f0TyQGoJc25Kw_4erHLb5dUapDXueM-dQu5u6zT3ujYo

⁷⁶ Le peuple contre la démocratie : https://www.editions-observatoire.com/content/Le_peuple_contre_la_democratie

En particulier, le 3 décembre 2020, le Conseil constitutionnel a rendu publique sa décision par laquelle il établissait notamment que les articles 30, 51, 63, 65, 66, 68, 69, 71, 74, 80, 81, 85, 86, 88, 102, 103, 104, 110, 115, 116, 123, 129, 135, 136, 137 et 149 de la loi d'accélération et de simplification de l'action publique ne sont pas conformes à la Constitution.⁷⁷

Le 15 janvier 2021, le Conseil constitutionnel décide à l'égard d'une Question prioritaire de constitutionnalité - QPC - portant sur l'utilisation de la visioconférence sans accord des parties devant les juridictions pénales dans un contexte d'urgence sanitaire, que « *le premier alinéa de l'article 5 de l'ordonnance n° 2020-303 du 25 mars 2020 portant adaptation de règles de procédure pénale sur le fondement de la loi n° 2020-290 du 23 mars 2020 d'urgence pour faire face à l'épidémie de covid-19 est contraire à la Constitution.* »⁷⁸

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 Castelnau, avocat au Barreau de Paris).

Cette situation, qui participe à générer une insécurité juridique devenue chronique, illustre une certaine faillite de l'Etat de droit en France.⁷⁹

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

Seul véritable signe positif, 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.

- *Le débat emblématique autour de l'application StopCovid*

Cinquante nouvelles applications et technologies ont été lancées depuis le début de la pandémie, sans compter les technologies existantes et inchangées qui sont maintenant commercialisées comme outils de surveillance sur le lieu de travail pour lutter contre le Covid-19. Les géants de la technologie et les startups proposent une kyrielle de solutions qui incluent la détection visuelle de signes vitaux par ordinateur, celle d'appareils portables qui peuvent donner des indications précoces de l'apparition du Covid-19 sans compter les multiples applications qui surveillent les paramètres de santé.

⁷⁷ Cf. Décision n° 2020-807 DC du 3 décembre 2020 - Loi d'accélération et de simplification de l'action publique : https://www.conseil-constitutionnel.fr/decision/2020/2020807DC.htm?fbclid=IwAR2LVMi3piT47IEczc2Sej01_eMwgmOSUhFR89IrLEYfW2Ku4RzA3qX80g

⁷⁸ Cf. www.conseil-constitutionnel.fr/decision/2021/2020872QPC.htm

⁷⁹ La sécurité juridique est un principe du droit qui a pour objectif de protéger les citoyens contre les effets secondaires négatifs du droit, en particulier les incohérences ou la complexité des lois et règlements, ou leurs changements trop fréquents (insécurité juridique). Ce principe peut lui-même se décliner en plusieurs exigences. La loi doit être : - compréhensible ; - prévisible ; - normative ; - et porter sur le domaine de compétence du législateur. La loi, en tant que règle de droit, doit aussi être générale, obligatoire, et coercitive. La sécurité juridique découlant du droit national de sûreté, elle doit être traitée au niveau du droit constitutionnel.

Cette invasion de la vie privée à laquelle les travailleurs sont confrontés est alarmante, surtout si l'on considère que l'efficacité de ces technologies pour atténuer la propagation du Covid-19 n'a pas encore été établie.⁸⁰

Les débats relatifs à l'application StopCovid⁸¹ mettent en évidence les tensions entre les tenants d'un usage intensif du numérique sans souci des libertés fondamentales, imposant des nouveaux rapports à la vie privée, personnelle et intime que cela entraîne, et ceux qui refusent radicalement toute surveillance, évoquant un outil dangereux vers le totalitarisme technologique avec tout retour en arrière impossible.

Le Conseil National du Numérique, placé auprès du Premier ministre, a émis un avis favorable au principe de StopCOVID, en tant que brique d'une stratégie plus globale⁸².

Tandis que l'ANSSI a apporté son expertise sur les aspects techniques du projet⁸³, le Comité Consultatif National d'Éthique (CCNE) sur les sciences de la vie et de la santé a contribué à apporter une réflexion de fond sur la base d'une contribution publique⁸⁴ et d'une veille dédiée en particulier aux enjeux éthiques⁸⁵.

De son côté, la CNIL, dans son avis sur le projet d'application mobile StopCovid⁸⁶, souligne que le dispositif est conforme au RGPD si certaines conditions sont respectées. Elle relève qu'un certain nombre de garanties sont apportées par le projet du gouvernement, notamment l'utilisation de pseudonymes. La CNIL appelle cependant à la vigilance et souligne que l'application ne peut être déployée que si son utilité est suffisamment avérée et si elle est intégrée dans une stratégie sanitaire globale.

En contrepoints, la CNCDH a tenu à alerter les pouvoirs publics sur les dangers pour les droits fondamentaux de toute application de suivi de personnes et des contacts, en particulier sur le droit à la vie privée⁸⁷, tandis que La Quadrature du Net a fourni un argumentaire hostile au projet tout en donnant au débat une richesse basée sur l'expertise⁸⁸.

Or, au cours de la période de confinement, sept Français sur dix ont estimé que l'Etat n'utilisait pas assez les technologies numériques pour lutter contre la maladie, plus d'une personne sur deux étant favorable à l'utilisation de la reconnaissance faciale, du 'tracking' et des technologies 'big data' dans ce contexte, et 80% pensant que la France devrait utiliser des caméras thermiques.

Les deux assemblées parlementaires ont finalement donné leur feu vert à la mise en place de cette technologie.

L'historien, écrivain et homme politique français Sébastien Nadot en retire les enseignements suivants⁸⁹ : « *La mauvaise approche du gouvernement qui a d'abord programmé un débat sans*

⁸⁰ Covid : Hypersurveillance high tech au travail :

https://up-magazine.info/technologies-a-la-pointe/technologies/82853-covid-hypersurveillance-high-tech-au-travail/?utm_source=ActiveCampaign&utm_medium=email&utm_content=RSS%3AITEM%3ATITLE&utm_campaign=ACTION%21+Quotidienne+ma-23%2F02

⁸¹ L'équipe-projet StopCovid et l'écosystème des contributeurs se mobilisent pour développer une application mobile de contact tracing pour la France : <https://www.inria.fr/fr/stopcovid>

⁸² Cf. <https://cnumerique.fr/StopCOVID-Avis>

⁸³ Cf. <https://www.ssi.gouv.fr/publication/application-stopcovid-lanssi-apporte-a-inria-son-expertise-technique-sur-le-volet-securite-numerique-du-projet/>

⁸⁴ Cf. <https://www.ccne-ethique.fr/fr/actualites/la-contribution-du-ccne-la-lutte-contre-covid-19-enjeux-ethiques-face-une-pandemie>

⁸⁵ Enjeux d'éthique concernant des outils numériques pour le déconfinement

<https://www.ccne-ethique.fr/fr/actualites/cnpen-enjeux-dethique-concernant-des-outils-numeriques-pour-le-deconfinement>

⁸⁶ Cf. <https://www.cnil.fr/fr/publication-de-lavis-de-la-cnil-sur-le-projet-dapplication-mobile-stopcovid%C2%A0%20>

⁸⁷ Avis sur le suivi numérique des personnes : <https://www.cncdh.fr/node/2069>

⁸⁸ Cf. <https://www.laquadrature.net/2020/04/14/nos-arguments-pour-rejeter-stopcovid/>

