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'efficience 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 2.0[1], 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]

[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 978-2-38255-023-6**)**

La transformation numérique à l'œuvre en France

La France, qui souffre de difficultés considérables sur le registre de la médiation entre citoyens et administrations[3] 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 territoires[7] ou autour de *l'open data*[8]).

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.

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[10].

Pour tenir cet objectif, la direction interministérielle du numérique (DINUM[11]) a lancé un observatoire de la qualité des services numériques[12], ainsi qu'un dispositif pour recueillir la satisfaction des usagers.

Ces deux outils permettront d'identifier les pistes d'amélioration prioritaires[13,14].

Le 31 janvier 2019, la DGCCRF et la CNIL ont signé un nouveau protocole de coopération dans l'objectif d'une meilleure protection des consommateurs. Les deux autorités ont décidé de mettre à jour la convention initialement signée en janvier 2011 afin de renforcer leur collaboration et de l'adapter aux nouveaux enjeux numériques.[15,16]

---

[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

[9] *Cf.* http://legal-tech.fr/legaltech

[10] *13e édition du panorama des grands projets numériques de l'État :* https://www.numerique.gouv.fr/actualites/decouvrez-la-13e-edition-du-panorama-des-grands-projets-numeriques-etat/

[11] *Direction interministérielle du numérique* : https://www.numerique.gouv.fr/dinum/

[12] *0bservatoire de la qualité des services numériques :* https://observatoire.numerique.gouv.fr/observatoire/

[13] *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/

[14] *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/

[15] *Cf.* le communiqué publié à cette occasion : https://www.cnil.fr/fr/la-cnil-et-la-dgccrf-font-evoluer-leur-protocole-de-cooperation-pour-renforcer-la-protection-des

[16] Les obligations d'information des plateformes numériques :

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.

Alors que fin 2017 seules 63% des démarches administratives étaient disponibles en ligne, 85% le sont en septembre 2021, soit 212 des 250 formalités « essentielles à la vie quotidienne ».

L'observatoire de la qualité des démarches administratives ressence ainsi les démarches qui ont été numérisées et sur lesquelles trois millions de Français ont déjà donné leur avis. Elles touchent des domaines aussi variés que la déclaration de la TVA, l'immatriculation des professions libérales, la demande d'une carte grise, l'achat du timbre fiscal, la demande d'aide aux ovins ou l'inscription au lycée.

La rubrique *« Dites-le nous une fois »* opèrera une simplification majeure puisque toutes les informations, une fois entrées, seront ensuite diffusées automatiquement auprès des autres administrations, ce qui évitera de les répéter à chaque nouvelle démarche.

Pour simplifier encore, la plupart de ces démarches seront ensuite disponibles directement sur le téléphone portable : changement d'adresse en ligne, demande d'extrait de casier judiciaire, attestation d'employeur, recensement citoyen obligatoire, notamment.

Plus de la moitié des formalités sont donc ainsi numérisées dans chaque ministère.

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.[17,18]

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.

Les Français plébiscitent cette numérisation des services publics comme le montrent les chiffres d'accès à FranceConnect + : en quatre ans, le nombre d'usagers est passé de 500 000 à 28 millions. Trente millions de visiteurs étaient attendus pour la fin 2021.

« À travers les concepts d'« État plateforme » ou de « start-up d'État[19] », les nouveaux réformateurs comptent sur les « corporate hackers » et l'innovation disruptive pour transformer de l'intérieur les bureaucraties publiques, laisser libre cours à la créativité, renouer avec la transparence, déployer des méthodes « agiles » et s'adapter à un environnement en perpétuelle transformation, le tout à moindre coût. L'« État digital » – un concept vanté en juin 2017 par Emmanuel Macron lors d'une ode à la « startup nation » restée célèbre – est aussi et surtout un État en voie d'automatisation : pour accompagner l'horizon du non-remplacement de près de 50 000 fonctionnaires d'ici à 2022, le plan Action Publique 2022 lancé en octobre 2018 misait sur des « technologies telles que l'intelligence artificielle et les RPA (« robotic process automation »), ce afin « d'automatiser les tâches répétitives et à faible valeur ajoutée ». »[20]

https://www.economie.gouv.fr/dgccrf/les-obligations-dinformation-des-plateformes-numeriques

[17] https://www.arcep.fr/larcep/nos-missions.html

[18] *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

[19] Voir par exemple : Algan, Yann et Cazenave, Thomas, 2016. *L'Etat en mode start-up*. Paris : Eyrolles. Bertholet, Clément et Létourneau, Laura, 2017. *Ubérisons l'État ! Avant que d'autres ne s'en chargent*. Malakoff : Armand Colin. Pezziardi, Pierre et Verdier, Henri, 2017. *Des startups d'État à l'État plateforme*. CreateSpace Independent Publishing Platform.

[20] *Cf.* Félix Tréguer *in IA et réforme de l'État : vers des bureaucraties sans humains ?*

C'est dans cette optique que la Cour des Comptes a saisi l'opportunité de ses travaux à l'égard de la situation de la sécurité sociale en France pour émettre des recommandations en faveur de la dématérialisation des prescriptions médicales, considérant qu'elle pourrait permettre des progrès majeurs, notamment en matière de qualité et de sécurité des soins, de pertinence et d'efficience des dépenses de santé, de réduction des coûts de gestion et de prévention des erreurs et fraudes.[21]

S'agissant de l'éducation, l'expérience du confinement lors de la crise pandémique de la Covid-19 a eu le mérite d'induire un changement d'échelle dans l'appropriation que les enseignants et leurs élèves ont réalisée du numérique. Pour autant, ce recours contraint aux techniques numériques a également fait apparaître à tous de nombreuses déficiences que les Etats généraux du numérique[22], organisés en novembre 2020 par la Direction du numérique pour l'Éducation (DNE), ont relevées. En particulier, les compétences numériques des jeunes, essentiellement acquises par l'expérience, ne correspondent pas toujours à celles requises pour une utilisation scolaire. Deux problèmes de formation des jeunes au numérique sont ainsi mis en évidence, aussi importants l'un que l'autre. Le premier concerne l'éducation citoyenne au numérique et le deuxième, plus circonscrit, la formation aux compétences numériques mobilisées à l'École. Pour remédier à cette situation, le gouvernement a pris un certain nombre de mesures phares applicables dès la rentrée 2021.[23]

Sur le volet *'open source'*, la circulaire lance au sein de la DINUM une mission dédiée à l'animation et à la promotion interministérielle en matière de logiciel libre. Le contour de cette mission devra être précisée selon les différentes associations du logiciel libre.

L'APRIL indique qu'il s'agit d'un premier pas dans la bonne direction qui devra être confirmée et détaillée. Elle ajoute qu' *« une telle mission ne pourra produire d'effets utiles sans moyens dédiés, particulièrement des moyens humains »*. Cette mission a comme tâche de créer le portail interministériel code.gouv.fr.

Là encore, rien n'est dit sur le contenu du site et l'APRIL avertit en souhaitant *« qu'il s'agisse d'une véritable forge logicielle publique, accueillant les codes sources produits par les administrations et librement accessible, et non pas d'un simple portail listant les liens vers des codes hébergés sur des forges extérieures. »* [24]

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, une part importante de la population française est concernée par l'*illectronisme* (parce qu'ils ne sont pas équipés de smartphone, tablette ou ordinateur, ne les

https://aoc.media/analyse/2021/11/11/ia-et-reforme-de-letat-vers-des-bureaucraties-sans-humains/

[21] *Chapitre VIII : La dématérialisation des prescriptions médicales : un facteur d'efficience du système de santé, des chantiers ambitieux à faire aboutir :*
https://www.ccomptes.fr/fr/documents/57129?fbclid=IwAR2M2kYoKX6ZmauDkIUGa4B9JNqm5Wl9sJxUFdZwFaa8PtzZdTU9doXPfqM

[22] *Etats généraux du numérique :*
https://www.education.gouv.fr/les-etats-generaux-du-numerique-pour-l-education-304117

[23] *Vers une généralisation du numérique à l'École :*
https://www.education.gouv.fr/l-utilisation-du-numerique-l-ecole-12074

[24] Il est notamment prévu que 60 jeux de données et codes sources soient ouverts en 2021. A noter que dans le cadre de France Relance, une enveloppe d'un milliard d'euros sera consacrée à l'accélération de la transformation numérique de l'administration, dont six millions affectés à des projets liés aux données.

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, mais également à garantir un accès au bon haut débit pour tous dès 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[25,26].

Si les efforts que l'Etat consacre à la réduction de la fracture numérique de premier niveau (l'accès) sont considérables et doivent être salués, il n'en demeure pas moins sa relative impuissance devant les fractures numériques de deuxième (les usages) et troisième (l'intelligence artificielle) niveaux.

Une sociologue du numérique, Eszter Hargittai, montra en 2020 qu'il existait aussi une fracture de second niveau : celle des usages. En effet, à travers différentes expérimentations, elle observa que certaines parties de la population n'avaient pas ou trop peu de compétences pour utiliser Internet et remplir certaines tâches en ligne. C'est encore aujourd'hui le cas des populations les plus âgées qui n'ont pas acquis suffisamment de « culture numérique » pour être apte à utiliser correctement les services publics en ligne.

Par ailleurs, une fracture plus sournoise est en train d'apparaître car elle touche une grande majorité de la population sans une réelle prise de conscience de sa part. À l'origine de cette fracture ; le « big data » (les grandes masses de données) accompagné des algorithmes qui traitent ces données permettant à une intelligence artificielle de les transformer en actions, en prise de décisions parfois à la place de l'utilisateur. Cette fracture de troisième niveau est celle de l'intelligence artificielle. Paradoxalement, dans un monde où l'information devient pléthorique, cette fracture est marquée par une méconnaissance du fonctionnement de cette intelligence artificielle, de ses algorithmes et de l'écosystème qui l'environne.[27]

Mais les choses bougent dans un sens favorable comme l'indiquent de manière très claire les résultats du sondage effectué en mai 2021 auprès d'un panel représentatif des seniors[28].

Dans le détail de leurs compétences, ils sont 97% à déclarer savoir envoyer un mail, 94% savent faire une recherche avec un moteur et 88% indiquent suivre une visioconférence depuis son ordinateur ou son smartphone. En revanche, seuls 40% des répondants disent savoir gérer un ou plusieurs réseaux sociaux. Côté matériel, les plus de 60 ans ont un taux d'équipement et d'usage assez élevé puisque 35% des répondants déclarent posséder le trio ordinateur, tablette et smartphone. Ils sont également 35% à déclarer avoir un ordinateur et un smartphone.

Selon Nicolas Menet, Directeur Général de Silver Valley : *« Les seniors de façon globale sont 74% en France à avoir accès à Internet depuis une box, ce qui ne veut pas dire qu'ils l'utilisent au quotidien mais il y a une très forte pénétration du numérique dans la population des personnes de plus de 60 ans. Aujourd'hui, il y a quatre millions d'exclus du numérique selon*

[25] *Cf.* https://www.arcep.fr/cartes-et-donnees/nos-publications-chiffrees/les-rapports-de-la-commission-europeenne-sur-letat-davancement-de-leurope-numerique.html

[26] *DESI country profile* : https://ec.europa.eu/digital-single-market/en/scoreboard/france

[27] *Cf.* Fabrice Le Guel *in accès, usages, intelligence artificielle, les trois fractures numériques :* https://theconversation.com/en-images-acces-usages-intelligence-artificielle-les-trois-fractures-numeriques-171191

[28] *Cf.* https://www.actuia.com/actualite/silver-valley-a-realise-une-etude-autour-des-usages-du-numerique-chez-les-personnes-de-60-ans-et-plus/

une étude de 2019 de l'Institut CSA et des Petits Frères des Pauvres, mais sur 16 millions de personnes de plus de 60 ans, il y a à peu près 12 millions de personnes qui sont plutôt connectées, plutôt à l'aise avec le numérique et friandes d'en apprendre plus. Plus on avance dans le temps, plus la fracture numérique qu'on disait être liée à l'âge, autour de 75 ans, devient sociale et territoriale »

A la demande de la commission des finances du Sénat, trois ans après le début de sa mise en œuvre, la Cour des Comptes a établi un premier bilan de cette nouvelle approche de politique publique destinée à réduire la fracture numérique, ambition rendue plus essentielle encore par la crise sanitaire qui a confirmé le caractère crucial d'un accès de qualité sur tout le territoire au très haut débit mobile pour la vie économique, culturelle, éducative, sanitaire et sociale. Au terme de son enquête, la Cour formule neuf recommandations pour assurer la réussite du *« New Deal »* mobile et répondre plus largement aux défis de l'aménagement numérique mobile du territoire.[29]

- *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 tous azimuts 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 *(République 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.

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'[30], 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

[29] *Réduire la fracture numérique mobile : le pari du « New Deal » 4G :* https://www.vie-publique.fr/sites/default/files/rapport/pdf/281680.pdf

[30] 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.

traitant des données (entreprises, administrations, etc.) instaurée par le RGPD[31,32], 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.

Les décisions fondées exclusivement sur un algorithme ne sont plus interdites.

En mars 2021, le gouvernement a réaffirmé ses objectifs sur le pilotage des données, la digitalisation des services publics, et sa stratégie *cloud*.[33]

A la suite du rapport du député Eric Bothorel sur la politique publique de la donnée, des algorithmes et des codes sources, remis au Premier ministre en décembre 2020, le Premier ministre a publié une circulaire à destination des ministères et des préfets de régions sur ce sujet, en rappelant que la politique de la donnée doit être une priorité stratégique de l'Etat.[34] Les ministères sont appelés à nommer un administrateur ministériel des données qui aura pour tâche d'élaborer la stratégie du ministère et d'être le point de contact des utilisateurs de données. La coordination de ces administrateurs est dévolue à la DINUM en sa qualité d'administrateur général des données, algorithmes et codes sources.

Sur le plan territorial, le Premier ministre demande la nomination de référents 'données, algorithmes et codes sources' auprès des préfets de région.

Le lien avec le secteur privé n'est pas oublié avec les acteurs détenant des données dites d'intérêt général (comme dans le cas de Doctolib pour la vaccination contre le Covid-19).

Une fonction de médiateur de la donnée d'intérêt général est instituée.

L'Etat entend également accélérer sa politique d'ouverture des données publiques.

Dans une volonté de moderniser l'accès aux données, la Direction de l'information légale et administrative française (DILA) a annoncé en novembre 2021 l'ouverture de la 'data' de ses sites économiques ***via*** de nouvelles interfaces de programmation d'application (API).