⁸⁹ L'application Stop-Covid est morte née. Attention au retour de flamme

vote sur l'utilisation de l'application stop-covid, puis un vote sans quasiment de débat, puis une déclaration du Premier ministre évoquant le sujet, repoussé à un autre jour finalement etc etc... Bref ! Pour une fois, on ne saurait être plus reconnaissant de la médiocrité de cet exécutif à n'avoir pas su quelle voie emprunter pour imposer à tous un truc fabriqué à quelques-uns sans concertation. On disposera de la sorte d'un peu plus de temps pour prendre des décisions fortes sur un sujet jusqu'ici bien trop éludé. L'application Stop-Covid n'est qu'un énième avatar dans la controverse sur la possibilité d'une intelligence artificielle éthique. Le terme "éthique" vient du grec éthos qui fait référence aux mœurs. L'éthique a pour fonction de transposer la morale dans le fonctionnement et la dynamique de la société. Bien évidemment, l'IA en santé doit respecter des principes éthiques. C'est préférable. Mais l'IA et toutes les formes numériques appliquées à nos vies ne doivent-elle pas aussi et surtout respecter la loi ? (La loi est l'expression de la volonté générale : on considère que chaque citoyen participe, directement ou par l'intermédiaire de ses représentants, à l'élaboration de la loi). En effet, la violation d'un principe éthique n'équivaut pas à celle d'un principe juridiquement obligatoire. Or, fort logiquement, le droit est encore très jeune concernant les dernières avancées technologiques. Pour l'application Stop-Covid, la technicité du dispositif n'étant pas suffisamment fiabilisée et en capacité de répondre à des grands principes juridiques, il y a fort à parier qu'elle ne verra pas le jour. De plus, le politique s'est embourbé... Mais cela est provisoire et la prochaine application pour la prochaine crise (ou celle-là) aura à être reconsidérée à la mesure d'un vrai débat de société. Faute d'un débat démocratique incluant toutes les composantes de notre société, la digue des libertés finira par céder devant les coups de boutoir de quelques ensorceleurs du numérique ayant su séduire des politiques peu éclairés. Sur le modèle de celle pour le climat, une convention citoyenne du numérique aurait du sens. A condition que ses conclusions soient suivies d'effet... La meilleure solution découlera de l'acceptation de règles définies collectivement, donc selon des processus démocratiques - débat, conflit, dialogue, concertation, information publique, va-et-vient entre politiques et citoyens ... »

- *La CNIL semble servir d'alibi bien commode à la fuite en avant sécuritaire*

Nous avons vu *supra* que la loi relative à la protection des données personnelles promulguée le 20 juin 2018, qui adapte la loi 'informatique et libertés' du 6 janvier 1978 au 'paquet européen de protection des données'⁹⁰, confère à la CNIL des missions et des responsabilités étendues. Mais cette dernière dispose-t-elle des moyens appropriés pour lui garantir sa pleine efficacité ?

Les difficultés rencontrées par la CNIL pour faire respecter ses décisions à l'égard des opérations de surveillance illicite par drones effectuées par les services relevant du ministère de l'Intérieur suffisent à illustrer la situation à cet égard.⁹¹

« Depuis quarante ans, la CNIL sert d'alibi bien commode à la fuite en avant sécuritaire. [...] La CNIL n'a tout simplement pas les moyens humains, juridiques ou politiques d'enrayer la raison d'État, ni la volonté de questionner la surenchère technologique. » (Luc Tréguier)

- *La docilité assumée du Conseil d'Etat*

Depuis le mouvement des « gilets jaunes », et alors même qu'il considère que « *le respect de la dignité de la personne humaine est une des composantes de l'ordre public* »⁹², le Conseil d'Etat est régulièrement accusé de ne pas défendre les libertés fondamentales.

<https://blogs.mediapart.fr/sebastien-nadot/blog/040520/l-application-stop-covid-est-morte-nee-attention-au-retour-de-flamme>

⁹⁰ 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>.

⁹¹ Cf. <https://www.zdnet.fr/actualites/drones-la-sanction-de-la-cnil-mettra-t-elle-fin-a-la-surveillance-illicite-39916223.htm>

⁹² La dignité de la personne humaine : <https://www.conseil-constitutionnel.fr/la-constitution/la-dignite-de-la-personne-humaine>

Au cours de la pandémie, lors des trois premiers mois, la haute juridiction administrative a été saisie de 327 recours – dont plus de 208 en référé – liés aux mesures prises pour lutter contre l'épidémie de Covid-19. Pour faire face à ce raz-de-marée, une *task force* d'une quinzaine de juges a été constituée par Jean-Denis Combrexelle, le président de la section du contentieux.

L'immense majorité des décisions rendues par le Conseil d'État entérinent les choix de l'exécutif. Le gouvernement n'a été enjoint par les juges à se réformer qu'à 10 reprises (comme le lever de l'interdiction de rassemblement dans les lieux de culte).

« *Le Conseil d'Etat a été jusqu'ici incapable de faire preuve d'indépendance et a validé docilement l'ensemble des décrets pris par le Gouvernement.* » relève le Cercle Droit & Liberté.

« *Il passe pour un auxiliaire de la police administrative* », accuse le journaliste Yvan Stefanovitch, qui publie une enquête sur l'institution⁹³.

La volonté générale et l'intérêt général qui en est l'expression sont des concepts fondés sur une idéalisation de l'homme et du peuple. L'application de ces concepts les confronte à la société réelle et montre leurs limites, largement dépassées par suite de la complexité des sociétés démocratiques modernes.

La transformation numérique à marche forcée voulue, pensée, conçue et mise en œuvre en Europe par les pouvoirs publics sous l'emprise d'une offre technologique agissant comme un couperet les met à mal dès lors que cette idéalisation est altérée par des considérations qui ne relèvent pas de la double promesse démocratique et humaniste.

Néanmoins, conscients que les données ont une importance capitale dans de nombreux domaines, et que leur exploitation suppose des efforts de clarification, de concertation, de normalisation et le cas échéant de régulation en matière de méthode de production et de conservation des données, de règles de partage et d'accès à ces dernières, d'élaboration des principes qui doivent guider leur traitement, de création des régimes d'appropriation et de partage des fruits de leur exploitation, la Chaire « Gouvernance et Régulation » de l'université Paris Dauphine-PSL et le Conseil d'État ont pris la décision d'organiser le 23 octobre 2020 un colloque en ligne spécifiquement dédié à la gouvernance et à la régulation des données, sujets au carrefour entre plusieurs domaines mais encore inexplorés par les pouvoirs publics.⁹⁴

Les difficultés rencontrées par la CNIL dans la mise en œuvre opérationnelle de décisions de la Cour européenne de Justice^{95,96} ou du Comité européen à la protection des données⁹⁷ ayant trait à certains aspects clés de ces enjeux ont probablement joué un rôle incitatif majeur dans cette mobilisation soudaine.

Devant l'ampleur et le rythme des bouleversements à l'œuvre, lorsque le droit est disponible pour statuer sur leur conformité aux principes généraux du droit, en particulier du droit administratif, comme au droit fondamental et/ou au droit issus des lois (notamment les

⁹³ *Petits arrangements entre amis*, Albin Michel

⁹⁴ Cf. <https://www.conseil-etat.fr/actualites/colloques-seminaires-et-conferences/voir-ou-revoir-gouvernance-et-regulation-des-donnees>

⁹⁵ *Invalidation du Privacy Shield par la Cour de justice de l'Union européenne* :

<https://www.nextinpact.com/article/30416/109182-retour-sur-invalidation-privacy-shield-par-justice-europeenne>

Avec cet arrêt, la CJUE a considéré que les États-Unis n'offraient pas le niveau de protection adéquat pour traiter les données des personnes physiques installées en Europe.

⁹⁶ *Invalidation du Privacy Shield : les organisations professionnelles réclament des mesures contre l'insécurité juridique* :

<https://www.nextinpact.com/lebrief/43893/invalidation-privacy-shield-organisations-professionnelles-reclament-mesures-contre-linsecurite-juridique>

⁹⁷ *La Cnil européenne exhorte les institutions à ne plus transférer de données vers les États-Unis* :

https://www-usine--digitale-fr.cdn.ampproject.org/c/s/www.usine-digitale.fr/amp/article/la-cnil-europeenne-exhorte-les-institutions-a-ne-plus-transferer-de-donnees-vers-les-etats-unis.N1023029?fbclid=IwAR0_7PuwIBWpRgLE31xsd4pP5p976Twb3QG5qIrLX92mgRB13ebcR3XzxJw

différents codes), il est permis de penser que le recours à la sagesse des juges du Conseil d'Etat et du Conseil constitutionnel sera désormais de plus en plus la règle, le gouvernement, l'administration publique, comme le Parlement, ne semblant plus en mesure de garantir par eux-mêmes le respect des éléments les plus fondamentaux du droit.