---

[31] Le RGPD – Règlement Général de Protection des Données – est entré en application le 25 mai 2018. Il vise à encadrer l'utilisation des données personnelles par les entreprises. Ces objectifs sont :

1. Limiter l'utilisation des données personnelles par les entreprises au strict minimum nécessaire et faire adopter le principe du *privacy by design* qui place le respect des données personnelles en amont de la conception.
2. Fournir une description précise des données collectées, des traitements appliqués, de la période de rétention de l'information, et demander un consentement explicite à la personne fournissant ses données personnelles.
3. Maintenir les données personnelles à jour.
4. Interdire les données dites sensibles : la religion, l'origine ethnique, les idées politiques, les orientations sexuelles.
5. Fournir sur demande d'un client une copie de l'ensemble des données le concernant, permettre la portabilité de ses données vers d'autres entités, permettre la rectification ou la suppression ses données personnelles (droit à l'oubli). Ces demandes de rectification et d'effacement doivent ensuite, par cascade, être transférées aux entités auxquelles les données ont été transmises, et ainsi permettre de propager ces instructions à chaque intermédiaire.
6. S'assurer que les entreprises mettent en œuvre les moyens nécessaires pour garantir un niveau de sécurité adapté au risque.
7. Prévoir des amendes en cas de non-respect de ces règles allant jusqu'à 4 % du chiffre d'affaires.

Et tout cela en respectant évidemment toutes les autres réglementations existantes qu'elles soient européennes ou nationales.
Le RGPD prévoit aussi que chaque entreprise se dote d'un DPO (*Data Protection Officer*) qui veillera à la bonne application de cette réglementation, et coordonnera toutes les demandes de copie, rectification ou effacement de données.
Il s'agit d'un règlement extraterritorial s'appliquant non seulement aux entités actives sur le territoire européen, mais également à toutes celles qui traitent des données concernant des citoyens européens où qu'elles se trouvent dans le monde.

[32] *Cf.* https://www.numerama.com/politique/329191-rgpd-tout-savoir-sur-le-reglement-sur-la-protection-des-donnees-si-vous-etes-un-internaute.html

[33] *Cf.* notamment *Le Monde informatique* : https://www.lemondeinformatique.fr/actualites/lire-le-gouvernement-reoriente-sa-strategie-sur-le-cloud-de-confiance-82937.html

[34] *Circulaire n°6264/SG du 27 avril 2021 relative à la politique publique de la donnée, des algorithmes et des codes sources :* https://www.legifrance.gouv.fr/download/pdf/circ?id=45162

Faisant suite à la circulaire du Premier ministre du 27 avril 2021 sur la politique publique de la donnée, des algorithmes et des codes sources, la DILA met ainsi en avant l'importance de ce type d'ouverture et de réutilisation des données publiques.

Pour moderniser la collecte, l'enrichissement, la publication et l'exploitation de données des divers supports d'annonces légales qu'elle édite, la DILA a encouragé la réutilisation de ses informations publiques par l'innovation collaborative dès 2014. En juin 2021, elle ajoute de nouveaux moyens pour accéder aux données publiques. Pour ce faire, elle s'appuie sur les interfaces de programmation d'application (API) qui permettent le libre accès aux données de masse et aux fonctionnalités à grande échelle.

L'ouverture annoncée concerne les annonces civiles et commerciales du BODDAC (33 millions d'annonces publiées), les annonces des associations et fondations d'entreprise et leurs dépôts de comptes annuels (4,9 millions d'annonces), les annonces de marchés publics du BOAMP (3,2 millions d'annonces) ainsi que les annonces légales et obligatoires du BALO (128 000 annonces).[35]

Ces données sont mises à disposition pour pouvoir être utiles tant aux décideurs publics comme qu'aux citoyens et acteurs privés, que ce soit pour le pilotage, l'efficacité de l'action publique mais aussi dans un souci de transparence et de débat démocratique. Par son action, la DILA facilite le pilotage des décideurs publics, la transparence auprès des citoyens, permet une exploitation des données à des fins économiques et fournit de nouvelles ressources pour l'innovation économique et sociale.

Chacun peut désormais interroger les données économiques rapidement, par le biais de filtres et critères spécifiques, croiser ces données pour des rapports ou analyses sur les marchés publics ou la vie des entreprises et associations.

Ces données sont téléchargeables sous différents formats tels que Excel, CSV ou encore JSON.

Pour toutes les structures souhaitant industrialiser et automatiser les recherches récurrentes, il leur est possible de mettre en place un programme qui intègre ces APIs. Il y a quatre APIs DILA (les données des associations sont sur la même interface que les comptes des associations).

Il est important de relever que, conformément au document *« Avertissement sur les données personnelles »*, la mise à disposition par la DILA de jeux de données pouvant contenir des données personnelles n'affranchit pas le réutilisateur du respect de la loi *« informatique et libertés »*.

[35] Les données BOAMP / Le BOAMP diffuse les avis d'appel public à la concurrence et les résultats de marchés de l'État, de l'armée, des collectivités territoriales et de leurs établissements publics ; il publie également des contrats de partenariat public-privé et des avis de concession.
Les données BALO / Depuis 1907, le BALO recense l'ensemble des informations relatives aux sociétés faisant appel public **à** l'épargne et aux établissements bancaires et financiers, telles que les opérations financières, les avis de convocations aux assemblées générales, les comptes annuels.
Les données BODACC / Le BODACC assure la publicité des actes enregistrés au registre du commerce et des sociétés. Il publie les avis prévus par le code du commerce et les textes législatifs et réglementaires (ventes et cessions, immatriculations, créations d'établissements, les modifications et radiations de personnes physiques ou morales inscrites au registre du commerce et des sociétés, avis de dépôts de comptes…).
Les données Associations / Le jeu de données Associations (JOAFE, *Journal officiel associations et fondations d'entreprise*) publie les déclarations de création, modification ou dissolution des associations régies par la loi de 1901 depuis l'origine et des extraits de décisions de justice afférentes au domaine associatif.
Les données comptes associations / Le jeu de données Comptes associations publie les comptes annuels des associations, fondations d'entreprise, fondations partenariales, associations professionnelles nationales de militaires fonds de dotation.

Sur le registre éthique, un "comité pilote d'éthique du numérique", qui agit sous l'égide du CCNE pour les sciences de la vie et de la santé, est chargé depuis sa création en décembre 2019 d'aborder de manière globale les enjeux éthiques du numérique et de l'intelligence artificielle.

Outre la publication de son *« Manifeste pour une éthique du numérique »*[36], ce comité procède régulièrement à des consultations publiques, et publie régulièrement des bulletins de veille autour de ces questions.

De son côté France Stratégie a publié en mai 2021 un document formulant 56 recommandations pour des entreprises numériquement responsables tout au long de la chaîne de valeur des produits, sur les plans règlementaire, éthique, sociétal et environnemental.[37] Ce document consacre notamment la notion de responsabilité numérique des entreprises (RNE)[38]

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

[36] *Manifeste pour une éthique du numérique :*
https://www.ccne-ethique.fr/fr/actualites/manifeste-pour-une-ethique-du-numerique

[37] *Responsabilité numérique des entreprises : enjeux des données, environnementaux et sociaux :*
https://www.strategie.gouv.fr/infographies/responsabilite-numerique-entreprises-enjeux-donnees-environnementaux-sociaux

[38] *"La Responsabilité numérique des entreprises est un déploiement nouveau et incontournable de la RSE, qui se fonde sur les mêmes principes de redevabilité, d'éthique et d'échanges avec les parties prenantes des entreprises. À savoir : la responsabilité environnementale ; la responsabilité réglementaire liée à la protection des données ; la responsabilité éthique liée aux logiciels relatifs à l'intelligence artificielle ; la responsabilité sociétale relative à la gestion et au partage des données, à la transformation des modes de travail, et à l'inclusion de toutes et tous."*

De nombreuses sources d'inquiétude nourrissent des réserves à l'égard de l'action de l'Etat sur le registre numérique

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[39], 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.

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.*

En mai 2021, le Premier ministre a présenté sa stratégie nationale pour un *cloud* souverain[40]. L'enjeu : garantir la protection et la maîtrise des données hébergées en France pour s'opposer à des lois extraterritoriales, comme le *Cloud Act* américain.

La doctrine sur l'usage du cloud par l'État pour ses propres services a été officialisée par une circulaire du Premier Ministre en date du 5 juillet 2021 (en lieu et place de la précédente datant du 8 novembre 2018).[41]

Cette stratégie de l'Etat repose sur un *« équilibre entre les différents publics »* à savoir les usagers, les agents publics et les acteurs de la démocratie, ainsi que sur trois axes prioritaires que sont la qualité des services publics, l'ouverture et la transparence, et la souveraineté et la sécurité. Mais le marché étant dominé par Amazon, Microsoft et Google, la réalité économique impose à l'Etat de miser sur des accords de licence des technologies américaines.

Désormais, la loi ouvre plus largement la possibilité pour l'administration de recourir à des décisions individuelles automatisées … et ce alors même que la sécurité du *cloud* est mise en cause par une série d'imprudences et de mauvaises pratiques comme le démontre une étude de Varonis.[42,43,*44*]

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 sensibles[45].

---

[39] Pour équiper les agents publics, 160 000 ordinateurs portables ont ainsi été commandés depuis mars 2020 (contre 40 000 en moyenne chaque année), le gouvernement souhaitant que tous les agents ayant des fonctions télétravaillables soient équipés avant la fin de l'année 2021.

[40] https://www.economie.gouv.fr/files/files/Thematiques/numerique/Transcript_presentation_strategie_nationale_cloud.pdf

[41] *Circulaire 6282/SG : Doctrine d'utilisation de l'informatique en nuage au sein de l'Etat :* https://www.transformation.gouv.fr/files/presse/Circulaire-n6282-SG-5072021-doctrineuutilisation-informatique-en-nuage-Etat.pdf

[42] *Cf.* https://www.cio-online.com/actualites/lire-le-cloud-mis-en-danger-par-les-mauvaises-pratiques-13471.html

[43] Voir également Philippe Van Hove *in L'accélération de la migration vers le cloud ne doit pas faire oublier les questions de sécurité :* https://solutions.lesechos.fr/tech/c/lacceleration-de-la-migration-vers-le-cloud-ne-doit-pas-faire-oublier-les-questions-de-securite-28999/

[44] Le remarquable Blog de Jean-Paul Pinte offre une très large visibilité sur toutes ces questions et les solutions qui peuvent y être apportées : https://cybercriminalite.blog/

[45] *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

Le respect de ces garanties est fondamental car, comme le souligne Félix Tréguer : « *dans une bureaucratie automatisée, aucune marge de manœuvre n'est plus possible pour l'application des règles inscrites dans les dispositifs, aucun lanceur d'alerte ne pourra plus avertir d'éventuelles dérives : l'automatisation bureaucratique a le potentiel de faire advenir un gouvernement totalement déshumanisé.* »

Or, 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 administrations[46].

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 utilisateurs[47] 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 préfectures concernées.

[46] *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-responsabilit%C3%A9-des-algorithmes-publics.pdf

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

Le recours de plus en plus systématique aux algorithmes par l'administration soulève également de très nombreuses interrogations (comme il en pose aussi de manière beaucoup plus globale[48]).

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 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* ».

[48] *À quoi rêvent les algorithmes* : https://journals.openedition.org/lectures/20554

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 confinement[49]. 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).

[49] Covid : les attentes des agents et des usagers des services publics
https://www.acteurspublics.fr/articles/covid-les-attentes-des-agents-et-des-usagers-des-services-publics

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.

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.

Or, comme le souligne Charles de Laubier dans un article publié dans le quotidien *Le Monde* en mai 2021[50], en accentuant la dépendance aux démarches en ligne, et en retardant encore le déploiement de la couverture très haut débit du territoire, le confinement imposé par l'Etat lors de la première phase de la gestion de la crise pandémique du Covid-19 a renforcé les inégalités d'accès au numérique en France**.**

Dans son rapport rendu public le 1er octobre 2021, la Défenseure des Droits souligne : *« Près d'un quart des personnes âgées de plus 65 ans déclarent être confrontées à des difficultés dans la réalisation de leurs démarches administratives. Ces difficultés sont davantage rapportées par les personnes en situation de dépendance, de précarité financière ou en situation d'illectronisme. Ce dernier résultat souligne l'impact de la dématérialisation sur l'accès aux services publics par cette catégorie de population, dont 30 % indiquent ne pas disposer d'un accès à Internet à leur domicile. Les personnes âgées évoquent la déshumanisation des relations avec les services publics et la perte du lien social. Comme le souligne l'un des aidants ayant participé à l'enquête, la difficulté à dialoguer directement avec une personne et à obtenir des informations sur leur situation renforce leur sentiment d'exclusion : « Je pense qu'ils souffrent de ne pas avoir d'interlocuteur en face d'eux qui les aide, les rassure ou valide ce qu'ils font. Il y a le côté 'Oh si je fais une bêtise' ». Ces difficultés peuvent être à l'origine d'un renoncement aux droits : face à des problèmes administratifs 15 % des personnes âgées déclarent avoir abandonné leurs démarches. »*[51]

14

[50] *La fracture numérique au révélateur du Covid 19* :
https://europagora.eu/fracture-numerique-inegalites/
[51] *Etudes et résultats – Difficultés d'accès aux droits et discriminations liées à l'âge avancé :*

Par ailleurs, la généralisation de la dématérialisation des démarches administratives présuppose que toute la population française soit en capacité de détenir une adresse électronique, ce qui implique soit que tous les individus disposent des ressources financières pour supporter les coûts financiers importants liés à la possession des ressources technologiques correspondantes (coûts d'acquisition et de maintenance des matériels informatiques, coûts d'accès à des prestations donnant accès à Internet, …), soit qu'ils puissent avoir accès à ces ressources de manière permanente et sur tout le territoire à des coûts réellement supportables.

Nous en sommes encore très loin et, pourtant, rien ne semble indiquer que cette exigence républicaine fasse l'objet d'une attention particulière de la part des pouvoirs publics et des institutions parlementaires.

- *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 constitutionnel[52], 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.* » [53,54]

L'Académie des Technologies, dans son avis rendu public en avril 2020[55], 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 entrepôts numériques de quelques grands groupes mondiaux, et que le

https://www.defenseurdesdroits.fr/fr/communique-de-presse/2021/10/difficultes-dacces-aux-droits-et-discriminations-des-plus-de-65-ans-une

[52] *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

[53] *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/

[54] *Les outils numériques et la réinvention du fonctionnement de l'Etat :* https://journals.openedition.org/pyramides/988

[55] *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

Cloud Act américain permet au gouvernement américain d'avoir accès à toutes les données numériques situées sur son sol[56].

Les professionnels évoluant quotidiennement dans cet univers numérique sont conscients de l'existence d'inquiétudes fortes à l'égard de la montée en puissance des algorithmes dans de nombreux registres de la société.