Par sagesse des juges, il faut entendre leur capacité à apprécier la légalité de manière téléologique, comme le suggère la « nouvelle légalité », « laquelle ne mesure plus la distance entre l'acte et la norme, mais qui, dans le cadre du droit positif en vigueur, vise à atteindre la finalité propre de la pratique juridique, la justice – qu'il faut concevoir comme un juste équilibre, selon le contexte de l'action et au cours d'un due process of law, entre des intérêts multiples et contrastants à l'aune des principes et des valeurs de la Constitution et des Chartes européennes des droits - »⁹⁸, et attribue une importance première au but de la loi en se fondant sur la volonté déclarée ou présumée du législateur, qui doit pouvoir l'emporter quand la lettre trahit l'esprit de la loi.

- *Ni la Constitution ni le Conseil constitutionnel ne parviennent à rassurer les citoyens*

« 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.

On perçoit bien, au travers de la grande variété comme de la nature des motifs d'inquiétude présentés ci-dessus que le droit fondamental est souvent sollicité pour statuer sur des enjeux fondamentaux.

Des questions prioritaires de constitutionnalité ayant trait aux grands enjeux juridiques de cette transformation numérique ont été déposées en nombre auprès du Conseil constitutionnel.

Or, le Conseil constitutionnel⁹⁹ a déclaré conforme à la Constitution la loi organique dite d'urgence qui a suspendu jusqu'au 20 juin 2020 des délais d'examen des QPC : une loi « sans précédent qui rend moins efficace le contrôle de constitutionnalité » selon Nicolas Hervieu, enseignant à Sciences Po et spécialiste des libertés, et jugée « gravissime » par le professeur de droit Paul Cassia.

Ainsi le Conseil constitutionnel s'est vu imposer par une loi organique le principe de différer ses réponses aux recours citoyens contestant certaines dispositions prises au titre de l'état d'urgence sanitaire.

Les avocats William Bourdon et Vincent Brengarth ont saisi le Défenseur des droits, constatant que « Cette loi, c'est une dérive extrêmement préoccupante. C'est une sorte d'instrument pour venir neutraliser le contrôle de constitutionnalité. Sur l'état d'urgence qui a suivi les attentats de 2015, il y avait eu des censures du Conseil constitutionnel postérieures à la loi. Dans le cas présent, imaginez : des personnes peuvent être condamnées par comparution immédiate sur le fondement d'un délit dont elles auraient pu contester la constitutionnalité, notamment en termes de proportionnalité. Sans effet impératif sur les délais, la peine sera déjà exécutée avant de pouvoir être contestée devant le Conseil constitutionnel. Les QPC sont des moyens de droit essentiels aujourd'hui, d'autant plus si l'on considère les circonstances dans lesquelles cette loi a été adoptée : sans concertation, sans temps du débat [...] Il est intéressant de constater

⁹⁸ Cf. Massimo Vogliotti in *Les nouveaux chemins de la légalité - Au-delà de la modernité juridique* : <https://books.openedition.org/pusl/26148>

⁹⁹ 4. Afin de faire face aux conséquences de l'épidémie du virus covid-19 sur le fonctionnement des juridictions, l'article unique de cette loi organique se borne à suspendre jusqu'au 30 juin 2020 le délai dans lequel le Conseil d'Etat ou la Cour de cassation doit se prononcer sur le renvoi d'une question prioritaire de constitutionnalité au Conseil constitutionnel et celui dans lequel ce dernier doit statuer sur une telle question. Il ne remet pas en cause l'exercice de ce recours ni n'interdit qu'il soit statué sur une question prioritaire de constitutionnalité durant cette période.

Cf. Décision n° 2020-799 DC du 26 mars 2020 : <https://www.conseil-constitutionnel.fr/decision/2020/2020799DC.htm>

que les situations de crise amènent à une mutation temporaire de l'Etat de droit dans un sens de restriction du contrôle juridictionnel... Il ne nous reste plus que les autorités administratives indépendantes pour rappeler le droit, dans le cadre de leurs prérogatives. Nous attendons du Défenseur des droits qu'il critique la décision du Conseil constitutionnel (de valider la loi le 26 mars) et qu'il fasse au moins une communication pour rappeler que cette loi n'empêche pas de respecter les délais habituels d'une question prioritaire de constitutionnalité. »

Or, sur l'essentiel des dispositions soumises à examen (procédure d'examen de la loi, conditions d'engagement de la responsabilité pénale en cas de catastrophe sanitaire, ...), le Conseil constitutionnel a établi la conformité à la Constitution et au droit.

Néanmoins, il a également établi une non-conformité partielle ainsi que des réserves à l'égard de certaines dispositions de la loi ayant trait à des restrictions de liberté individuelle.

Le Conseil constitutionnel a rappelé que « La Constitution n'exclut pas la possibilité pour le législateur de prévoir un régime d'état d'urgence sanitaire. Il lui appartient, dans ce cadre, d'assurer la conciliation entre l'objectif de valeur constitutionnelle de protection de la santé et le respect des droits et libertés reconnus à tous ceux qui résident sur le territoire de la République. Parmi ces droits et libertés figurent la liberté d'aller et de venir, composante de la liberté personnelle, protégée par les articles 2 et 4 de la Déclaration de 1789, le droit au respect de la vie privée garanti par cet article 2, la liberté d'entreprendre qui découle de cet article 4, ainsi que le droit d'expression collective des idées et des opinions résultant de l'article 11 de cette déclaration. »

Mais force est de constater que, n'étant pas une Cour constitutionnelle, le Conseil constitutionnel n'a soulevé d'office aucune question de conformité à la Constitution et ne s'est donc pas prononcé sur la constitutionnalité des autres dispositions que celles examinées dans cette décision.

Il ressort de cet épisode important de la vie démocratique nationale française que, si un dispositif de contrôle parlementaire renforcé a bien été intégré à l'article 2 de la loi du 23 mars, sur l'insistance sénatoriale, on ne peut s'empêcher d'observer un certain recul par rapport à ce que prévoyait la loi de 1955.¹⁰⁰

Cette situation nouvelle soulève l'épineuse question de la limitation des droits fondamentaux constitutionnels par l'ordre public.

L'un des cahiers du Conseil constitutionnel relatif à 'la limitation des droits fondamentaux constitutionnels par l'ordre public' stipule : « Que veut, que cherche la Nation dans l'œuvre de la Constitution qu'elle attend de nous ? La conciliation, la consolidation de l'ordre et de la liberté, cet éternel problème que poursuivent depuis si longtemps les sociétés humaines. À l'appui d'une interprétation constructive de la Constitution, le Conseil constitutionnel a progressivement indiqué les sources textuelles de l'ordre public. L'article 34 de la Constitution constitue le fondement principal à l'appui duquel est exposée la conciliation législative entre les exigences de l'ordre public et les droits garantis. À partir de cette clause, combinée avec les dispositions comprenant une réserve spécifique de compétence législative, les articles 4 et 5 de la Déclaration de 1789, ou encore la consubstantialité de l'ordre public et des libertés inhérente à la Constitution, le Conseil précise les composantes de l'objectif de valeur constitutionnelle de sauvegarde de l'ordre public. Outre la sécurité des personnes et des biens et la prévention des atteintes à l'intégrité physique des personnes, il comprend la lutte contre le terrorisme et l'immigration irrégulière, la nécessité de garantir l'exécution des mesures

¹⁰⁰ *La fin des apparences à propos du contrôle parlementaire en état d'urgence sanitaire*
<https://journals.openedition.org/revdh/9022>

d'éloignement, la lutte contre la fraude, la prévention des actes terroristes et de la récidive, mais aussi les « exigences minimales de la vie en société. Cette expansion des aspects matériel et immatériel de l'ordre public a des incidences sur la détermination des limites aux droits garantis. Sur le plan formel, d'une part, elles se matérialisent par un double mouvement dans la hiérarchie des normes. Certains domaines, comme les fichiers de police et les dispositifs de vidéosurveillance, relèvent dorénavant de la compétence du législateur en raison de leur incidence sur l'exercice des droits garantis, alors que le degré de régulation du législateur dans la définition du champ d'application des limites diminue. Aussi, la détermination des limites aux droits garantis témoigne d'une multiplication des régimes dérogatoires du droit commun et du recours à des techniques propres aux régimes d'exception, telles que les dispositions temporaires. D'autre part, la concrétisation législative de l'ordre public se traduit par une diversification matérielle des limites aux droits et libertés. La distinction, de plus en plus complexe, entre les mesures de police administrative et de police judiciaire, ou entre les peines et les mesures de sûreté, illustre la confusion croissante entre la sauvegarde de l'ordre public et la recherche des auteurs d'infractions. Dès lors, la question se pose de savoir si la diversification des normes engendrée par les exigences renouvelées de l'ordre public s'accompagne, elle-même, d'un renouvellement des « limites aux limites » aux droits fondamentaux dans les décisions du Conseil constitutionnel. »¹⁰¹

Pour Luc Rouban, directeur de recherche au CNRS : *« Ce retour brutal à des pratiques d'autorité que l'on croyait révolues, tout comme la résurrection de l'État, viennent amplifier des attentes d'efficacité de l'action publique qui étaient déjà bien présentes dans la population française. Alors même que l'on a vécu la crise des « gilets jaunes » et le grand débat national comme des occasions (plutôt ratées) d'étendre et d'approfondir la vie démocratique en France, la vague 11 du Baromètre de la confiance politique du Cevipof¹⁰² est venue nous dire autre chose en février 2020, juste avant que n'éclate la crise sanitaire. En effet, 41 % des enquêtés sont d'accord (et 9 % tout à fait d'accord) avec la proposition selon laquelle « En démocratie, rien n'avance, il vaudrait mieux moins de démocratie, mais plus d'efficacité ». L'horizon d'une extension des procédures démocratiques se rétrécit et l'efficacité de l'action publique est devenue prioritaire pour une grosse minorité des enquêtés, ce qui semble évoquer des régimes autoritaires du style chinois où le résultat collectif compte plus que les libertés individuelles. »*¹⁰³

Selon le professeur Dominique Rousseau, s'agissant de la France : *« 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 ? »*

Eugénie Mériaux déplore un recul de l'Etat français à l'égard des droits humains, recul également *« noté avec une profonde inquiétude »* par le Haut-Commissariat aux Droits de l'Homme des Nations Unies, ainsi qu'une détérioration de la qualité de la démocratie en France, telle qu'enregistrée par les indicateurs de V-Dem mesurant les évolutions dans le temps des régimes politiques à travers le monde¹⁰⁴.

Le Conseil constitutionnel est parfois ouvertement mis en cause à l'égard de ce recul de l'Etat de droit. En juillet 2015, il a validé l'essentiel de la loi sur le renseignement, en particulier les

¹⁰¹ La limitation des droits fondamentaux constitutionnels par l'ordre public <https://www.conseil-constitutionnel.fr/nouveaux-cahiers-du-conseil-constitutionnel/la-limitation-des-droits-fondamentaux-constitutionnels-par-l-ordre-public>

¹⁰² Baromètre de la confiance politique du Cevipof (février 2020) :

<https://www.sciencespo.fr/cevipof/sites/sciencespo.fr.cevipof/files/OpinionWay%20pour%20le%20CEVIPOF-Barome%CC%80tre%20de%20la%20confiance%20en%20politique3-%20vague11%20-%20Comparaison.pdf>

¹⁰³ Les effets politiques de l'épidémie : l'efficacité contre la démocratie ?

<https://theconversation.com/les-effets-politiques-de-lepidemie-lefficacite-contre-la-democratie-134828>

¹⁰⁴ Cf. <https://www.v-dem.net/fr/>

boîtes noires algorithmiques destinées à détecter les comportements suspects sur Internet sans que le citoyen ordinaire ne puisse en contrôler l'usage politique (en vertu du 'secret défense').

Pour Frédéric Mas, journaliste et philosophe politique : « *En déclarant que le champ d'application de la loi sur le renseignement ne relève que de la police administrative, et donc de la prévention des infractions et de l'ordre public, le Conseil constitutionnel a clairement interprété le texte comme relevant de l'État de police, au détriment de l'État de droit. En cela, il n'est pas exagéré d'y voir une régression d'ampleur, en particulier en ce qui concerne le contrôle des gouvernants par les gouvernés. En effet, historiquement, l'État de droit succède à l'État de police : le premier vise à limiter par le droit l'empiètement de l'administration sur les droits et libertés de ses administrés, le second formalise l'arbitraire du gouvernement et la généralisation de la surveillance du citoyen. Il est désormais clair pour tout le monde que le Conseil constitutionnel a choisi par son positivisme paresseux d'admettre la disparition de la vie privée en France.* »

A la différence d'autres Constitutions étrangères telles que la loi fondamentale allemande du 23 mai 1949 (art. 1^{er}) ou la Constitution espagnole du 27 décembre 1978 (art. 10), la dignité de la personne humaine n'est pas consacrée explicitement par la Constitution du 4 octobre 1958 ou par les textes auxquels renvoie son Préambule. La seule occurrence du terme « *dignité* » figure à l'article 6 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789, qui impose que tous les citoyens soient admissibles aux dignités, places et emplois publics, selon leur capacité, et sans autre distinction que celle de leurs vertus et de leurs talents. La « *dignité* » renvoie ici à la « *qualité de membre d'un ordre civil ou militaire* »

Dans sa décision « Bioéthique » du 27 juillet 1994, le Conseil constitutionnel a déduit le principe à valeur constitutionnelle de sauvegarde de la dignité de la personne humaine contre toute forme d'asservissement et de dégradation de la première phrase du Préambule de la Constitution de 1946 ainsi rédigée : « *Au lendemain de la victoire remportée par les peuples libres sur les régimes qui ont tenté d'asservir et de dégrader la personne humaine, le peuple français proclame à nouveau que tout être humain, sans distinction de race, de religion ni de croyance, possède des droits inaliénables et sacrés* ».

Dans une autre décision en date du 5 février 2021 en réponse à une QPC posée par les sociétés Bouygues Télécom et SFR¹⁰⁵, invoquant des considérations relevant de la sécurité nationale, le Conseil constitutionnel a validé les dispositifs législatifs anti-Huawei mis en place à la faveur de la loi n° 2019-810 du 1er août 2019 que les deux opérateurs considèrent comme présentant un danger au regard des conséquences sur leur activité, notamment les nouveaux pouvoirs attribués à l'Agence nationale de la sécurité des systèmes d'information (ANSSI).¹⁰⁶

Le professeur Yannick Chatelain¹⁰⁷ observe que les arguments sécuritaires invoqués valent aussi pour n'importe quel acteur privé, le passé nous ayant appris que des usages dévoyés des technologies ne sont pas l'apanage de la Chine¹⁰⁸ ; or, celui qui contrôle une partie de l'infrastructure technologique au niveau du réseau peut accéder à des éléments critiques en lien avec les télécommunications, lesquels se doivent d'être protégés.

Pour la France, cette loi jugée conforme à la Constitution ne sera pas sans conséquence. Comme le soulignait la Fédération française des télécommunications : « *Si demain, Huawei était amené*

¹⁰⁵ Cf. <https://www.conseil-constitutionnel.fr/decision/2021/2020882QPC.htm>

¹⁰⁶ Cf. <https://www.conseil-constitutionnel.fr/decision/2021/2020882QPC.htm>

¹⁰⁷ Auteur notamment de : *Chroniques du technomonde - les évolutions récentes d'internet - pour le meilleur ou pour le pire ?* www.cultura.com/chroniques-du-techno-monde-les-evolutions-recentes-d-internet-pour-le-meilleu-9782818809174.html

¹⁰⁸ Prism, Snowden, surveillance : 7 questions pour tout comprendre :

https://www.lemonde.fr/technologies/article/2013/07/02/prism-snowden-surveillance-de-la-nsa-tout-comprendre-en-6-etapes_3437984_651865.html

à être interdit sur tout ou partie du territoire, il faut bien que chacun ait conscience des retards considérables que nous prendrions dans les déploiements. Ça serait un retard considérable pour les territoires, pour les entreprises françaises, pour la transformation numérique. Cela aurait un coût. »

Dès 2019, une étude non publique conduite par l'association des opérateurs et constructeurs de téléphonie mobile (GSMA), corroborait ce discours et alertait devant la montée en puissance d'une ostracisation fondée sur le soupçon. Le journal *Le Monde* qui avait pu accéder à ce document indiquait que : « *Une exclusion des vendeurs chinois d'équipements télécoms du marché européen augmenterait la facture du déploiement de la 5G d'environ 55 milliards d'euros pour les opérateurs européens.* »

Au-delà de telles considérations, c'est probablement la manière dont sont envisagés l'intérêt général et son rapport aux droits fondamentaux par le Conseil constitutionnel qui soulève les plus grandes difficultés, comme le relève Thierry Foucart : « *Il s'avère que, parmi les textes constitutionnels de référence, aucun ne renvoie à la notion d'intérêt général. Le silence de la Constitution paraît donc a priori condamner le recours à celle-ci dans la jurisprudence constitutionnelle. Tel n'est pourtant pas le cas. Surmontant l'obstacle textuel, la Haute Instance décide d'intégrer l'intérêt général parmi ses instruments de contrôle de la loi. Plus précisément, elle l'érige en condition de constitutionnalité de la loi. Lorsque le législateur restreint l'exercice de certains principes, droits ou libertés protégés par le Conseil, il doit justifier son action par la poursuite d'un intérêt général.* »¹⁰⁹

Pour Michael von Liechtenstein : « *L'idée que la Constitution devrait protéger les citoyens contre l'État a été abandonnée.* »

- *Les insuffisances du droit constitutionnel participent à l'affaiblissement de l'Etat de droit*

Force est de déplorer que le droit fondamental 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 favorise l'intelligence artificielle, quand bien même le droit constitutionnel ne fait pas uniquement que subir ou s'adapter aux effets de la révolution numérique, car il tente, depuis quelques années, de se saisir du phénomène pour l'encourager, le protéger, l'utiliser, l'encadrer ou le régler.