En témoigne notamment Frédéric Cavazza lorsqu'il affirme : « *La question des algorithmes est clairement devenue un débat de société, car elle touche quasiment tous les aspects de notre quotidien. Certains militent pour un « CSA des algorithmes », un organisme chargé de contrôler et encadrer leur utilisation ; d'autres pour un « serment d'Hippocrate des algorithmes », prononcé par les personnes chargées de les concevoir et les mettre en oeuvre. Je ne saurais pas vous dire si ces solutions pourraient être efficaces, mais s'il la question se pose, c'est qu'il y a un problème, a minima un problème de conscience ou d'acceptation. […] La quatrième révolution industrielle est en marche et personne ne peut l'arrêter. À partir de ce constat, il est de la responsabilité de chacun de comprendre ces changements (leur origine, nature et finalité), de les accepter (s'adapter, changer ses habitudes) et d'y contribuer pour pouvoir en bénéficier. Ce dernier point est très certainement le plus important, car s'il y a bien une leçon que nous ont enseignée les précédentes révolutions industrielles, c'est que ce sont des périodes critiques où s'accélère le déclin des anciens modèles et où les nouveaux sont capables de générer une croissance exponentielle de la valeur. Pour s'en convaincre, il suffit de constater la valorisation des géants numériques et la concentration des capitaux. »*[57]

Dans un article intitulé '*Gouvernance des données et algorithmes publics : quelle stratégie pour l'État* ?'[58], 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 ?

Au-delà, la question de l'élaboration d'un véritable 'droit des data' est plus que jamais pregnante.

- *La monétisation des données suscite bon nombre d'interrogations.*

Pour l'avocat Philippe Mösching : *« Le principe de monétisation des données personnelles se fonde sur un principe individualiste de propriété appliqué aux données alors que l'économie de la connaissance par les données se fonde sur la collecte de données la plus large possible et leur libre partage. Ces deux approches sont incompatibles. Monétiser ses données, c'est tuer la connaissance par les données, c'est priver la société de l'extraordinaire pouvoir que l'exploitation de ces données peut nous offrir. C'est aussi faire le deuil de projets nécessaires et qui dépassent la société humaine, comme la mesure de l'impact environnemental par les comportements humains : déplacements, consommation, habitudes alimentaires, besoin en énergie, dont l'objectif est de mieux connaître pour mieux servir à moindre impact. »*[59]

- *La protection des données au sein du cyberespace interroge*

---

[56] 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

[57] *Sommes-nous et souhaitons-nous être contrôlés par des algorithmes ?* https://fredcavazza.net/2021/10/21/sommes-nous-et-souhaitons-nous-etre-controles-par-des-algorithmes

[58] *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

[59] *Tirer profit du Big Data sans compromettre nos libertés :* *https://www.contrepoints.org/2020/06/01/372580-tirer-profit-du-big-data-sans-compromettre-nos-libertes-4-5*

« Le piratage des données est devenu une problématique majeure, dont les exemples sont quotidiens. Rien que sur l'année 2020, 3 950 fuites de données ont été détectées, selon une vaste enquête[60] menée récemment par la société Verizon. Le plus souvent, elles touchent de grandes plates-formes numériques (Facebook, LinkedIn, etc.) ou des acteurs socio-économiques importants – c'est le cas dans 72 % des cas recensés – et elles engendrent une fuite de données personnelles dans 58 % de l'ensemble des cas. Les données personnelles sont en effet une cible de choix et cette fuite affecte aussi bien l'opérateur de services que les utilisateurs eux-mêmes.

Une fuite de données peut donc concerner des données personnelles, qui sont en réalité des données de clients ou d'utilisateurs d'un service, mais également des données liées à l'organisation elle-même. Citons par exemple les informations de transactions d'une entreprise, les résultats de tests ou d'expérimentation de nouveaux produits ou services, etc. »[61]

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".

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*".[62]

Lorsque Tim Cook, le successeur de Steve Jobs à la tête d'Appel, 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*

[60] https://www.verizon.com/business/resources/executivebriefs/2020-dbir-executive-brief.pdfx

[61] *Cf.* Benoit Loeillet *in Que font les hackers de vos données volées ?* https://theconversation.com/que-font-les-hackers-de-vos-donnees-volees-171032

17

[62] En octobre 2020, la CNIL a présenté de nouvelles règles que doivent respecter tous les sites dès le 1er avril 2021. « Refuser les traceurs doit être aussi aisé que de les accepter », affirme l'autorité. Tout site ne proposant pas un bouton de refus aussi accessible – en un clic – que le bouton de consentement sera donc hors la loi dès ce jour.
L'affichage d'un bouton "Tout refuser" aux côtés du bouton "Tout accepter" est donc préconisé. En outre, par une décision du Conseil d'Etat de juin 2020 (https://www.conseil-etat.fr/ressources/decisions-contentieuses/dernieres-decisions-importantes/conseil-d-etat-19-juin-2020-lignes-directrices-de-la-cnil-relatives-aux-cookies-et-autres-traceurs-de-connexion), les éditeurs sont libres de bloquer l'accès à leur site (ou de le rendre payant) en cas de refus.
Par ailleurs, l'information qui doit éclairer le consentement est désormais plus encadrée. Les éditeurs de site internet doivent désormais clairement indiquer la nature et l'objectif des cookies qui seront soumis aux internautes. Tout comme l'identité des acteurs qui recueillent des informations personnelles. Les seuls cookies qui ne sont pas soumis à ces règles, selon la CNIL, sont ceux destinés à améliorer le confort de l'internaute. Soit des cookies qui servent à conserver un article en panier pour un site marchand, ou ceux qui permettent de rester authentifié à un service.

d'autre chose : ils voulaient du café, du thé, du rouge à lèvres, une chambre à eux pour voir leurs amants, tous nos petits plaisirs qui leur étaient défendus. Aujourd'hui, c'est non seulement autorisé, mais même encouragé ! C'est comme ça que ça marche : en nous séduisant et en nous incitant à exposer nos désirs [...] c'est effrayant que la résistance doit dépendre de vouloir, et non devoir, changer le monde. Or, c'est le plus grand défi puisque nous sommes face à un système reposant sur le désir. » [63]

Il est intéressant de relever que le 2 septembre 2021, la Cour de Justice de l'Union européenne (CJUE) a rendu un arrêt sur deux affaires allemandes concernant des offres « tarif nul » de Fournisseurs d'Accès Internet (FAI)[64]. Pour la deuxième fois en l'espace d'un an la Cour a estimé cette pratique contraire au règlement européen sur l'accès à un Internet ouvert.

- *Le chiffrement des communications et la surveillance généralisée des réseaux*

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 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 drakphones 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*

[63] *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=IwAR3pUKHqaQktdBQ9D9Btk0RKeX2t0oc02QTSh4PTFfucg0ITlysdtNjDNoQ

[64] *Cf.* https://curia.europa.eu/jcms/upload/docs/application/pdf/2021-09/cp210145fr.pdf

d'anticiper les difficultés techniques d'accès aux données en développant leurs propres outils afin de mettre fin aux agissements criminels. »[65]

L'informatique quantique pourrait venir bouleverser la physionomie de la sécurisation des communications et des informations sur des canaux comme Internet[66]. L'utilisation des mécanismes de sécurité y est permanente, qu'il s'agisse d'opérations bancaires, de communications cellulaires ou d'objets connectés. Or l'informatique quantique pourrait être capable de réduire à néant les outils de sécurité actuellement en place, comme l'utilisation de clés RSA fonctionnant sur la base d'algorithme de cryptographie asymétrique. La cryptographie et la cryptanalyse n'ont donc pas le choix et ce n'est qu'une question de temps : elles doivent d'ores et déjà se préparer à l'avenir.[67]

La surveillance généralisée des réseaux mobilise nombre d'associations internationales qui dénoncent les pratiques de certaines officines spécialisées.

Le scandale autour de la surveillance exercée par certains Etats s'étant doté de technologies de cybersécurité offensives auprès de la société technologique israélienne NSO - au travers du programme Pegasus - participe à alimenter les craintes des opinions publiques à cet égard.[68]

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.*

---

[65] *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=IwAR15u9p1P30KLKpk54h6V0umcyxgZR0ZRpoYLwEoZg4q_Ipoon5oTRMw33M

19

[66] Capable d'effectuer des calculs irréalisables avec les machines d'aujourd'hui, l'ordinateur quantique pourrait révolutionner toutes les industries. Mais cette machine n'existe aujourd'hui qu'à l'état embryonnaire, et ses capacités potentielles restent théoriques. A l'heure actuelle, les scientifiques ne s'accordent même pas sur la méthode d'ingénierie pour produire le phénomène nécessaire au fonctionnement de l'ordinateur quantique, le fameux qubit. IBM et Google misent par exemple sur les circuits supraconducteurs, Microsoft sur les fermions de Majorana, IonQ et Honeywell sur les ions piégés, tandis que le CEA tente sa chance avec des spins d'électrons dans le silicium. Autrement dit, plusieurs ordinateurs quantiques, bâtis différemment, pourraient voir le jour, tout comme ils ne pourraient jamais atteindre le potentiel espéré.

[67] Selon la Quadrature du Net : *« Si les clés RSA sont réputées actuellement pour leur robustesse, elles vont être largement remises en cause par l'informatique quantique. Ces clés RSA ont un rôle essentiel dans la sécurisation des systèmes d'information. Avec les ordinateurs quantiques, une cyberattaque viendrait compromettre l'ensemble de l'infrastructure et rendre de nombreuses informations confidentielles visibles, telles que des données bancaires, des dossiers médicaux ou encore des éléments de propriété intellectuelle. Même constat au niveau des solutions de signatures électroniques, de plus en plus utilisées dans notre vie quotidienne, des actions d'authentification de courriels et de documents .... Les gros émetteurs de clés via des certificats devront donc disposer des outils nécessaires pour lutter contre les attaques quantiques.*
Dans ce contexte, il est nécessaire de mettre au point une approche de la cryptographie post-quantique, capable de résister aux attaques de ces ordinateurs dont le fonctionnement est fondamentalement différent de celui des ordinateurs actuels. Il faut pour cela créer un prototype de certificat "quantique résistant. … Pour faire face à la menace que représente l'ordinateur quantique, l'ANSSI (Agence nationale de la sécurité des systèmes d'information) invite à assurer la transition vers la cryptographique post-quantique à l'aide de mécanismes hybrides et à des certificats hybrides post-quantiques sécurisés.
L'ANSSI préconise ainsi de conjuguer des algorithmes cryptographiques pré et post-quantiques dans ce type de mécanismes hybrides, conçus pour être résistants non seulement aux ordinateurs classiques, mais aussi aux ordinateurs ayant atteint la suprématie quantique. Ces mécanismes pourront ainsi être déployés sans changement dans une infrastructure de réseaux numériques, indépendamment du canal de communication. »

[68] Un consortium de médias international coordonné par l'organisation *Forbidden Stories* a eu accès à plus de 50 000 numéros de téléphone potentiellement ciblés et espionnés par une dizaine d'États, via le logiciel israélien Pegasus développé par l'entreprise de sécurité israélienne NSO. Sont concernés des journalistes, des chefs d'entreprise, et autres opposants politiques. Ce logiciel espion est extrêmement performant et discret : le propriétaire du téléphone ne peut pas le détecter. Il peut être installé à distance sans aucune intervention du propriétaire du téléphone, la machine n'est pas ralentie, la transmission des données est quasi-indétectable puis le logiciel s'autodétruit une fois la mission terminée. Près d'un millier de Français auraient été espionnés depuis 2014 par ce logiciel. Amnesty international précise comment savoir si on a été contaminé ou non : https://www.amnesty.org/en/latest/research/2021/07/forensic-methodology-report-how-to-catch-nso-groups-pegasus/

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. »[69].

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)[70], 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.

L'UE poursuit activement une stratégie globale visant à réduire les risques sur la sécurité des personnes et la sauvegarde des droits humains induits par des usages intrusifs abusifs - sortant du cadre du droit - des technologies de surveillance.

- *L'identité numérique et la biométrie comportementale*

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.[71]

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. Cette question est d'autant plus importante que la gestion de 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. Afin d'éviter de nouveaux blocages, une consultation publique a été engagée sur le sujet en mars 2020[72].

La France dispose depuis 2016 d'un premier dispositif d'identité numérique, '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. En juillet 2021, la DINUM a été mandatée pour accélérer le déploiement de FranceConnect en l'étendant à titre expérimental aux services en ligne proposés par des entreprises privées, au-delà des centaines de démarches qui peuvent déjà être réalisées auprès des administrations.

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.

Depuis le 2 août 2021 la nouvelle carte d'identité biométrique est entrée en vigueur en France afin de respecter la législation européenne. Les données personnelles contenues dans cette nouvelle carte d'identité sont stockées dans le fichier des titres électroniques sécurités (TES), géré par le ministère de l'Intérieur.

[69] *La Post-démocratie, une démocratie sans liberté ? :* https://www.polemia.com/post-democratie-liberte/
[70] *Décision n° 2019-796 DC du 27 décembre 2019 - Loi de finances pour 2020 :* https://www.conseil-constitutionnel.fr/decision/2019/2019796DC.htm
[71] Voir notamment à cet égard Olivier Desouches *in L'identité numérique entre secret, visibilité… et régulation :* http://ses.ens-lyon.fr/articles/lidentite-numerique-entre-secret-visibilite-et-regulation
[72] *Cf.* https://consultation.democratie-numerique.assemblee-nationale.fr/identitenumerique

Le Conseil constitutionnel avait pourtant 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'identité[73].

Bien plus intrusive encore, la biométrie comportementale[74] est aujourd'hui la forme la plus poussée de la *'datazerisation'* des êtres humains.

Selon la CNIL : *« La biométrie regroupe l'ensemble des techniques informatiques permettant de reconnaître automatiquement un individu à partir de ses caractéristiques physiques, biologiques, voire comportementales. Les données biométriques sont des données à caractère personnel, car elles permettent d'identifier une personne. Elles ont, pour la plupart, la particularité d'être uniques et permanentes (ADN, empreintes digitales, etc.). »*

Pour les États elle constitue un outil de contrôle social à part entière, quand bien même ses protagonistes arguent qu'elle contribue à une meilleure sécurité des individus. Ce que les faits ne cessent de démentir.

Dans un article intitulé *'Les défis éthiques de l'identité numérique',* Armen Khatchatourov, enseignant-chercheur et membre de Chaire Valeurs et politiques des informations personnelles de l'IMT, et Pierre-Antoine Chardel, Professeur de sciences sociales et d'éthique, interrogent les enjeux soulevés par les identités numériques : *« Si le RGPD est entré en application récemment, en plaçant l'Europe à l'avant-garde de la protection des données à caractère personnel, il ne doit pas nous dissuader de nous interroger en profondeur sur la question des identités, dont les contours se sont redéfinis à l'ère numérique. Il s'agit bel et bien de porter une réflexion critique sur des enjeux éthiques et philosophiques majeurs, au-delà de la seule question de la protection des informations personnelles et de la privacy.*

Les politiques actuelles sur la protection des données mettent l'accent sur les droits de la personne. Mais elles ne prennent pas la mesure de la manière dont l'exercice de notre libre arbitre se voit de plus en plus empêché au sein d'environnements technologiques complexes, et encore moins des effets de la métamorphose numérique sur les processus de subjectivation, le devenir-soi de l'individu. On considère le plus souvent, dans ces textes, un sujet déjà constitué, capable d'exercer ses droits, sa propre volonté et ses principes. Or, le propre des technologies numériques – telle est la thèse ici défendue – est de participer à la formation des subjectivités selon un mode nouveau : en redistribuant sans cesse le jeu des contraintes et des incitations, elles créent les conditions d'une plus grande malléabilité des individus. Nous détaillons ces processus dans l'ouvrage 'Les identités numériques en tension'[75]*, réalisé dans le cadre de la Chaire Valeurs et politiques des informations personnelles de l'IMT.*

Si les moyens mis en place par le RGPD sont clairement nécessaires pour soutenir l'initiative et l'autonomie de l'individu dans la gestion de sa vie numérique, il faut cependant souligner que les notions mêmes de consentement et de contrôle par l'utilisateur vis-à-vis de ses données, et sur lesquels le mouvement actuel repose, restent problématiques. Et cela parce que deux logiques, distinctes mais concordantes, sont aujourd'hui à l'œuvre.