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.* »¹¹⁰

- *Le Défenseur des droits prend position*

¹⁰⁹ Intérêt général et droits fondamentaux : <https://fr.irefeurope.org/Publications/Articles/article/Interet-general-et-droits-fondamentaux>

¹¹⁰ 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>

Devant cette situation dégradée de l'Etat de droit en France, le Défenseur des droits, Jacques Toubon, ancien garde des Sceaux et ministre de la Justice, a rappelé dans un rapport publié en 2019¹¹¹, à la suite d'enquêtes menées en commun avec l'Institut national de la Consommation (INC), 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.

Il s'est à nouveau exprimé publiquement le 1^{er} mars 2020 pour réaffirmer que la dématérialisation des services publics est un progrès, mais à la condition qu'elle se fasse en respectant les principes fondamentaux du service public à la française – égalité et continuité – et de l'accès des usagers à leurs droits, sans pour autant contester l'objectif de l'agenda « Action publique 2022 ». D'ici 2022, parmi les trois écueils qui doivent être évités selon Jacques Toubon, on peut en dégager les principaux éléments suivants : d'abord, la dématérialisation ne doit pas être utilisée comme une simple substitution à la disparition des services publics pour des raisons budgétaires. C'est là un choix politique et social majeur qui relève du pouvoir. Ensuite, elle ne doit pas être faite à marche forcée, en ignorant toute une frange de la population – 20 % selon l'Insee – qui maîtrise mal, ou pas du tout, les nouvelles technologies et les formalités administratives dématérialisées. Enfin, les réponses apportées aux citoyens doivent être respectueuses de la dignité des personnes, autant que de leurs droits.

Rejoignant la lettre comme l'esprit des dispositions de la Charte des Nations Unies comme de la Déclaration universelle des Droits de l'homme de 1948 relatives à l'Etat de droit, la position du Défenseur des Droits se résume en ces termes simples : « *Il faut remettre de l'humain dans la machine France* ».

Dans cet esprit, la création à l'initiative du gouvernement d'un réseau national de la médiation numérique ainsi que d'un portail dédié à cette médiation numérique¹¹² permettant de consulter et commenter un texte soumis à l'avis du public avant qu'il devienne un règlement, une charte d'adhésion ou même une loi, constitue une avancée importante qui mérite d'être saluée.

Le 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-il 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 et les mêmes libertés ? Sont-elles de nature à créer de la confiance ?

Des doutes subsistent à ces différents égards, même si la possibilité d'un recours aux dispositions du protocole n° 16 annexé à la Convention européenne des droits de l'homme offre des garanties nouvelles.

Seule certitude formelle, à ce jour, l'UE n'a pas souhaité activer à l'encontre de la France quelque disposition que ce soit de son arsenal 'coercitif' à l'égard d'un Etat membre exerçant des violations généralisées de l'Etat de droit par un Etat membre. Comme elle ne l'a pas activé non plus à l'égard de l'Allemagne qui, en novembre 2020, a adopté une loi sur la protection

¹¹¹ *Dématérialisation et inégalités d'accès aux services publics* :

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

¹¹² Cf. <http://www.mediation-numerique.fr/>

contre les infections - une loi 'pour la protection de la population en cas de situation épidémique d'intérêt national', qui donne aux autorités une plus grande marge de manœuvre pour restreindre la liberté individuelle, la vie privée et l'esprit d'entreprise.

Quelques pistes de progrès sur le registre du droit

« *Faisons face au temps comme il nous cherche* »

(Shakespeare)

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-tech¹¹³ ou la "Social-tech"¹¹⁴.

Cependant, les éléments d'analyse exposés *supra* démontrent la nécessité de repenser le droit pour 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.

- *Poursuivre et développer les initiatives internationales déjà engagées en leur donnant un socle institutionnel prenant en compte les bouleversements profonds à l'oeuvre*

Devant les grands bouleversements induits par les technologies issues de la 4^{ème} révolution industrielle et par le 'Great Reset' qui a trouvé dans la pandémie de la Covid19 une occasion historique pour son amorçage¹¹⁵, aucune réponse nationale ou régionale ne parviendra seule à résoudre les problématiques soulevées en matière d'éthique ou de droit.

Selon Francis Fukuyama, toutes les réglementations gouvernementales (portant sur la protection de la vie privée, sur les 'fake news', sur les données personnelles, etc.), comportent des failles patentées.

Les vulnérabilités, risques et menaces qui pèsent sur la disponibilité en continu du web et d'Internet^{116,117,118,119} 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.

L'édition 2020 du Rapport sur le commerce mondial de l'OMC, qui analyse le recours aux politiques publiques à l'ère numérique, souligne qu'il est important que les pays travaillent ensemble afin d'obtenir des résultats globaux positifs tout en réduisant au minimum les retombées négatives.¹²⁰

Mark Hunyadi, professeur de philosophie sociale, morale et politique à l'UCL et Hugues Bersini, directeur du Laboratoire d'IA à l'ULB le concèdent tous les deux, l'IA exige un encadrement qui fait aujourd'hui défaut : « *Pour affronter ces problèmes sociétaux*

¹¹³ Cf. <https://digital-society-forum.orange.com/fr/les-forums/878-la-civic-tech-une-revolution-democratique>

¹¹⁴ Cf. <https://digital-society-forum.orange.com/fr/les-forums/882-la-social-tech-le-numerique-au-service-de-linnovation-sociale>

¹¹⁵ Cf. *Global Technology Governance Report 2021* : https://fr.weforum.org/reports/global-technology-governance-report-2021?fbclid=IwAR2SFZPDYYCBGfqY8AeZr0ym9Y_uNYQaQ5a1kndzPIXNJlgr8mBkD_2QRM

¹¹⁶ *What would happen if the Internet collapsed?* : <https://computer.howstuffworks.com/internet/basics/internet-collapse1.htm>

¹¹⁷ *Vulnérabilité des services d'authentification web* : https://fr.wikipedia.org/wiki/Vuln%C3%A9rabilit%C3%A9_des_services_d%27authentification_web

¹¹⁸ *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>

¹¹⁹ *En 2050, internet sera-t-il toujours debout ?* : https://www.cnetfrance.fr/news/en-2050-internet-sera-t-il-toujours-debout-39891341.htm?fbclid=IwAR1ds0GrZ20tS6b2Fb1FYpjTUhNaDL_eAPaaflIP8yLWgWqHoduGxPI6tk

¹²⁰ Cf. https://www.wto.org/french/res_f/reser_f/wtr_f.htm

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. »

Mireille Delmas-Marty, professeure honoraire au Collège de France et membre de l'Académie des sciences morales et politiques, appelle de son côté à prendre pleinement acte que :