Si une certaine sensibilité des utilisateurs aux traces laissées volontairement ou involontairement au cours de leurs activités en ligne, et dont il peut avoir connaissance (comme, par exemple, des métadonnées de connexion), semble s'accroître, et peut servir de

[73] *Cf.* https://www.conseil-constitutionnel.fr/actualites/communique/decision-n-2012-652-dc-du-22-mars-2012-communique-de-presse
[74] *La biologie comportementale, c'est quoi ?* https://justaskthales.com/fr/la-biometrie-comportementale-cest-quoi/
[75] *Les identités numériques en tension – Entre autonomie et contrôle :* https://www.istegroup.com/fr/produit/les-identites-numeriques-en-tension/

support à l'approche basée sur le consentement, cette dynamique rencontre assez vite ses limites.

Tout d'abord, la multiplication des informations récoltées rend irréaliste l'exercice systématique du consentement et le contrôle par l'utilisateur, ne serait-ce qu'en raison de la surcharge cognitive que cet exercice effectif exigerait de sa part. Ensuite, le changement de nature des moyens techniques de collecte, exemplifiée par l'avènement des objets connectés, conduit à la démultiplication des capteurs qui collectent les données sans même que l'utilisateur puisse s'en rendre compte, comme le montre l'exemple, de moins en moins hypothétique, de la vidéo-surveillance couplée à la reconnaissance faciale et, plus amplement, le cas de toutes les connaissances que les opérateurs acquièrent sur la base de ces données. Il s'agit ici d'une couche de l'identité numérique dont le contenu et de nombreuses exploitations possibles sont absolument inconnus de la personne qui en est la source.

Qui plus est, une forte tendance des acteurs, étatiques et privés, consiste à vouloir décrire l'individu de manière exhaustive et totale, en créant le risque de le réduire à un ensemble de plus en plus complet d'attributs. Dans ce nouveau régime de pouvoir, le visible se réduit à ce qui peut être saisi en données, à ce qui relève de la mise à disposition immédiate des êtres, comme s'il s'agissait en fin de compte de simples objets.

La deuxième logique à l'œuvre dans nos sociétés hypermodernes touche à l'inscription de ce paradigme basé sur la protection et le consentement dans les mécanismes de la société néolibérale. La société contemporaine conjugue en effet deux aspects en matière de 'privacy' : il s'agit de considérer l'individu comme étant visible de manière permanente, et comme étant responsable individuellement pour ce qui est vu de lui. Un tel ensemble de normes sociales se consolide à chaque fois que l'utilisateur exerce le consentement – ou l'opposition – à l'utilisation de ses données. En effet, à chaque itération, l'utilisateur renforce sa compréhension de soi-même comme l'auteur et le responsable de la circulation des données. Il endosse aussi l'injonction à la maîtrise des données alors même que cette dernière est le plus souvent illusoire. Surtout, il endosse l'injonction à calculer les bénéfices que le partage des informations peut lui apporter. En ce sens, l'application stricte et croissante du paradigme de consentement peut être considérée comme étant corrélative d'une conception de l'individu qui devient non seulement l'objet d'une visibilité quasi-totale, mais aussi – et surtout – un agent économique rationnel, à même d'analyser son agir en termes de coûts et de bénéfices.

Cette difficulté fondamentale fait que les enjeux futurs des identités numériques ne se réduisent pas à donner plus de contrôle explicite, ou plus de consentement éclairé. Il convient bel et bien de trouver d'autres voies complémentaires, qui se situent sans doute du côté des pratiques (et non simplement des « usages ») des utilisateurs, à condition que de telles pratiques mettent en place des stratégies de résistance pour contourner l'impératif de visibilité absolue et de définition de l'individu comme agent économique rationnel.

De telles pratiques digitales doivent en outre nous inciter à dépasser la compréhension de l'échange social – numérique ou non – sous le régime du calcul des bénéfices que l'on en retire ou des externalités. Ainsi, les enjeux soulevés par les identités numériques dépassent largement les enjeux de protection de l'individu ou les enjeux des « modèles d'affaires », et touchent à la manière même dont la société dans son ensemble conçoit la signification de l'échange social. Dans un tel horizon, il est primordial d'affronter les ambivalences et les jeux de tension qui sont intrinsèques aux technologies numériques, en examinant les nouveaux modes de subjectivation qui sont induits dans ces opérations. C'est à partir d'un tel exercice de discernement que pourra advenir un mode de gouvernance des données plus responsable. »[76]

[76] *Les défis éthiques de l'identité numérique :*

Autre sujet fondamental connexe qui interroge également, celui du droit à l'oubli et au respect de la vie privée sur Internet.

Le droit à l'image permet d'autoriser ou de refuser la reproduction et la diffusion publique de votre image. Il est possible de demander le retrait d'une image au responsable de sa diffusion. En cas de refus, une action en justice peut être engagée en cas d'atteinte à votre vie privée. Toutefois le droit à l'image est limité par le droit à l'information.[77]

Les arrêts du Conseil d'Etat en date du 6 décembre 2019 - pris à la lumière de l'arrêt de la CJUE rendu le 24 septembre 2019 qui établit que Google n'était pas tenue de respecter la politique européenne du droit à l'oubli à l'échelle mondiale[78] – définissent les conditions dans lesquelles doit être respecté le droit au référencement sur Internet prévu par le RGPD.

Dans une décision 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.

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'oubli[79].

- *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.

Une véritable guerre de l'influence par l'information, la désinformation et le déni d'accès s'est installée opposant des protagonistes aux motivations les plus diverses, dans laquelle les Etats interviennent à la fois comme 'influenceur' et comme 'cible.

La question fondamentale est la crédibilité des informations que nous percevrons demain à travers le cyberespace.

Pour Jan-Werner Müller, professeur de sciences politiques à l'université de Princeton[80] : *« La liberté de la presse n'a jamais été aussi mal en point qu'aujourd'hui. Les régimes autoritaires mettent leurs appareils législatifs au service d'une répression de la société civile et exploitent le manque de transparence et de régulation des plateformes numériques. »*

Jean-Louis Missika, spécialiste en analyse des stratégies politiques et de la relation aux médias, et Henri Verdier, Ambassadeur pour les affaires numériques au sein du ministère français de l'Europe et des Affaires étrangères, posent un terrible constat sur les impacts de cette évolution technologique brutale sur la démocratie et la Nation : *« La liberté d'expression, comme nous*

https://theconversation.com/les-defis-ethiques-de-lidentite-numerique-111881

[77] *Droit à l'image et respect de la vie privée :* https://www.service-public.fr/particuliers/vosdroits/F32103?fbclid=IwAR3BrqtZH2ZH0ES9ibAf5UxH7UwoLgn9-p4lxJd8UzsseZty7Ztf-yyAevY

[78] *The operator of a search engine is not required to carry out a de-referencing on all versions of its search engine* : https://curia.europa.eu/jcms/upload/docs/application/pdf/2019-09/cp190112en.pdf

[79] *Droit à l'oubli : le Conseil d'État donne le mode d'emploi :* http://www.globalsecuritymag.fr/Droit-a-l-oubli-le-Conseil-d-Etat,20191206,93567.html?fbclid=IwAR0XLscBxcF_6a5kxofYfDsDDZ7eDmb7aGCKSx2KtgjJS_mRCTCugJEKQmE

[80] *Qu'est-ce qui menace la liberté de la presse aujourd'hui ?:* *https://esprit.presse.fr/article/jan-werner-muller/qu-est-ce-qui-menace-la-liberte-de-la-presse-aujourd-hui-43444*

l'entendions jusqu'à présent, reposait sur l'idée que des humains parlaient à d'autres humains. Il y a toujours eu une asymétrie entre ceux qui parlent et ceux qui écoutent, mais cette asymétrie demeurait dans le cadre de l'humanité. Qu'en est-il de cette asymétrie quand ce sont des machines et des algorithmes qui s'adressent aux humains ? Quand les humains qui reçoivent les messages n'ont aucune idée de ce que les machines savent sur eux et de la raison pour laquelle ils les reçoivent [...] C'est ainsi que la vie politique change de nature. L'agenda de la campagne électorale compte beaucoup moins. La bataille pour le contrôler perd de son importance. Il y a encore des débats ou des échanges d'arguments entre responsables politiques, mais l'important se passe en-deçà ou au-delà de l'espace public. Comme le souligne Lessig : « L'économie moderne de la liberté d'expression n'est pas pilotée par des éditeurs qui cherchent à publier ce que leurs lecteurs pourraient comprendre, mais par des machines qui fabriquent un discours fondé sur le comportement que l'on désire obtenir. Dans la plupart des cas, ce comportement est simplement commercial : cliquer sur une publicité. De façon plus préoccupante, ce comportement va parfois au-delà du commercial : prendre d'assaut le Capitole » [...] Que devient la démocratie si une campagne électorale cesse d'être ce moment où la communauté nationale, par le débat public et la controverse, décide collectivement de son destin ? Si elle devient la résultante de stratégies d'investissements publicitaires fondées sur un micro-découpage de l'opinion et des micromanipulations quotidiennes ? Que devient, même, la Nation ? La fragmentation de la communauté nationale en de multiples cibles, l'envoi de messages spécifiques à ces micro-segments, dans le secret et sans contradiction, interdisent une réelle délibération politique, préalable au vote. La démocratie est née dans l'agora. Elle a besoin d'un espace public qui soit réellement public. Le microciblage et la publicité politique personnalisée désintègrent l'espace public [...] Créer de fausses identités pour infiltrer des communautés, créer de faux médias pour donner au mensonge l'apparence d'une information vérifiée, produire de fausses informations, fondées sur de fausses preuves quasiment indétectables, le "faire paraître vrai" a changé de nature avec les réseaux sociaux et l'intelligence artificielle. Il s'est sophistiqué et éloigné des techniques rudimentaires de la propagande. Ce qu'on appelle à tort "post-vérité" n'est rien d'autre que ce changement de registre du "vraisemblable" et de sa mise en forme. » [81]

« Séduction et manipulation cognitives constituent l'une des faces sombres du cyberespace. Le monde ouvert du partage de l'information s'avère être également, voire surtout, le monde cynique de la fabrique artificielle du sens et du consentement, attisant la défiance individuelle, approfondissant « l'archipélisation » sociale, menaçant la stabilité étatique. » (Général Paul Cesari – CSFRS)

« *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[82,83])

Franck DeCloquement, expert de l'intelligence stratégique, et membre de la cybertaskorce, 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*

[81] *La démocratie, otage des algorithmes - Une désintégration de l'espace public* : https://www.telos-eu.com/fr/politique-francaise-et-internationale/la-democratie-otage-des-algorithmes.html

[82] *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

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

nations occidentales. Car le vrai danger des GAFA 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 neutre : bien au contraire. Alors que les GAFA 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.[84] *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 ? »*[85]

« Les innovations numériques telles que la 'deepfake reality' instaurent une ère de 'post-vérité intégrale'. Le business-modèle attractif des GAFAM se fonde sur un "encerclement cognitif" qui expose les internautes à la désinformation, la division et la manipulation psychologique. […] Le manque à la fois de volonté politique et de capacités techniques adaptées pour contrer la diffusion de trolls et fausses nouvelles rendent les démocraties occidentales vulnérables aux interférences d'acteurs hostiles. » [86]

Cette manipulation de l'information a des formes et origines diverses que *l'Observatoire (dés)information et géopolitique au temps du Covid* de l'IRIS décrypte à travers une série d'analyses constitutives d'un dossier intitulé : '*le virus du faux'*.[87,88,89]

Un rapport de l'Institut de Recherche Stratégique de l'École Militaire (IRSEM) révèle les nouvelles armes d'influence de la Chine dans le monde entier[90]. Un changement de doctrine,

[84] *Comment la communication a façonné l'empire hégémonique de Facebook* :
https://theconversation.com/comment-la-communication-a-faconne-lempire-hegemonique-de-facebook-157079

[85] *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=IwAR0dccA1rmIXUKlVmAiOQszt_ssz_i1aOKN0ULGnZOCOj_tfCf5ncnPa6NA

[86] *"La deepfake reality : vers la fin de la vérité dans le cyberespace ?", Questions à Franck DeCloquement.*
https://www.gendarmerie.interieur.gouv.fr/crgn/publications/les-articles-de-la-revue-de-la-gendarmerie-nationale/la-deepfake-reality-vers-la-fin-de-la-verite-dans-le-cyberespace-rgn-268

[87] *Cf.* notamment le glossaire proposé par cet observatoire :
https://www.iris-france.org/wp-content/uploads/2020/10/Glossaire_FR-EN_Covid.pdf

[88] Voir également *Comment lutter contre l'infodémie ? Dossier #6 :*
https://www.iris-france.org/wp-content/uploads/2021/03/Dossier-6-Le-virus-du-faux.pdf

[89] Voir également : *Comment les français s'informent-ils sur Internet ?*
https://www.fondationdescartes.org/2021/03/comment-les-francais-sinforment-ils-sur-internet/

[90] *Cf. Les opérations d'influence chinoise – Un moment machiavélien* (Paul Charon & Jean-Baptiste Jeangène Vilmer :

plus agressive, destinée à convaincre voire contraindre et imposer le récit de Pékin à tous les étages des sociétés dans le monde.[91]

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. »*[92]

Dans cette nouvelle fabrique du sens qu'est devenu l'Internet, une vigilance accrue des pouvoirs publics se fait jour face aux nouvelles « menaces à la vérité ».

Face à la nouvelle menace contre la démocratie que constitue la diffusion de fausses nouvelles, l'UE a incité, dès le début de la crise sanitaire, 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.

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.[93,94]

26

https://drive.google.com/file/d/1qxUvLrLG4SSg8ANZnqvBfDOxUrtPmaB5/edit

[91] L'Armée Populaire de Libération (APL) tient à sa disposition une constellation de pigistes prêts à diffuser cette désinformation et à assurer la publicité de la Chine. Ces petites mains sont pilotées par l'unité 61070 chargée de la propagande réseaux au sein de la base 311, le cœur opérationnel de l'influence chinoise. Elles sont chargées des opérations informationnelles, tactique directement inspirée de la méthode russe, et se divisent en deux catégories. Des trolls, en chair et en os, sont notamment sollicités pour pratiquer l'Astroturf dont l'objectif est d'inonder les réseaux ciblés d'un maximum de messages de désinformation en donnant l'illusion d'un soutien spontané ou d'une dénonciation populaire authentique pour contre attaquer les discours hostiles au régime. Mais le chiffre annoncé par les auteurs de l'enquête concerne ceux que l'on appelle couramment "l'armée des 50 centimes". Leur travail d'occupation s'applique moins à intervenir sur les sujets de discorde qu'à allumer des contre-feux en distrayant le public et en assurant la promotion de la Chine..

[92] 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

[93] *Cf.* https://www.gouvernement.fr/action/lutte-contre-la-manipulation-de-l-information

[94] 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

Mais 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.[95]

À l'instar des États-Unis ou encore du Royaume-Uni, la France a décidé de créer une agence destinée à lutter contre la désinformation en provenance de l'étranger, sous l'égide du SGDSN.

Si la nécessité d'une telle initiative semble incontestable, des questions demeurent sur les usages réels et les cibles potentielles comme sur les finalités politiques des actions opérées à partir d'une telle agence, l'histoire recélant d'expériences dramatiques où les vérités d'Etat résistaient mal à des analyses 'indépendantes' et/ou 'scientifiques', aucun Etat ne pouvant prétendre être paré des attributs d'un parangon de vertu, pas même l'Etat français …

- *Les objets connectés*

Après l'internet, le web puis les *social networks*, nous assistons désormais à l'apparition d'un quatrième réseau, celui des objets connectés. Rendu possible par le développement de la 5G, cette nouvelle connectivité demeure largement impensée.

Bernard Benhamou, alors qu'il était Délégué aux Usages de l'Internet au sein du Secrétariat d'Etat au développement de l'économie numérique : *« L'irruption de l'internet dans la « vie de tous les jours » soulève cependant de nombreuses questions sur les mesures que les créateurs de ces nouveaux services prendront pour éviter que la vie privée ne soit progressivement remise en question. À mesure que l'internet épouse l'ensemble des activités quotidiennes des citoyens, la protection des libertés et de la vie privée devient plus essentielle encore. En effet, la convergence des technologies de mobilité, de géolocalisation et d'identification des objets pourrait installer auprès des citoyens des systèmes de plus en plus intrusifs. En effaçant progressivement les frontières entre individus connectés et non connectés, et en devenant « invisibles » pour leurs utilisateurs, ces réseaux ubiquitaires ou encore cet Everyware, pour reprendre le néologisme d'Adam Greenfield, pourraient aussi remettre en cause la notion même de vie privée. L'objectif d'une « connectivité généralisée » évoqué par l'ensemble des acteurs industriels de ce secteur, s'il est porteur d'espoirs économiques pourrait aussi se transformer en perspective « orwellienne » si des précautions n'étaient pas prises pour s'assurer que les citoyens en gardent la maîtrise. »* tout en soulignant le rôle crucial joué par l'Union européenne pour l'émergence d'une gouvernance européenne de ces objets.[96]

Dans son essai *The Computer for the 21st Century* de 1991, dans lequel il imagina les ordinateurs et le monde des ordinateurs au milieu ou à la fin du 21e siècle, Mark Weiser alertait déjà près de 20 années plus tôt sur les risques soulevés par l'invisibilité de ces technologies : *« Les technologies les plus profondément enracinées sont les technologies invisibles. Elles s'intègrent dans la trame de la vie quotidienne jusqu'à ne plus pouvoir en être distinguées. »*

Dès 2008, l'OCDE alertait également sur les enjeux de sécurité attachés au développement des objets connectés : *« La création d'un "Internet des Objets", le développement et la diffusion ubiquitaire des technologies basées sur les capteurs, vont à terme brouiller les frontières entre monde virtuel et monde physique et pourraient modifier la nature même de la vie privée. Les enjeux de sécurité sur le long terme restent encore à analyser et à résoudre. »*[97]

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.

[95] 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

[96] *L'internet des objets. Défis technologiques, économiques et politiques :* https://esprit.presse.fr/article/benhamou-bernard/l-internet-des-objets-defis-technologiques-economiques-et-politiques-14799

[97] *Radio Frequency Identification (RFID) : A Focus on Information Security and Privacy*

Aujourd'hui, le sociologue Dominique Boulier appelle à un grand débat public : *« L'affaire semble entendue, l'Internet des objets est non seulement annoncé comme inéluctable mais il est déjà là. Et tous les objets connectés que nous utilisons sans nous en rendre compte, de même que les capteurs qui équipent nos villes nous le démontrent, même s'ils ne sont pas connectés à Internet et utilisent des technologies WiFi ou Bluetooth ou des RFID en local : nous ne pouvons pas nous en passer.*

Pourtant, le saut que constitue cette nouvelle connectivité (des adresses IP pour tous les objets) mérite examen, et même plus, débat public. Car c'est d'un nouveau réseau qu'il s'agit, qu'il faut penser et discuter stratégiquement pour l'orienter selon des visées de bien commun et non seulement parce que le code court et que l'innovation n'attend pas.

Trois questions (au moins) méritent d'être soulevées avant ce déploiement déjà bien avancé : l'architecture de réseau, la sécurité et notre couplage aux objets. »[98]

Dans une résolution adoptée le 10 juin 2021, les députés européens ont appelé à un renforcement des normes européennes pour les dispositifs connectés, applications et systèmes d'exploitation, tout en se félicitant de l'intention de la Commission européenne de proposer une législation horizontale sur les exigences en matière de cybersécurité applicables aux objets connectés et produits associés, cette dernière ayant présenté en décembre 2020 une nouvelle stratégie visant à accroître la résilience des entités critiques physiques et numériques.[99]

Cependant, ils s'inquiètent d'une fragmentation du marché intérieur car chaque Etat membre de l'UE possède actuellement ses propres règles.

« Les capacités en matière de cybersécurité sont hétérogènes entre les États membres et que le signalement des incidents et le partage d'informations entre eux n'ont rien de systématique ou de complet, tandis que le recours aux centres d'échange et d'analyse (ISAC) pour l'échange d'informations entre les secteurs public et privé n'a pas atteint son plein potentiel », peut-on lire dans la résolution.

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

Lors d'une audition devant le Parlement européen en novembre 2021, la Banque centrale européenne, par l'intermédiaire de Fabio Benetta, membre de son directoire, a marqué son intention d'aller vite en mettant en place un prototype d'euro numérique dès 2023 afin de répondre à la dématérialisation croissante des paiements et à la multiplication des cryptomonnaies.

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 – y compris sur le registre de la sobriété énergétique[100] -, tout en accroissant la stabilité financière, témoigne d'une volonté générale de rupture avec les monnaies traditionnelles et les sources d'instabilité et de crises systémiques qu'elles induisent de manière cyclique.

(Working Party on Information Security & Privacy- OCDE, 14 janvier 2008
http://www.olis.oecd.org/olis/2007doc.nsf/LinkTo/NT00005A7A/$FILE/JT03238682.PDF

[98] *Internet des objets : pour une stratégie médiologique*
https://aoc.media/analyse/2021/11/17/internet-des-objets-pour-une-strategie-mediologique/

[99] Résolution du Parlement européen du 10 juin 2021 sur la stratégie de cybersécurité de l'Union pour la décennie numérique (2021/2568(RSP)) : https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/TA-9-2021-0286_FR.html

[100] Par exemple, en utilisant l'énergie renouvelable non utilisée par d'autres usages, les cryptomonnaies apporteront à l'égard des défis de la transition énergétique une réponse numérique que les monnaies classiques ne peuvent offrir alors même que leur empreinte carbone est bien plus grande.

Or, devant la multiplication des évènements cybercriminels à travers le monde, les principales banques centrales comme les protagonistes du Forum économique mondial envisagent comme probable l'éventualité d'une gigantesque cyberattaque susceptible de provoquer des ralentissements, voire des neutralisations des systèmes de paiement bancaire, et une paralysie de l'économie mondiale. Un vaste exercice de simulation a même été entrepris à l'été 2021.[101]

Selon Eric Vergaeghe, fondateur du média numérique 'Le Courrier des Stratèges' : *« Pour éviter la pagaille d'une bataille locale perdue face aux pirates, les banques centrales se proposent de supprimer le cash et les mouvements émiettés entre banques pour constituer une sorte de grand livre des opérations monétaires. Concrètement, l'euro numérique, par exemple, sera suivi de A à Z par un big data niché dans les serveurs de la Banque Centrale Européenne, et aucun compte bancaire n'échappera à ce contrôle. Les banques ne seront, plus en réalité, que des succursales d'une seule institution publique appelée banque centrale. Facialement, la concurrence continuera à jouer. Facialement, nous continuerons à ouvrir un compte dans une banque, mais l'argent que nous y placerons sera une sorte de "jeton" numéroté que la banque centrale pourra désactiver quand elle le souhaitera. On connaît déjà tous les motifs de désactivation, ce sont ceux des systèmes totalitaires ordinaires : lutte contre la criminalité, le terrorisme, et autres prétextes invoqués pour, tôt ou tard, faire taire les opposants. Christine Lagarde les a déjà annoncés, énoncés et justifiés. La croyance naïve selon laquelle la réponse à une faiblesse consiste à toujours plus centraliser le pouvoir est au coeur même de la logique de Davos. On n'y peut pas grand-chose. Elle donnera l'occasion d'une très belle confiscation du pouvoir si elle se réalise, dans l'indifférence générale ou presque des populations. Précisons que la BCE a reçu 8.000 réponses à sa consultation sur l'euro numérique, ce qui est un record historique. Et que très majoritairement, les participants ont insisté sur leur crainte de voir leur vie privée anéantie par la monnaie numérique. Les termes du débat sont d'ores et déjà posés. »*

Des initiatives anticipent ce grand bouleversement dont les impacts sur le droit et sur les libertés individuelles sont encore sous-estimés, quand bien même la Banque centrale européenne y porte un intérêt réel dans ses travaux relatifs à la mise en place d'un euro digital[102].

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*

[101] https://cyberpolygon.com/about/

[102] *Cf.* le chapitre consacré aux "exigences de confidentialité" qui doivent être établies et respectées pour protéger les libertés individuelles dans le rapport relatif à la mise en place d'un euro digital où figure notamment ce passage : *« Users' privacy can be protected to various degrees, depending on the preferred balance between individual rights and public interest ... »*
Report on a digital euro : https://www.ecb.europa.eu/euro/html/digitaleuro-report.en.html

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. »

Patrice Baubeau[103] se montre moins pessimiste à l'égard des monnaies digitales des banques centrales : *« Dans un monde où l'émission d'actifs monétaires, la création d'identités et la gestion des profils correspondants ne sont plus du seul ressort des États, il devient urgent de réfléchir à l'articulation de ces différentes dimensions afin de conserver les bénéfices des innovations suscitées par l'essor d'Internet sans y perdre nos droits, nos biens et nos êtres. Et donc de prendre en compte la quatrième fonction de la monnaie : l'identification [qui renverse la perspective usuelle sur l'anonymat. L'anonymat n'apparaît plus comme une propriété du cash, mais devient l'une des modalités de l'identification par la monnaie. […] [Les monnaies digitales des Banques centrales] limitent le risque d'entraîner la substitution d'une forme lucrative d'identité à la forme civique dont nos droits dépendent, en soumettant le paiement à l'identification plutôt que l'inverse. […] Dans un État de droit, non seulement les individus ont un droit à l'identité que l'État ne peut leur dénier, mais les modalités de l'identification relèvent du domaine de la loi, avec les garanties juridiques qui l'entourent. »*

André Peters prolonge ce propos en élargissant le spectre des questionnements posées par ces monnaies digitales à la question fondamentale de la démocratie monétaire : *« Le développement des monnaies digitales est en plein bouillonnement. De nombreux acteurs (banques, fintechs, réseaux sociaux, Banques centrales, banques commerciales, citoyens, associations, etc.) sont en présence et essaient tous de défendre leur solution. On a vu que ce bouillonnement est révélateur de nombreux enjeux sociétaux et démocratiques de première importance qui, bien souvent, restent enfouis sous des considérations techniques ou restent masqués. Selon moi, la question monétaire est un enjeu politique tellement fondamental que je le reprends systématiquement sous le vocable « démocratie monétaire ». La digitalisation de la monnaie constitue un momentum particulier pendant lequel les citoyens ont la possibilité de réinterroger l'institution monétaire et de vérifier si elle est bien adaptée aux besoins contemporains en se rappelant que les acteurs en scène défendent leurs intérêts particuliers et que personne ne représente l'intérêt général. »*[104]

On se contentera de relever ici que, pour compléter les formes existantes de création de monnaie, et financer la transition écologique et sociale, certains économistes militent pour un nouveau mode d'émission de monnaie : la monnaie volontaire, démocratique et affectée au bien commun.[105]

- *La pénétration des sociétés américaines dans l'univers national de l'enseignement supérieur et la recherche fait également l'objet d'inquiétudes*

A la suite de l'arrêt Schrems II, la CNIL a été saisie par la Conférence des présidents d'université et la Conférence des grandes écoles sur l'utilisation des *« suites collaboratives pour l'éducation »* proposées par des sociétés américaines.

103 *L'identification, la quatrième fonction de la monnaie :* https://theconversation.com/lidentification-la-quatrieme-fonction-de-la-monnaie-166351
104 *Monnaies digitales et démocratie monétaire ?* https://econologiste.org/2021/03/18/monnaies-digitales-et-democratie-monetaire/
105 *Cf.* Jézabel Couppey-Soubeyran et Pierre Delandre *in La monnaie volontaire* : https://laviedesidees.fr/La-monnaie-volontaire.html

Compte tenu du risque d'accès illégal aux données, la CNIL appelle à des évolutions dans l'emploi de ces outils et accompagnera les organismes concernés pour identifier les alternatives possibles[106].

- *Le défi de la défiance*

Qu'il s'agisse des grands débats engagés par le gouvernement français qui reposent sur des consultations en ligne, ou 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[107]), le recours à la démocratie 2.0 est désormais entré dans les moeurs, 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.

Les nombreux débats éthiques, philosophiques et juridiques autour du risque d'une emprise irréversible de la technologie sur l'humain[108] ont trouvé dans le douloureux épisode pandémique de 2020 et 2021 et du recours à des technologies profondément innovantes pour tenter d'y mettre un terme (vaccins à ARN messager, …), comme dans des initiatives privées particulièrement audacieuses articulées sur l'objectif d'optimiser toujours plus le rapport cerveau/machine[109], des terreaux propices à nourrir de très profondes inquiétudes qui appellent des réponses 'appropriées' de la part des pouvoirs publics, notamment.