« Gouverner la mondialisation par le droit implique de construire un état de droit sans État mondial, donc de repenser l'outil que représente le droit, traditionnellement identifié à l'État, face aux interdépendances nées de la mondialisation et aux défis qu'elles engendrent. [...] Notre conception de la souveraineté doit être renouvelée. Pour créer un état de droit sans véritable État mondial, l'universalisme est trop ambitieux et le souverainisme, par repli sur les communautés nationales, trop frileux. Concilier souverainisme et universalisme nécessite de les penser de façon interactive, car il ne s'agit pas de choisir entre les deux, mais de les combiner afin de les concilier. C'est pourquoi nous avons encore besoin des communautés nationales pour responsabiliser les principaux acteurs de la mondialisation (États et entreprises transnationales – ETN -), mais seule la communauté mondiale pourra définir les objectifs communs et les responsabilités qui en résultent. Et seul leur entrecroisement évitera que les deux dynamiques s'opposent et se neutralisent, aboutissant à une société « à irresponsabilité illimitée ». [...] Au niveau européen et a fortiori au niveau mondial, on ne peut pas directement transposer la théorie classique de la séparation des pouvoirs, ne serait-ce parce qu'il n'existe pas de pouvoir exécutif mondial, ni de législateur mondial. En revanche les juridictions sont impliquées dans la gouvernance mondiale, même quand leur statut reste lié au cadre national. La théorie de Montesquieu n'est donc pas transposable, car elle supposerait un État mondial, ni faisable, ni souhaitable. Il faut donc chercher à transposer l'idée démocratique des contre-pouvoirs. À défaut d'une véritable séparation entre les trois pouvoirs, l'agrégation savoir-vouloir-pouvoir pourrait assurer une sorte de rééquilibrage, chacun des acteurs ayant un rôle dans l'élaboration et l'application des normes. À condition de respecter l'indépendance, et de garantir la compétence, des scientifiques et d'assurer l'impartialité des acteurs civiques. D'où l'importance d'une régulation d'éventuels conflits d'intérêts. En résumé, il ne s'agit plus de séparer les pouvoirs, mais d'agréger le savoir et le vouloir face à des pouvoirs qui, tantôt économiques, tantôt politiques, tantôt les deux, sont la véritable incarnation d'une communauté qui émerge d'un droit en mouvement. [...] À l'évidence, le droit est en mouvement : c'est pourquoi les phénomènes normatifs émergents ne peuvent être pensés à la seule lumière de la métaphore de la pyramide des normes. En dépit des piliers, des socles, des droits fondamentaux, nous sommes entrés dans une zone de turbulence, par nature instable. Certes la métaphore des réseaux rend mieux compte des horizontalités (réseaux des villes, des juges), que celle de la pyramide, mais elle ne suffit pas à exprimer cette instabilité croissante qui caractérise nos sociétés. D'où la métaphore des nuages et des vents. Au-delà des problèmes habituels de traduction (l'état de droit n'est pas un synonyme de rule of law, les droits de l'homme peuvent renvoyer à l'État soumis au droit comme à l'État qui fait des lois, le droit commun n'a pas le même sens que la common law, etc.), il faudrait remplacer les « concepts fondateurs » par des « processus transformateurs ». Dès lors, petit à petit, subrepticement on subvertit le sens des mots : c'est ainsi que la souveraineté qui se voulait « solitaire » pourrait devenir « solidaire ». En résumé, on ne peut ni choisir entre le souverainisme et l'universalisme, ni enfermer les systèmes de droit dans une logique hiérarchique et binaire ; ni admettre l'appropriation des biens communs mondiaux par les États ou les ETN ; ni transposer la séparation des pouvoirs à l'échelle d'un gouvernement du monde ; ni penser la communauté mondiale comme une communauté de mémoire. C'est pourquoi le juriste doit être innovant et

le droit novateur. Certes, il ne s'agit pas de donner libre cours à une imagination débridée, mais simplement de sortir des sentiers battus, parce que la réalité n'y passe plus. Elle passe par une complexité qui pourrait paradoxalement renforcer la justice et par de nouveaux récits d'anticipation qui devraient contribuer à équilibrer la force. »¹²¹

La capacité des institutions européennes et internationales (Nations Unies) à réguler les innovations technologiques de rupture par le droit est mise d'ores et déjà à l'épreuve des faits à l'égard des systèmes d'armes létales autonomes¹²². Si une volonté d'agir s'est bien manifestée, que parviendra-t-elle à produire *in fine* au regard des jeux et enjeux qui opposent les Etats ?

- *Vérifier si la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'Homme et des libertés fondamentales doit être aménagée pour prendre en compte les défis numériques*

On entrevoit dans certains des droits et principes de la *Convention européenne de sauvegarde des droits de l'Homme et des libertés fondamentales* dont nous avons souligné *supra* le rôle fondamental, 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 à ces nouveaux défis.

Une autre urgence est de vérifier si les « *juges non élus et n'ayant de comptes à rendre à personne* » qui siègent à la CJUE et à la CEDH sont vraiment indépendants et impartiaux. Et d'agir si nécessaire pour sanctionner et corriger les écarts avérés éventuels. C'est dans cette optique que le Comité des Ministres, en vertu de l'article 15.b du Statut du Conseil de l'Europe, a recommandé en 2017 « *que les gouvernements des États membres: – établissent ou renforcent, selon le cas, un cadre cohérent et global pour la réglementation juridique des activités de lobbying dans le contexte de la prise de décision publique, conformément aux principes directeurs énoncés dans l'annexe ci-jointe et à la lumière de leurs propres situations nationales; – veillent à ce que la présente recommandation soit traduite et diffusée aussi largement que possible, notamment aux groupes de lobbyistes, au milieu des affaires, aux syndicats, aux organisations sectorielles, aux organes publics, aux autorités de régulation, aux ONG de la société civile, aux responsables politiques, aux universitaires.* »¹²³

- *L'Union européenne doit continuer d'aménager son droit primaire et mettre fin au monopole des géants du numérique en Europe*

Pour Eric Maurice « *La démocratie est le fondement politique et moral de l'Union européenne et des Etats qui la composent. Par son bon fonctionnement, elle tend à pacifier les alternances politiques, atténuer les tensions sociales et supprimer l'arbitraire judiciaire, ce qui garantit la paix civile et la prospérité des sociétés européennes. En outre, dans un monde où les marqueurs de la démocratie libérale issue des Lumières européennes sont en recul, la valeur démocratie est un outil de la puissance et de l'influence de l'Union. Sans démocratie fonctionnelle en leur sein, l'Union et ses Etats membres perdraient leur capacité à agir et défendre leurs intérêts,*

¹²¹ *À l'ère du coronavirus, gouverner la mondialisation par le droit :*

<https://legrandcontinent.eu/fr/2020/03/18/coronavirus-mondialisation-droit-delmas-marty/>

¹²² *Quels principes juridiques pour les systèmes d'armes létales autonomes ?*

https://theconversation.com/quels-principes-juridiques-pour-les-systemes-darmes-letales-autonomes-153581?utm_term=Autofeed&utm_medium=Social&utm_source=Facebook&fbclid=IwAR3VXofQ4iJxKaqQzNo6BxTJpNPhDh_aIC_YXGQtc5Qso4OP4gOxW7X5HDw#Echobox=1613343694

¹²³ *Recommandation CM/Rec(2017)2 du Comité des Ministres aux États membres relative à la réglementation juridique des activités de lobbying dans le contexte de la prise de décision publique (adoptée par le Comité des Ministres le 22 mars 2017)*
<https://rm.coe.int/la-reglementation-juridique-des-activites-de-lobbying-dans-le-contexte/168073ed67>

par le maintien d'un multilatéralisme basé sur des règles, ou par la projection de leurs valeurs et de normes suivies par d'autres. »

« Le mécanisme européen de protection de l'Etat de droit, dont le premier rapport annuel¹²⁴ a été débattu pour la première fois par les Etats membres le 17 novembre 2020, est un premier pas vers une action systématique et préventive. Le mécanisme de conditionnalité sur le budget de l'Union, qui doit être mis en œuvre avec le nouveau cadre financier pluriannuel et le plan de relance, est également un outil d'intervention directe dans les Etats qui ne veulent plus suivre les règles. Les stratégies contre les cybermenaces, les ingérences et la désinformation, développées en parallèle, dotent l'Europe d'une panoplie large pour défendre sa démocratie. L'enjeu à venir est une articulation plus affirmée et plus directe de ses multiples dimensions, internes et externes. »¹²⁵

Les autorités européennes chargées de la protection de la vie privée, regroupées sous l'égide du Conseil européen de la protection des données (CEPD), ont adopté en novembre 2020 plusieurs recommandations faisant suite à l'arrêt 'Schrems II', par lequel la Cour de justice de l'Union européenne (CJUE) a invalidé le 'Privacy Shield', remettant en question la manière dont les entreprises, et en particulier les géants technologiques américains, transmettent des données aux Etats-Unis.

« En vertu de l'arrêt du 16 juillet, les responsables du traitement qui s'appuient sur les clauses contractuelles types (CCT) sont tenus de vérifier, au cas par cas et, le cas échéant, en collaboration avec le destinataire des données dans le pays tiers, si la législation du pays tiers assure un niveau de protection des données à caractère personnel transférées qui est essentiellement équivalent à celui garanti dans l'Espace économique européen (EEE). [...] La CJUE permet aux exportateurs d'envisager des mesures complémentaires aux clauses contractuelles pour assurer le respect effectif de ce niveau de protection lorsque les garanties contenues dans les clauses ne sont pas suffisantes. »

En décembre 2020, les commissaires européens au Numérique et à la Concurrence ont présenté deux propositions de règlements : le règlement sur les services numériques ('Digital Services Act') et le règlement sur les marchés numériques ('Digital Markets Act') qui seront d'application immédiate dans toute l'Union européenne après leur adoption définitive, aucune transposition en droit national n'étant nécessaire à la différence des directives européennes.

Le premier vise à responsabiliser l'ensemble de opérateurs (les grandes plateformes comme les intermédiaires) qui devront disposer des moyens pour modérer les contenus qu'ils accueillent et coopérer avec les autorités publiques. Mais, reprenant la logique de la loi Avia, il comporte le risque de pousser les acteurs du Net au sens large à pratiquer, par précaution, une censure extrêmement large sur les contenus qu'ils publient.

Le second impose des contraintes spécifiques aux seuls acteurs 'systémiques' dont la toute-puissance menace le libre jeu de la concurrence, précise les critères définissant cette catégorie d'entreprises, et prévoit des sanctions dissuasives en accompagnement du cadre réglementaire.¹²⁶ En limitant fortement leur possibilité à une collecte large des données personnelles, leur principal moteur économique, il limitera la rentabilité des sites et les obligera

¹²⁴ Rapport 2020 sur l'état de droit La situation de l'état de droit dans l'Union européenne : <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/FR/TXT/PDF/?uri=CELEX:52020DC0580>

¹²⁵ La démocratie européenne, un système fondamental à protéger :

<https://www.robert-schuman.eu/fr/questions-d-europe/0578-la-democratie-europeenne-un-systeme-fondamental-a-protger>

¹²⁶ Ces sanctions pourront s'élever jusqu'à 10 % du chiffre d'affaires pour de graves infractions à la concurrence, et dans les cas extrêmes, pourront déboucher sur l'obligation de céder des activités en Europe. En matière de contenus illégaux en ligne, les amendes pourront atteindre 6 % du chiffre d'affaires, en plus d'une interdiction de poursuivre son activité en Europe en cas de manquement grave et répété.

à trouver de nouveaux moyens de financement, par exemple en faisant directement payer leurs services.

Le séquençage de la définition du cadre réglementaire européen dans le secteur numérique doit être minutieux ; car il s'agit de défendre les préférences collectives européennes tout en préservant un espace de coopération avec les États-Unis et d'autres partenaires sans bloquer prématurément toute négociation par une politique du fait accompli.

L'Europe a une avance indéniable en matière de protection des consommateurs et des entreprises vis-à-vis des plates-formes du numérique. Le RGPD a accru la protection des personnes physiques. Le nouveau règlement P2B renforce la protection des entreprises qui vendent via des plates-formes Internet. Le futur règlement '*Digital Service Act*' va inclure des mesures pour assurer la sécurité des utilisateurs en ligne des plates-formes et imposer le partage de données avec les entreprises concurrentes. Car la structuration actuelle du Web est, à de très nombreux égards, non optimale. Les alternatives à Facebook, WhatsApp, Uber, Airbnb, Amazon existent, mais sont limitées par le faible nombre d'utilisateurs.

Un collectif d'acteurs du numérique, de l'entreprise, du syndicalisme et des collectivités locales plaide en faveur de l'interopérabilité des données, afin de briser le monopole des géants du numérique : « *Les solutions existent pour construire un Web décentralisé et démocratique dans le monde de l'après-Covid-19* »

Par ailleurs, l'objectif stratégique de préservation de la souveraineté européenne dans les domaines les plus essentiels à la protection des droits, des principes et des valeurs qui fondent l'UE doit figurer explicitement dans le corps du droit primaire de l'Union. Et en particulier dans le domaine numérique. Mais en prenant rigoureusement en compte les recommandations formulées par Mireille Dumas-Marty rappelées ci-dessus.

La Convention sur l'avenir de l'Union destinée à engager une nouvelle série de réformes politiques et institutionnelles de l'Union, et qui s'achèvera lors de la présidence tournante assurée par la France au cours du premier semestre 2022, constitue une fenêtre d'opportunité qui doit être saisie à cette fin notamment.

Dans une résolution adoptée le 21 janvier 2021¹²⁷, le Parlement européen démontre sa capacité à affronter les grands défis posés à nos sociétés et Etats par l'intelligence artificielle.

En particulier, en matière de droit international privé, le Parlement européen « *note que, un nombre croissant de litiges relevant du droit international privé étant engendré par l'internationalisation des activités humaines, en ligne ou dans le monde réel, l'IA peut aider à les résoudre en créant des modèles permettant de repérer la juridiction compétente et le droit applicable pour chaque affaire, mais aussi d'identifier les conflits de lois les plus délicats et de proposer des solutions pour les régler (Point 88). Il estime que les utilisations de l'IA en droit international privé doivent faire l'objet d'une information appropriée du public et éviter les discriminations par des biais de programmation, qui aboutiraient à favoriser systématiquement un droit national plutôt qu'un autre, et qu'elles doivent également respecter le droit conféré au juge par la loi, le droit de faire appel selon le droit applicable et le droit de tout juge de rejeter la solution suggérée par l'AI (Point 89). [...] Il relève qu'au regard de l'importance croissante de la recherche et du développement dans le secteur privé et des investissements considérables de pays tiers, l'Europe est confrontée à une forte concurrence; soutient, par conséquent, les efforts déployés par l'Union pour continuer à développer ses avantages concurrentiels et estime*

¹²⁷ Résolution du Parlement européen du 20 janvier 2021 intitulée « *Intelligence artificielle: questions relatives à l'interprétation et à l'application du droit international dans la mesure où l'Union est concernée dans les domaines des utilisations civiles et militaires et à l'autorité de l'État en dehors du champ d'application de la justice pénale* » (2020/2013(INI)) :

que, dans un monde hyperconnecté, l'Union devrait s'efforcer de définir des normes pour l'IA en adoptant une stratégie efficace à l'égard de ses partenaires extérieurs et en renforçant son action pour fixer des normes éthiques pour l'IA à l'échelle mondiale dans le respect des règles de sécurité et des exigences de protection des consommateurs et conformément aux valeurs de l'Union et aux droits des citoyens, dont les droits fondamentaux; estime que cela est également essentiel pour la compétitivité et le caractère durable des entreprises européennes; invite la Commission et les États membres à renforcer leur coopération et le dialogue avec les pays tiers et les organisations internationales telles que les Nations unies, l'OCDE, le G7 et le G20 afin de relever les défis découlant de l'évolution rapide de cette technologie; estime que ces efforts doivent notamment viser à établir des normes communes et à améliorer l'interopérabilité des systèmes reposant sur l'IA; invite la Commission à favoriser le dialogue, une coopération plus étroite et des synergies entre les États membres, les chercheurs, les universitaires, les acteurs de la société civile, le secteur privé, en particulier les entreprises de premier plan, et les forces militaires, pour garantir le caractère inclusif des processus d'élaboration des règles relatives à l'IA appliquée à la défense. (Point 91) »

Dans un chapitre intitulé « Principes directeurs », cette même résolution précise la position du Parlement européen à l'égard du droit. *« Le Parlement européen estime que les technologies et les systèmes de réseaux d'IA devraient viser à assurer la sécurité juridique des citoyens; souligne par conséquent que les règles relatives aux conflits de lois et aux conflits de compétences devraient continuer à s'appliquer compte tenu de l'intérêt des citoyens ainsi que de la nécessité de réduire le risque de recherche de la juridiction la plus indulgente; rappelle que l'IA ne saurait remplacer l'être humain dans le processus judiciaire lorsqu'il est question de rendre des jugements ou de prendre une quelconque décision définitive étant donné que ces décisions doivent toujours être prises par un être humain et être strictement soumises à une vérification humaine et à une procédure régulière; souligne que, lors du recours à des éléments de preuve émanant de technologies faisant appel à l'IA, les autorités judiciaires devraient avoir l'obligation de motiver leurs décisions (Point 92) ; il rappelle que l'IA est un progrès scientifique qui ne doit pas entraîner de régression du droit, mais qu'elle doit au contraire toujours être encadrée par celui-ci — dans l'Union européenne par le droit émanant de ses institutions et de ses États membres — et qu'en aucun cas l'IA, la robotique et les technologies connexes ne peuvent enfreindre les droits fondamentaux, la démocratie et l'état de droit (Point 93). »*

La Charte des droits fondamentaux de l'UE devra elle aussi être revisitée en vue de son adaptation à cette nouvelle réalité sociétale décrite par Mireille Dumas-Marty. 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).