Reconnaissance faciale, intelligence artificielle, 5G … : les controverses sur les risques liés au développement de certaines technologies se sont récemment multipliées.

Dans un article traitant de ces sujets, Arnaud Merle et Thibaud Zuppinger se veulent rassurants : *« « Dis-moi ta technologie et je te dirai qui tu es, quels sont tes imaginaires et tes angoisses ». La cyber-infusion du numérique sur le réel matériel a-t-elle donc vidé notre monde de ses mystères ? Si l'on définit l'entropie comme la mesure du degré d'incertitude, alors il faut accueillir les temps numériques comme une chance. Les aborder avec prudence permet d'envisager autant de mondes à faire et pas seulement à taire. »*[110]

Pour la troisième année consécutive, l'Académie des Technologies a cherché à comprendre et analyser la perception des Françaises et Français, et son évolution, à l'égard des nouvelles

---

106 *La CNIL appelle à des évolutions dans l'utilisation des outils collaboratifs étatsuniens pour l'enseignement supérieur et la recherche :* https://www.cnil.fr/fr/la-cnil-appelle-evolutions-dans-utilisation-outils-collaboratifs-etatsuniens-enseignement-superieur-recherche?fbclid=IwAR0xaD79Vda5AHNksYhPLy1Kx4x2G1lrzv42q7bTVeiIGXJPkgA4g1Xv3UM

31

107 Aux termes des troisième et quatrième alinéas de l'article 39 de la Constitution : *« La présentation des projets de loi déposés devant l'Assemblée nationale ou le Sénat répond aux conditions fixées par une loi organique. - Les projets de loi ne peuvent être inscrits à l'ordre du jour si la Conférence des présidents de la première assemblée saisie constate que les règles fixées par la loi organique sont méconnues. En cas de désaccord entre la Conférence des présidents et le Gouvernement, le président de l'assemblée intéressée ou le Premier ministre peut saisir le Conseil constitutionnel qui statue dans un délai de huit jours ».* Aux termes du premier alinéa de l'article 8 de la loi organique du 15 avril 2009 relative à l'application des articles 34-1, 39 et 44 de la Constitution : *« Les projets de loi font l'objet d'une étude d'impact. Les documents rendant compte de cette étude d'impact sont joints aux projets de loi dès leur transmission au Conseil d'État. Ils sont déposés sur le bureau de la première assemblée saisie en même temps que les projets de loi auxquels ils se rapportent ».* Selon le premier alinéa de l'article 9 de la même loi organique, la Conférence des présidents de l'assemblée sur le bureau de laquelle le projet de loi a été déposé dispose d'un délai de dix jours suivant le dépôt pour constater que les règles relatives aux études d'impact sont méconnues.

108 *Cf.* Jean-Yves Goffu *in Humanisme, posthumanisme, transhumanisme : de quoi parle-t-on exactement ?* https://theconversation.com/humanisme-posthumanisme-transhumanisme-de-quoi-parle-t-on-exactement-152510

109 *Cf.* Philippe Menei *in Elon Musk, le singe et les trois cochons : une fable transhumaniste ?* https://theconversation.com/elon-musk-le-singe-et-les-trois-cochons-une-fable-transhumaniste-164418

110 *Cf. Calculabilité et entropie numérique* : https://aoc.media/analyse/2021/07/15/calculabilite-et-entropie-numerique/

technologies. Ce baromètre annuel réalisé par l'Ifop montre que les technologies constituent une source croissante d'inquiétude.

Les Françaises et Français sont désormais une majorité (56 %) à se dire inquiets à ce sujet (+ 15 points par rapport à l'enquête précédente). Par ailleurs, ils sont nettement moins nombreux qu'il y a une dizaine d'années à reconnaître leur impact positif sur le quotidien. Malgré ces inquiétudes, 61 % estiment que le progrès technologique reste synonyme de progrès pour l'humanité et 75 % se déclarent majoritairement intéressés par les nouvelles technologies.

Le sondage révèle le sentiment d'un fort déficit d'information sur ces sujets. Seulement 33 % estiment être suffisamment bien informés, un chiffre inchangé depuis 2001. 77 % souhaitent être plus impliqués dans les décisions sur des technologies controversées et 75 % estiment que le gouvernement n'informe pas suffisamment de leurs conséquences.

Les résultats mettent également en lumière le nombre limité d'institutions et de personnes suffisamment crédibles pour combler leurs attentes. Ainsi, seuls les scientifiques et les journaux scientifiques ont la confiance d'une majorité de citoyens, loin devant les représentants du gouvernement.[111]

Pour le politologue Eddy Fougier *: « Il existe ainsi une critique de nature militante portée par deux types de courants. Le premier est un courant critique de la « technoscience », cette alliance supposée entre la science, la technique et le marché jugée pernicieuse par des ONG, des scientifiques critiques, certains journalistes, des lanceurs d'alerte, des écologistes ou des leaders d'opinion. Le second est un courant plus radical, critique de la technique en tant que telle, incarné par des intellectuels ou des écrivains anti-technique, des décroissants, des activistes recourant à des actions de désobéissance civile ou à des actions clandestines de sabotage. Cette critique de nature militante est très présente dans l'espace public. Mais les enquêtes montrent aussi l'existence d'une contestation de nature « sociale », peu visible dans l'espace public, qui est le fait de personnes exprimant des inquiétudes vis-à-vis de certaines technologies. Ce sont souvent des femmes, qui se montrent plus sensibles que les hommes aux risques technologiques et industriels et plus prudentes sur les questions de santé. Ce sont aussi des catégories défavorisées : catégories populaires, peu ou pas diplômées, sympathisants RN, voire LFI, soutiens des « gilets jaunes ». […]. Ce sont avant tout des individus socialement fragiles qui ne font plus confiance aux institutions et aux élites pour les protéger de risques par rapport auxquels ils se sentent plus vulnérables que les autres catégories. […] Dans tous les cas de figure, la contestation sociale n'est pas vraiment prise en compte. Les inquiétudes tendent à être ignorées en étant vues à travers le prisme d'une critique idéologique. […]. En définitive, si l'on veut lutter efficacement contre la défiance de ces catégories fragiles et inquiètes, il faut à tout prix entendre leurs cris qui sont, d'une certaine manière, de véritables appels à l'aide. »*[112]

Pour le philosophe Jean-Michel Besnier : *" il est urgent de maintenir unies deux grandes figures mythologiques, dont nous sommes les héritiers, et que Platon à mis en scène dans le Protagoras. Le mythe de Prométhée est souvent raconté de manière incomplète. Prométhée a volé le feu aux dieux ce qui a permis aux humains d'accéder à un processus d'hominisation, à travers la technique et la culture. Mais Platon dit aussi que Zeus savait que si les hommes n'avaient que la technique en leur possession, ils créeraient des sociétés dans lesquelles les rivalités, les conflits seraient constants. Cela les conduirait à l'hybris, la démesure. Comme Zeus ne veut pas la perte de l'humain, il a fait appel à une deuxième figure : Hermès, le dieu du langage, du message, de la pacification et de la politique. C'est cela qui fait contrepoids :*

[111] *Cf.* https://www.ifop.com/publication/le-regard-des-francais-sur-les-nouvelles-technologies-a-lheure-des-debats-autour-de-la-5g/
[112] *Le défi de la défiance :* https://www.telos-eu.com/fr/societe/le-defi-de-la-defiance.html

la science du langage et de l'organisation politique. Ce mythe est profondément actuel. Nous devons continuer de préserver l'équilibre entre les outils et la parole, le langage.

L'être humain possède une fonction « symbolique » qui le distingue, et des animaux, et des machines. Cette fonction symbolique repose sur trois points : Le langage, qui nous permet de prendre des distances avec l'immédiateté et de nous représenter les choses, il nous permet de mettre en perspective notre environnement ; L'intelligence humaine. Nous avons une intelligence qui consiste à rompre avec les automatismes. C'est cette faculté qui permet aux enfants de rompre avec les automatismes de l'instinct, à travers l'éducation ; La gratuité : nous sommes capables de jeu, de poésie, de choses qui ne servent « à rien » a priori mais qui sont importantes. Si la culture numérique se développait dans la démesure que dénonce Platon, alors elle attenterait au langage et ne ferait plus de l'intelligence que la faculté à résoudre des problèmes à travers des machines. Nous serions contraints par un utilitarisme qui nous enlèverait cette dimension de gratuité. En outre, cette fonction symbolique est capitale si nous voulons conserver la spécificité de l'humanité. "[113]

[113] *Du transhumanisme au posthumanisme : fantasmes et imaginaires technologiques) :* www.cigref.fr/du-transhumanisme-au-posthumanisme

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

Force est de constater 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, 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 4ème 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.

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.

- *Du despotisme doux, à l'ombre de la souveraineté du peuple*

« Je veux imaginer sous quels traits nouveaux le despotisme pourrait se produire dans le monde : je vois une foule innombrable d'hommes semblables et égaux qui tournent sans repos sur eux-mêmes pour se procurer de petits et vulgaires plaisirs, dont ils emplissent leur âme.

Chacun d'eux, retiré à l'écart, est comme étranger à la destinée de tous les autres : ses enfants et ses amis particuliers forment pour lui toute l'espèce humaine ; quant au demeurant de ses concitoyens, il est à côté d'eux, mais il ne les voit pas ; il les touche et ne les sent point; il n'existe qu'en lui-même et pour lui seul, et s'il lui reste encore une famille, on peut dire du moins qu'il n'a plus de patrie.

Au-dessus de ceux-là s'élève un pouvoir immense et tutélaire, qui se charge seul d'assurer leur jouissance et de veiller sur leur sort. Il est absolu, détaillé, régulier, prévoyant et ... doux.

Il ressemblerait à la puissance paternelle si, comme elle, il avait pour objet de préparer les hommes à l'âge viril ; mais il ne cherche, au contraire, qu'à les fixer irrévocablement dans l'enfance ; il aime que les citoyens se réjouissent, pourvu qu'ils ne songent qu'à se réjouir. Il travaille volontiers à leur bonheur ; mais il veut en être l'unique agent et le seul arbitre ; il pourvoit à leur sécurité, prévoit et assure leurs besoins, facilite leurs plaisirs, conduit leurs principales affaires, dirige leur industrie, règle leurs successions, divise leurs héritages ; que ne peut-il leur ôter entièrement le trouble de penser et la peine de vivre ?

C'est ainsi que tous les jours il rend moins utile et plus rare l'emploi du libre arbitre ; qu'il renferme l'action de la volonté dans un plus petit espace, et dérobe peu a peu chaque citoyen jusqu'à l'usage de lui-même. L'égalité a préparé les hommes à toutes ces choses : elle les a disposés à les souffrir et souvent même à les regarder comme un bienfait.

Après avoir pris ainsi tour à tour dans ses puissantes mains chaque individu, et l'avoir pétri à sa guise, le souverain étend ses bras sur la société tout entière; il en couvre la surface d'un réseau de petites règles compliquées, minutieuses et uniformes, à travers lesquelles les esprits les plus originaux et les âmes les plus vigoureuses ne sauraient se faire jour pour dépasser la foule; il ne brise pas les volontés, mais il les amollit, les plie et les dirige; il force rarement d'agir, mais il s'oppose sans cesse à ce qu'on agisse; il ne détruit point, il empêche de naître; il ne tyrannise point, il gêne, il comprime, il énerve, il éteint, il hébète, et il réduit enfin chaque

nation a n'être plus qu'un troupeau d'animaux timides et industrieux, dont le gouvernement est le berger.

J'ai toujours cru que cette sorte de servitude, réglée, douce et paisible, dont je viens de faire le tableau, pourrait se combiner mieux qu'on ne l'imagine avec quelques-unes des formes extérieures de la liberté, et qu'il ne lui serait pas impossible de s'établir a l'ombre même de la souveraineté du peuple. » (Alexis de Tocqueville, De la démocratie en Amérique)

- *L'Etat de droit comme système garantissant la démocratie libérale*

De manière très synthétique, l'Etat de droit peut se définir comme un système institutionnel dans lequel la puissance publique est soumise au droit.

Raphaël Roger propose une définition à la fois beaucoup plus complète et très claire de l'Etat de droit.

« L'État de droit peut renvoyer à plusieurs objets juridiques ou politiques. Mal défini, il devient l'objet d'interprétations les plus diverses et polémiques.

L'État de droit renvoie d'abord à une conception limitée du pouvoir, et donc libérale. Le pouvoir est limité du fait de sa soumission à la règle de droit.

Ainsi, comme l'annoncera Hayek :

« Le fondement essentiel de l'État de droit est cette confiance dans l'action des règles abstraites régissant les relations entre les individus […], l'État de droit est visiblement une limitation des pouvoirs du gouvernement et en particulier des pouvoirs du législateur ».

Concluant plus loin, il ajoute :

« L'État de droit n'est pas une règle de droit mais une règle sur le droit, une doctrine métajuridique ou in idéal politique. Et pour être effectif, le législateur doit se sentir tenu de s'y conformer. En démocratie, l'observance de l'État de droit dépend donc de son acceptation par l'opinion publique, c'est-à-dire, en réalité, du fait qu'elle fasse partie ou non du sens de la justice prévalant dans la communication ».

Ainsi, dans ce passage, Hayek identifie bien ce qu'est l'État de droit. Le principe fondamental est que les gouvernants ne sont pas placés au-dessus de la loi, mais agissent au contraire conformément à celle-ci. C'est le principe de l'habilitation juridique. L'action ne peut se faire qu'en vertu d'une loi, évitant ainsi l'arbitraire d'une mesure réglementaire qui serait par exemple dénuée de fondement légal. En quelque sorte, l'État de droit peut être défini premièrement comme un État qui s'auto-limite par son propre droit.

Cependant, cette définition ne peut suffire, et plusieurs conceptions de l'État de droit apparaissent historiquement, bien distinctes les unes des autres.

Outre celle évoquée que l'on pourrait qualifier de conception matérielle, deux autres conceptions existent :

1. *Une conception formelle où l'État agit au moyen du droit*
2. *Une conception substantielle où l'État garantit des droits au travers notamment de procédures juridiques et judiciaires*

En France et en Allemagne au début du siècle dernier, l'État de droit est vu et pensé comme un « régime de droit », autrement dit un État soumis au droit :

« Le pouvoir ne peut utiliser que des moyens autorisés par l'ordre juridique en vigueur, tandis que les individus disposent de voies de recours juridictionnelles contre les abus qu'il est susceptible de commettre ».

Ainsi, l'administration doit agir en vertu d'une habilitation juridique, une règle de droit doit lui donner compétence, c'est-à-dire la possibilité d'agir, d'user de sa puissance matérielle, mais toujours en respect de la norme d'habilitation.

Cela sous-entend deux choses.

Premièrement, dire que l'administration doit agir en vertu d'une habilitation juridique ne suffit pas. Il faut veiller à ce qu'elle reste dans son champ de compétences et la sanctionner le cas échéant. Pour ce faire, il faut un pouvoir juridictionnel, qu'il soit un tribunal ordinaire ou un tribunal spécial.