C'est là qu'intervient également 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 de ses États 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'UE qui s'y réfère parfois explicitement. En accordant la personnalité juridique à l'UE, le Traité de Lisbonne rend désormais cette adhésion possible, ce qui placerait alors l'UE souhaite sur un pied d'égalité avec ses États 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. Dont acte.

- *La poursuite du processus de réforme de l'Etat en France doit faire l'objet de profondes remises en cause*

Les conditions de déploiement au sein de la puissance publique française des évolutions technologiques ne sont pas suffisamment encadrées par ce qui apparaît aux citoyens comme la plus efficace des protections de la liberté : le droit, et principalement le droit constitutionnel.

Les sujets cruciaux de la souveraineté numérique^{128,129} et de la sobriété numérique¹³⁰ auxquels le Parlement a consacré plusieurs rapports d'information doit pouvoir rapidement trouver dans le droit national une concrétisation à la mesure des enjeux, dans le droit fil des mesures inscrites à cet égard par l'Etat allemand dans sa nouvelle loi anti-trust¹³¹, s'agissant de la souveraineté.

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 nouveaux principes démocratiques inspirés par un humanisme et une éthique numériques doivent pouvoir y trouver place.

Une proposition de loi constitutionnelle, qui vise à faire inscrire dans le préambule de la Constitution une référence à la « *Charte de l'Intelligence Artificielle et des algorithmes 2020* »¹³² dans l'optique de responsabiliser juridiquement les créateurs de systèmes d'intelligence artificielle, a été soumise à l'Assemblée nationale le 15 janvier 2020. Mais son contenu n'est pas vraiment à la mesure des défis posés à la nation et auxquels la loi fondamentale doit apporter des réponses, notamment à l'égard des impératifs de souveraineté et de sobriété numériques.

Un nouveau contrat social prenant 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

¹²⁸ *Le devoir de souveraineté numérique : rapport de Gérard Longuet fait au nom de la commission d'enquête :*

<http://www.senat.fr/notice-rapport/2019/r19-007-1-notice.html>

¹²⁹ *Souveraineté numérique nationale et européenne - Mission d'information de la conférence des Présidents*
<https://www2.assemblee-nationale.fr/15/missions-d-information/missions-d-information-de-la-conference-des-presidents/souverainete-numerique-nationale-et-europeenne>

¹³⁰ *Rapport d'information de la mission d'information sur l'empreinte environnementale du numérique :*

http://www.senat.fr/fileadmin/Fichiers/Images/redaction_multimedia/2020/2020-Documents_pdf/20200624_Conf_presse_Dur/20200624_Conf_Dur_Synthese_du_rapport.pdf

¹³¹ Voir à cet égard *Taming Big Tech: What Can We Expect From Germany's New Antitrust Tool ?*

<https://promarket.org/2021/02/07/germany-antitrust-bundeskartellamt-19a-dma-big-tech/>

¹³² *Proposition de Loi constitutionnelle relatif à la Charte de l'Intelligence Artificielle et des algorithmes :*

<http://www2.assemblee-nationale.fr/documents/notice/15/propositions/pion2585>

prétend servir. Les textes proposés par l'ISOC¹³³, par *Privacy Tech*¹³⁴ ou par le Cercle de la Donnée¹³⁵ apportent à cet égard des préconisations de choix.

Au-delà, un enjeu fondamental se pose : trouver les voies et moyens de garantir en toutes circonstances le respect de la Constitution par l'Etat de droit.¹³⁶

Naguère axé sur l'activité gouvernementale proprement dite, le contrôle parlementaire tend à prendre plus de champ, pour s'intéresser à l'efficacité des politiques publiques dans leur ensemble (et non pas simplement l'action du Gouvernement dans tel ou tel domaine), ce qui peut amener les assemblées à s'interroger sur les dispositifs législatifs qu'elles ont elles-mêmes adoptés : au contrôle classique s'ajoute désormais un effort d'évaluation¹³⁷. Dont acte.

Le Conseil constitutionnel doit également poursuivre le développement de sa capacité à dire le droit de manière incontestable dans ce registre numérique qui bouleverse les grands équilibres du droit fondamental¹³⁸. Faut-il aller jusqu'à le transformer en une véritable Cour constitutionnelle¹³⁹ sur le modèle allemand ? L'heure est venue de trancher.

Enfin, l'Etat français doit profondément 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 a reçu la mission de rechercher les voies et moyens qui permettront de moderniser les méthodologies requises pour la conduite de ces études.¹⁴⁰

Le professeur Dominique 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. »¹⁴¹

Que ce soit au niveau mondial, au niveau européen ou au niveau national, plus que jamais, le juriste doit être innovant et le droit novateur.

¹³³ Pour la consécration constitutionnelle des droits fondamentaux des utilisateurs du numérique :

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

¹³⁴ #DigitalHumanRights : pour une déclaration des droits fondamentaux numériques, 4ème génération de droits de l'homme

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

¹³⁵ 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=IwAR3b7GcCjvy2WCimDgNmFwfPYIF7TqXJ6PIUzN6zklF_sCLns5cUr1Xxi8

¹³⁶ Comment garantir le respect de la Constitution ?

https://www.doc-du-juriste.com/droit-public-et-international/droit-constitutionnel/dissertation/garantir-respect-constitution-455198.html?fbclid=IwAR0J_konUWn3Sa4rsjzAZgET9ob-T3A3HkvuF2LLLPVZwrD5IaqAHSqM9f8

¹³⁷ Le contrôle parlementaire en France : https://www.senat.fr/role/fiche/controle_gouvernement.html

¹³⁸ 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>

¹³⁹ Vers une Cour suprême ? <https://www.conseil-constitutionnel.fr/les-membres/vers-une-cour-supreme>

¹⁴⁰ 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>

¹⁴¹ Le numérique, nouvel objet du droit constitutionnel : <https://www.conseil-constitutionnel.fr/nouveaux-cahiers-du-conseil-constitutionnel/le-numerique-nouvel-objet-du-droit-constitutionnel>

Selon Mireille Dumas-Marty : « Pour y parvenir, il faudra changer nos repères. Dans ce monde déboussolé, il n'y a plus de pôle nord, en ce sens qu'il est impossible de choisir parmi les vents contraires de la mondialisation. Mais on peut imaginer une boussole inhabituelle. Au centre, engendré par la spirale des humanismes juridiques, un réceptacle octogonal recueille l'eau, symbole de la vie, où se rencontrent les principes régulateurs réconciliant les vents contraires de la mondialisation. Plongé dans ce réceptacle, le fil à plomb de la bonne gouvernance stabiliserait les mouvements désordonnés sans pour autant immobiliser ce monde en mouvement. C'est ainsi qu'inspiré par les « forces imaginantes du droit », le juriste peut tenter de répondre au constat désabusé de Pascal au 17ème siècle : « ne pouvant fortifier la justice, on a justifié la force, afin que la justice et la force fussent ensemble et que la paix fût, qui est le souverain bien ». Si la spirale des humanismes fortifiait la justice, l'octogone des principes régulateurs équilibrerait la force. Il ne s'agit pas pour autant d'adhérer au rêve utopique des deux K : la « Grande paix » des classiques chinois, reprise à la fin du 19ème siècle par le juriste Kang Youwei et la « Paix perpétuelle » du philosophe Emmanuel Kant au 18ème siècle. De façon plus modeste, il s'agit de mettre en place des dispositifs d'apaisement, de faire la paix avec la Terre. »

"Il ne sert à rien de dire "Nous avons fait de notre mieux". Il faut réussir à faire ce qui est nécessaire." (Winston Churchill)