Le juge est alors un agent de la légalité.

Deuxièmement, l'habilitation juridique issue d'une loi ne doit pas non plus violer les principes fondamentaux de la Nation circonscrits dans un texte, la Constitution. Dès lors, pour en assurer son respect il faut, non plus contrôler les actes administratifs au regard de la Constitution mais contrôler directement la loi eu égard à celle-ci. Dès lors, un juge spécial (ou non) sera chargé d'assurer ce contrôle de la constitutionnalité de la loi. Matériellement, l'État étant le seul créateur du droit, dès lors, c'est dans sa volonté et sa puissance que se trouve la source du droit positif. Pour reprendre Jellinek, il reste « maître de se fixer sans cesse à lui-même les règles qui sont de nature à le limiter ».

L'État de droit est ici alors comme formel et matériel et correspond à la pensée européenne de l'État de droit, qu'il s'agisse de celle du Rechtstaat ou de l'État de droit français, où l'on est passé progressivement d'un État policier où l'administration n'avait pas de limites légales à un État de droit où l'administration est soumise à un ensemble de règles contraignantes qui en cas de violation, fera l'objet d'une sanction de la part du pouvoir juridictionnel.

Ainsi, on constate au travers de l'Histoire que ces conceptions matérielles et formelles s'opposent à la dernière conception, la conception substantielle.

La conception substantielle est historiquement présente dans les pays de common law, où au travers du « due process », le juge encadre le pouvoir de l'État via sa jurisprudence et ses arrêts de précédents (stare decisis). Mais au travers de ces procès il va aussi soulever et ériger des principes et droits fondamentaux dont le citoyen pourra se prévaloir contre l'arbitraire de l'État.

Aujourd'hui, les trois conceptions de l'État de droit se rejoignent dans les démocraties libérales.

Enfin, l'État de droit peut se schématiser pour en faciliter la description.

Ainsi, il est la condition fondamentale de la démocratie libérale, car comme l'a précisé Michel Troper, « il n'y a pas de démocratie sans État de droit ».

Cet État de droit repose sur quatre piliers : le principe de légalité ; la sécurité juridique ; la hiérarchie des normes ; la protection des droits et libertés fondamentaux.

Le tout repose sur deux principes :

1. *La séparation des pouvoirs avec notamment la garantie de l'indépendance et l'impartialité du pouvoir judiciaire*

2. *Le juge comme garant de l'État de droit au travers de la raison juridique* »[114,115]

- *En France, 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 ouvrage[116], Irénée Régnauld 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 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. »*[117]

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

Parmi les 15 secteurs de l'économie française identifiés en 2019 comme étant les plus impactés par l'IA figure celui des 'LegalTech'.[118]

---

[114] *Etat de droit : clé de voûte de la démocratie libérale* :
https://www.contrepoints.org/2021/09/26/406676-etat-de-droit-cle-de-voute-de-la-democratie-liberale

[115] *Les critères de l'Etat de droit* :
Dans son rapport sur la prééminence du droit (CDL-AD(2011)003rev) adopté à sa 86e session plénière (mars 2011), la Commission de Venise a dégagé les caractères communs des notions d'Etat de droit, de *Rule of Law* et de *Rechtsstaat* ; le document contient en annexe une première liste de critères d'évaluation de la prééminence du droit dans un Etat
https://rm.coe.int/1680700eb7

[116] *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.

[117] *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=IwAR1m5j5Smvb3azWOqegNrxtB2VO8WQmbokBZljG0lzfqqeHFuhHxBh98Po

[118] *Cf.* le rapport de la Direction général des entreprises : https://www.entreprises.gouv.fr/files/files/directions_services/etudes-et-statistiques/prospective/Intelligence_artificielle/2019-02-intelligence-artificielle-etat-de-l-art-et-perspectives.pdf

Selon Renaud Vedel, Coordonnateur de la stratégie nationale pour l'intelligence artificielle (IA) au ministère de l'Economie, des finances et de la relance, les dernières évolutions grâce à de nouvelles technologies telles que les *« transformers »* permettent des progrès importants dans le traitement automatique du langage. Ainsi, beaucoup d'avancées dans l'aide à l'analyse de documents pourraient être utilisées dans le domaine du droit. Par exemple, l'IA pourrait être utilisée pour des outils à la lecture de productions sémantiques du droit mais de manière générale pour aider les professionnels du droit.

Pierre-Antoine Chevalier, Responsable du pôle données à Etalab (DINUM), évoque trois cas d'usage pour lesquels Etalab a accompagné les administrations.

L'open data des décisions de justice est la première réalisation concrète du ministère de la Justice pour ouvrir les données du ministère. Avec la nécessité de pseudonymiser les décisions de justice, ce qui requiert d'utiliser des algorithmes et des codes-source. L'objectif visé est d'atteindre 20.000 à 2 millions décisions de justice annuelles d'ici 2025. Il faudra ensuite étudier comment réutiliser ces données.

Le Conseil d'Etat expérimente un algorithme qui détecte les contentieux avec les mêmes questions de droit. Cet algorithme permet d'extraire les moyens ainsi que les conclusions et identifient les similarités, ce qui pourrait permettre de mieux affecter les contentieux.

La Cour de cassation expérimente, en collaboration avec l'INRIA, un algorithme destiné à détecter les divergences dans les décisions de justice, ainsi qu'à donner des titres aux décisions à partir des résumés ou des sommaires, et ce afin de pouvoir regrouper les décisions qui traitent des mêmes questions.

Au ministère de la Justice, on réfléchit notamment à utiliser l'IA en matière de divorce. La CAF a mis à disposition du ministère une interface dans laquelle les greffiers saisissent des données. Avec ces nouveaux outils, on peut pourrait par exemple extraire automatiquement des décisions de divorce les données utiles pour la CAF. Le projet Datajust en matière de préjudice corporel a permis d'identifier une quarantaine de facteurs déterminants.

Dans le cadre de la procédure pénale numérique, l'objectif est de fournir le maximum d'outils aux magistrats pendant l'audience pour présenter les données d'une affaire de « manière la plus aidante » (identifier les dates et les lieux, construire des interactions entre les personnes et les lieux…).[119]

Un avocat en droit numérique, une docteure en sciences, et un ingénieur en IA dans l'industrie : Adrien Basdevant, Aurélie Jean et Victor Storchan, se sont associés pour analyser, sous un angle scientifique et juridique, les grands principes de la justice algorithmisée et ses mécanismes sous-jacents. [120]

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'IA[121], 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 :

[119] *Cf.* Arnaud Dumourier *in Le potentiel de la donnée appliqué aux domaines du droit et de la justice :* https://www.lemondedudroit.fr/decryptages/78511-le-potentiel-de-la-donnee-applique-aux-domaines-du-droit-et-de-la-justice.html

[120] *Cf. Mécanisme d'une justice algorithmisée : https://jean-jaures.org/sites/default/files/justice.pdf*

[121] *Droit et technologie : influence du droit sur la technologie, et capacité du droit de canaliser la technologie :* https://www.college-de-france.fr/site/alain-supiot/guestlecturer-2019-05-22-17h00.htm?fbclid=IwAR3iMXmjYReCYBgTGLGC1-OIv5TrDk1IEbGQBIrHb243_kxTeGahlFzZOw0

« *Qu'il s'agisse d'une simple automatisation des tâches, d'une aide à la décision, ou de prédiction, l'utilisation d'algorithmes et de l'intelligence artificielle dans le domaine de la justice pose des questions d'ordre technique et éthique. Si l'introduction des outils numériques dans ce champ régalien 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*. »[122]

Dans sa décision du 12 juin 2018, le Conseil constitutionnel a jugé conforme à la Constitution les nouvelles règles régissant l'emploi des algorithmes par l'administration, considérant que "*le législateur a défini des garanties appropriées pour la sauvegarde des droits et libertés des personnes soumises aux décisions administratives individuelles prises sur le fondement exclusif d'un algorithme*". Sans véritablement avoir pris la mesure de tous les enjeux attachés à ces questions ! En pratique, plusieurs points doivent encore être tranchés[123].

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.[124,125] 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, le dossier est resté en suspens cinq ans après l'adoption de ce texte. Le décret d'application a finalement été publié au mois de juin 2020, en renvoyant certaines des dispositions à la publication d'arrêtés.

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 question[126].

Au début de l'automne 2021, la justice administrative a fait un pas de plus dans la diffusion et l'accessibilité de ses décisions. Avec l'ouverture de la plateforme *open data*, toutes les décisions de justice du Conseil d'Etat sont désormais accessibles en format ouvert, suivies par celles des cours administratives d'appel et des tribunaux administratifs au printemps 2022.[127,128]

---

[122] *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

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

[124] *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=IwAR0yuRmP7uUuaY4cCVINw7XuU0VezP0CFp6Zq3o2umHo3ZwTdJ8y7DlAeGU

[125] *Management of the judiciary - compilation of comments and comments by country* (Council of Europe) : https://www.coe.int/en/web/cepej/compilation-comments

[126] *Cf.* https://www.zdnet.fr/actualites/donnees-de-justice-le-conseil-d-tat-rappelle-le-gouvernement-a-l-ordre-39916885.htm

[127] *Qu'est-ce que l'open data du Conseil d'État ?* https://opendata.conseil-etat.fr/

[128] Cette plateforme vient compléter l'offre proposée par la base de jurisprudence *Ariane Web* qui met déjà disposition plus de 270 000 décisions sélectionnées et publiées en raison de leur intérêt jurisprudentiel.

Lors du Conseil des ministres du 14 avril 2021, Éric Dupond-Moretti, garde des sceaux, ministre de la justice a présenté un projet de loi pour la confiance dans l'institution judiciaire. Le gouvernement a engagé la procédure accélérée sur ce texte. Le 18 novembre 2021, le Sénat a définitivement adopté le projet de loi, modifié par six amendements du gouvernement, lequel avait été adopté en première lecture, avec modifications, par l'Assemblée nationale le 25 mai 2021, puis par le Sénat le 29 septembre 2021. Le 16 novembre 2021, l'Assemblée nationale avait adopté le texte de compromis, tel qu'élaboré par la commission mixte paritaire le 21 octobre 2021.Avant sa promulgation par le Président de la République, le Premier ministre a fait le choix de procéder à deux saisines du Conseil constitutionnel survenues le 22 novembre.

Il est à noter que cette loi intervient de manière surprenante avant même la tenue des Etats généraux de la Justice qui se déroulent sous la supervision d'un comité indépendant présidé par Jean-Marc Sauvé, qui est chargé de garantir l'impartialité et la transparence de la démarche, d'analyser les propositions et de réaliser une synthèse qui sera remise au président de la République.[129]

Or ces Etats généraux constituent une occasion exceptionnelle d'associer les citoyens, les acteurs et les partenaires de la Justice invités à utiliser la plate-forme parlonsjustice.fr pour témoigner de leur expérience et à formuler des propositions concrètes pour bâtir la Justice de demain autour des grandes interrogations suivantes : *Quelle place pour la Justice au sein de notre société ? Comment garantir un meilleur fonctionnement de l'institution pour une Justice plus rapide et plus efficace ?*

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.

Or cette loi pour la confiance dans l'institution judiciaire ne comporte aucune disposition relative aux points en suspens ayant trait aux défis posés au système judiciaire par le numérique.

La justice algorithmique, comme cette nouvelle loi apporteront-elles réellement les réponses appropriées à l'appel lancé par 3000 magistrats qui dénoncent ouvertement les nombreuses défaillances du système judiciaire :

« […] nous, magistrats judiciaires, qui ne prenons que très rarement la parole publiquement, avons décidé aujourd'hui de sonner l'alarme. Autour de nous, les arrêts maladie se multiplient, tant chez les nouveaux magistrats que chez les magistrats plus expérimentés. L'importante discordance entre notre volonté de rendre une justice de qualité et la réalité de notre quotidien fait perdre le sens à notre métier et crée une grande souffrance.

Audiences suchargées, procédures classées sans suite…

Nous, juges aux affaires familiales, sommes trop souvent contraints de traiter chaque dossier de divorce ou de séparation en quinze minutes et de ne pas donner la parole au couple lorsque chacune des parties est assistée par un avocat, pour ne pas perdre de temps.

Nous, juges civils de proximité, devons présider des audiences de 9 heures à 15 heures, sans pause, pour juger 50 dossiers ; après avoir fait attendre des heures des personnes qui ne parviennent plus à payer leur loyer ou qui sont surendettées, nous n'avons que sept minutes pour écouter et apprécier leur situation dramatique.

Ariane Web : https://www.conseil-etat.fr/ressources/decisions-contentieuses/arianeweb2

[129] *Les États généraux de la Justice :* http://www.justice.gouv.fr/etats-generaux-de-la-justice-13010/

Nous, juges des enfants, en sommes réduits à renouveler des mesures de suivi éducatif sans voir les familles, parce que le nombre de dossiers à gérer ne nous permet pas de les recevoir toutes.

Nous, juges correctionnels, du fait de la surcharge des audiences, devons choisir entre juger à minuit des personnes qui encourent des peines d'emprisonnement, ou décider de renvoyer des dossiers aussi complexes que des violences intrafamiliales à une audience qui aura lieu dans un an. A cette date, la décision aura perdu son sens et laissé la vie des justiciables et de leur entourage en suspens.

Nous, substituts du procureur, devons fréquemment nous résoudre à poursuivre devant les tribunaux ou à classer sans suite des procédures sur la base d'un compte rendu téléphonique ou électronique succinct, sans avoir le temps de les lire intégralement avant.

Une justice maltraitante

Ces situations ne sont pas anecdotiques. Nous y sommes confrontés chaque jour et nous devons les affronter, les assumer en tant que face visible d'une justice qui maltraite les justiciables, mais également ceux qui œuvrent à son fonctionnement, greffiers et magistrats.

Floriane, de la même promotion que Charlotte, écrivait dans sa lettre de démission, en septembre 2020, un an après sa prise de fonctions : « J'ai vu bien trop de collègues en souffrance, qu'ils se l'avouent ou le dénient. Que fait l'institution de cette souffrance ? Elle la tait, comme elle tait ses manifestations : les abus d'autorité, le harcèlement, le surmenage, ou même les suicides. On récompense ceux qui la nient et on préfère dire de ceux qui se l'avouent qu'ils n'avaient pas les épaules. »

Aujourd'hui, nous témoignons car nous ne voulons plus d'une justice qui n'écoute pas, qui raisonne uniquement en chiffres, qui chronomètre tout et comptabilise tout. Nous, magistrats, faisons le même constat que les justiciables. Nous comprenons que les personnes n'aient plus confiance aujourd'hui en la justice que nous rendons, car nous sommes finalement confrontés à un dilemme intenable : juger vite mais mal, ou juger bien mais dans des délais inacceptables.

Les attentes fortes des justiciables à l'égard de la justice sont légitimes, les critiques doivent être entendues et vues comme une chance de progresser pour notre institution. Nous devons rester à l'écoute. Mais ce dialogue entre la justice et la société est aujourd'hui rendu impossible par une vision gestionnaire de notre métier à laquelle nous sommes chaque jour un peu plus soumis.

Affaiblissement de l'Etat de droit

Nous constatons chez nos partenaires du quotidien (services publics de la santé, de l'éducation, de la police…) la même souffrance éthique, le même sentiment de perte de sens.

Alors que se sont ouverts les états généraux de la justice [cent vingt jours de consultation citoyenne et de débats qui ont démarré le 18 octobre] avec pour objectif annoncé de renouer les liens entre les citoyens et leur justice, nous, juges du quotidien des tribunaux judiciaires, souhaitons témoigner de nos expériences et de nos inquiétudes sur les conditions dans lesquelles la justice est rendue en France et sur l'affaiblissement de l'Etat de droit qui en découle.

Nous souhaitons dire haut et fort que malgré notre indéfectible conscience professionnelle, notre justice souffre de cette logique de rationalisation qui déshumanise et tend à faire des magistrats des exécutants statistiques, là où, plus que nulle part ailleurs, il doit être question avant tout d'humanité.

Nous souhaitons ainsi rappeler avec force que notre volonté est de rendre la justice avec indépendance, impartialité et attention portée à autrui, telle que l'exige toute société démocratique. »[130]

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

Le recours au vote électronique suscite des craintes multiples. En septembre 2017, 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 un rapport sénatorial publié en décembre 2017, en souligne 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* », il pointe néanmoins du doigt l'approbation du Conseil constitutionnel[131] et du Conseil d'Etat[132] 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* »[133].

Laurent Nuñez, alors secrétaire d'Etat auprès du ministre de l'Intérieur, a fait valoir la position 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 ».*

Pour justifier la 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 la 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* ».

[130] Cf. https://www.lemonde.fr/idees/article/2021/11/23/l-appel-de-3-000-magistrats-et-d-une-centaine-de-greffiers-nous-ne-voulons-plus-d-une-justice-qui-n-ecoute-pas-et-qui-chronometre-tout_6103309_3232.html
[131] *Cf.* https://www.conseil-constitutionnel.fr/decision/2012/2012154PDR.htm
[132] *Cf.* https://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriAdmin.do?idTexte=CETATEXT000023493752
[133] *Cf.* http://questions.assemblee-nationale.fr/q14/14-88162QE.htm

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 communiqué[134], 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*

- *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.[135] 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 disparait.

Or, si le projet de nouvelle loi audiovisuelle prévoyait déjà de supprimer la HADOPI, il prévoyait 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.

[134] *Cf.* http://www.senat.fr/presse/cp20210217.html
[135] *Décision n° 2020-841 QPC du 20 mai 2020 :* https://www.conseil-constitutionnel.fr/decision/2020/2020841QPC.htm

- *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.

En mai 2019, la mission de régulation des réseaux sociaux a remis au secrétaire d'État en charge du numérique son rapport "*Créer un cadre français de responsabilisation des réseaux sociaux : agir en France avec une ambition européenne*".[136]

Le rapport propose des pistes de réflexion et d'action qui sont venus 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 loi[137].

- *La surveillance généralisée des réseaux*

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 2 ans et les mettent à la disposition des services répressifs sur demande.

Dans un arrêt pris le 6 octobre 2020[138], 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.

Devant cette situation équivoque et faisant valoir des impératifs de sécurité nationale, l'exécutif français a considéré que l'Etat pouvait légitimement demander aux fournisseurs de services de communications électroniques de conserver de manière généralisée et indifférenciée pendant un an les données de toutes nos communications personnelles ou professionnelles : numéro de téléphone appelé ou appelant, date, heure et durée de la communication, géolocalisation, identification du matériel utilisé, nom et adresse de l'utilisateur du matériel, adresse IP utilisée pour les services Internet, etc.

[136] 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
[137] *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
[138] *Cf.* https://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?mode=req&doclang=fr&docid=232084

De quoi permettre aux services de renseignement, à la justice et à la police de puiser, sous conditions, dans cette masse d'informations au gré de leurs besoins préventifs ou probatoires.

Amené à devoir trancher entre l'exigence de respect du droit européen et celle d'accorder à l'Etat français le bénéfice du caractère dérogatoire au droit général européen des mesures ayant trait à la sécurité nationale[139], le Conseil d'Etat, par sa décision du 20 avril 2021, refuse d'appliquer l'arrêt de la CJUE estimant que tant le droit français du renseignement que l'obligation de conservation généralisée et indifférenciée de l'ensemble des données de connexion (IP, localisation, etc.) sont contraires aux droits fondamentaux.[140]

Or cette dernière notion de 'sécurité nationale' constitue un élément nouveau dans le droit français qui soulève toujours de nombreux questionnements.

Pour le professeur Bertrand Warusfel : *« Si l'on veut donner à ce nouveau concept une portée juridique opérationnelle et non simplement en rester à une affirmation symbolique, il convient non seulement d'en préciser le contenu mais aussi d'en délimiter et d'en contrôler la portée.*

A notre sens, le respect des principes essentiels de l'Etat de droit impose de satisfaire à trois conditions cumulatives : déterminer précisément les menaces dont le traitement relève du champ de la sécurité nationale, définir légalement les moyens juridiques dérogatoires que la puissance publique peut employer pour y faire face et mettre en place un contrôle indépendant chargé de garantir la bonne adéquation des fins et des moyens de la sécurité nationale.

La définition du champ est en soi un exercice difficile comme nous venons de l'évoquer précédemment. En effet, la lecture des seules dispositions de la loi du 29 juillet 2009 ne nous permet pas d'identifier avec précision la frontière entre les menaces majeures justifiant le recours aux moyens spéciaux de sécurité nationale et celles qui – malgré leur importance intrinsèque – doivent relever des pratiques normales de sécurité publique et de maintien de l'ordre ou de toute autre politique publique classique.

Le risque en cette matière est d'entrer dans un processus que certains politistes anglo-saxons dénomment "sécuritisation" ("securitization") et qui consiste pour un acteur politique à désigner comme une menace existentielle un enjeu – même non vital - qui va lui permettre de légitimer dans ce domaine des interventions allant au-delà des actions publiques classiques. Or, l'indétermination originelle du concept en France peut porter en elle le germe d'une telle dérive. Lorsque le Président de la République parle de la stratégie de sécurité nationale "qui associe, sans les confondre, la politique de défense, la politique de sécurité intérieure, la politique étrangère et la politique économique", on sent bien derrière ses mots le risque d'amalgamer certaines priorités politiques autour d'un concept volontairement large et aux contours indéfinis.

Il n'est d'ailleurs pas indifférent que, dans les milieux de la sécurité (et notamment de la sécurité intérieure) l'on utilise fréquemment les termes de "sécurité globale" pour désigner cette imbrication des différents champs d'action et moyens d'intervention. […] A la globalisation indifférenciée de toutes les problématiques de sécurité dans un dispositif unique qui irait de la prévention de la petite délinquance à la protection de la Nation contre un conflit armé, en passant par la lutte contre la grande criminalité, le terrorisme ou l'espionnage économique (ce

---

[139] Plusieurs options s'opposent sur l'interprétation des dispositions du traité de Lisbonne relatives à la sécurité nationale. Voir ma position sur ce sujet complexe : *De la sécurité nationale dans le traité de Lisbonne*

- *http://regards-citoyens.over-blog.com/article-de-la-securite-nationale-dans-le-traite-de-lisbonne-deuxieme-partie-nouvelle-edition-82372181.html*
- *http://regards-citoyens.over-blog.com/article-de-la-securite-nationale-dans-le-traite-de-lisbonne-troisieme-partie-nouvelle-edition-58649050.html*

[140] *Le Conseil d'État valide durablement la surveillance de masse :*
https://www.laquadrature.net/2021/04/21/le-conseil-detat-valide-durablement-la-surveillance-de-masse/

que certains appelaient parfois aussi le "continuum défense-sécurité"), les exigences juridiques opposent au contraire le maintien d'une distinction fondamentale entre l'exercice quotidien du droit commun de la sécurité publique et la mise en oeuvre d'un droit dérogatoire qu'autorisent seules certaines circonstances ou menaces exceptionnelles. »[141]

- *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 cette crise, 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 interpelé par la docilité avec laquelle une population entière a sacrifié les plus fondamentales des libertés (aller-venir, se réunir, exercer son culte, manifester…) sur l'autel de la santé. Nous assistons à une accélération de ce que Foucault

[141] *La sécurité nationale, nouveau concept du droit français*
http://www2.droit.parisdescartes.fr/warusfel/articles/Securite%CC%81Nationale_Warusfel2011

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. »[142]

Par ailleurs, le gouvernement a autorisé les administrations, et notamment les préfectures, 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 d'une première 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, ignorant alors – ou feignant d'ignorer -, outre les pouvoirs de contrôle de l'action du gouvernement attribués au Parlement par la Constitution, l'existence et les travaux sur les questions sanitaires de l'Office parlementaire d'évaluation des choix scientifiques et technologiques (OPECST)[143].

Pour Jean-Philippe Feldman : *« L'état d'urgence sanitaire issu de la loi n° 2020-290 du 23 mars 2020 d'urgence pour faire face à l'épidémie de covid-19 n'est malheureusement pas un texte isolé. Il n'est que le prolongement de nombreux dispositifs, d'autant plus préoccupants qu'ils se sont multipliés ces dernières années). Il amène à s'interroger dès lors sur la légitimité d'une législation d'exception et plus fondamentalement d'une disposition sur les situations de crise dans une Constitution. […]*

Il n'est pas inutile de noter que la France a émis une réserve d'interprétation lors de la ratification de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés

[142] *Préface pour une société de contrôle :* https://blogs.mediapart.fr/j-c-bonte-cazals/blog/301120/preface-pour-une-societe-de-controle

[143] *Rapport de l'OPECST sur "Les aspects scientifiques et techniques de la lutte contre la pandémie de la Covid-19"* : https://www2.assemblee-nationale.fr/15/les-delegations-comite-et-office-parlementaire/office-parlementaire-d-evaluation-des-choix-scientifiques-et-technologiques/secretariat/a-la-une/lutte-contre-la-pandemie-de-la-covid-19?fbclid=IwAR3mJpQSOOVLwytNG4_Kd3MFfDv1hajfUIwNMQoym36qcB6b403yqAFEIt4

47

fondamentales en 1974 et ce, au sujet de l'article 15 paragraphe 1 relatif au régime dérogatoire à la Convention. En effet, cette dernière disposition prévoit la possibilité exceptionnelle d'une dérogation au texte, mais il énumère les conditions matérielles, procédurales et temporelles permettant de respecter cette dérogation. La France a alors indiqué que les circonstances exceptionnelles mentionnées à l'article 15 de la Convention devaient se comprendre comme celles prévues tant à l'article 16 de la Constitution qu'à celles prévues par les lois sur l'état de siège et sur l'état d'urgence.

Les réactions des constitutionalistes à la nécessité d'une loi spécifique pour régler la crise sanitaire en 2020 ont été diverses. Pour les uns, il suffisait de s'appuyer sur l'état d'urgence du 3 avril 1955, pour les autres la loi du 5 mars 2007 relative à la préparation du système de santé à des menaces sanitaires de grande ampleur modifiant le Code de la santé publique était suffisante. Il n'en demeure pas moins que l'état d'urgence sanitaire comporte des points communs indiscutables avec l'état d'urgence issu de la loi de 1955, entre autres son instauration par décret et son éventuelle prorogation par la loi. On n'a pas manqué de relever combien les termes de la nouvelle législation pouvaient être larges : qu'est-ce qu'une « catastrophe sanitaire mettant en péril, par sa nature et sa gravité, la santé de la population » ? Certains n'ont pas manqué de relever qu'une simple grippe saisonnière était susceptible d'entrer dans les prévisions du nouveau texte… D'autres ont constaté que l'état d'urgence sanitaire donnait encore plus de latitude à l'exécutif puisque tant l'état de siège que l'état d'urgence requièrent l'intervention du Parlement pour une éventuelle prorogation au-delà d'un délai de 12 jours, alors que la nouvelle loi ne prévoit l'intervention du législateur que pour une prorogation au-delà d'un mois ! Enfin, si la loi de 2020 détaille les pouvoirs du Premier Ministre, elle le fait de manière particulièrement extensive en dix catégories distinctes, ainsi qu'il a été exposé. »[144]

Pour l'historien Gérard-Michel Thermeau[145] : *« l'extension indéfinie de l'intervention de l'État, toujours pour de bonnes raisons, cela va de soi, a fini par miner l'État de droit. À force de multiplier les droits particuliers, on a dilué le droit général. À force de faire de l'état d'urgence le fonctionnement ordinaire de nos démocraties, on finit de vider de toute substance nos régimes de démocratie libérale.*

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

De très nombreuses technologies ont été lancées depuis le début de la pandémie, sans compter les technologies existantes qui sont commercialisées comme outils de surveillance pour lutter contre le Covid-19.

Les géants de la technologie et les startups ont proposé 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 virus sans compter les multiples applications qui surveillent les paramètres de santé.

Parmi les outils utilisés par le gouvernement français (et bien d'autres) pour tenter de lutter contre la propagation de l'épidémie, les mesures reposant sur ces techniques ont effectivement été nombreuses.[146]

[144] *Constitution, état d'exception et état d'urgence sanitaire :* https://journaldeslibertes.fr/article/constitution-etat-dexception-et-etat-durgence-sanitaire/#.YR4Um44zaM9

[145] *La République d'Emmanuel Macron est-elle une dictature ?* https://www.contrepoints.org/2021/07/20/401877-la-republique-demmanuel-macron-est-elle-une-dictature

[146] *Cf.* notamment Yoann Nabat *in Les risques de l'avènement de nouvelles formes numériques de surveillance sanitaire :* https://theconversation.com/les-risques-de-lavenement-de-nouvelles-formes-numeriques-de-surveillance-sanitaire-164656

Le passe sanitaire instauré à la faveur de cette crise pandémique s'inscrit dans une dynamique visant à l'établissement d'un passeport vaccinal européen.[147]

Il anticipe l'instauration d'un système généralisé où l'identité ne sera plus établie par un document officiel "autonome" comme une carte d'identité, mais bien par un "portefeuille" numérique conservé sur un *cloud* et une application dont l'archivage échappera à l'utilisateur. Comme le révèle la société Thalès, ce portefeuille numérique devrait constituer demain la clé d'accès aux services publics, en même temps qu'il devrait permettre d'opérer numériquement diverses opérations bancaires.[148]

Pour Stéphane Grumbach, directeur de recherche à l'INRIA[149] : *« Si l'efficacité du contact-tracing a été très tôt démontrée théoriquement, les stratégies dites rétrospectives* (*backward tracing*) *déployées notamment en Corée du Sud et au Japon sont aujourd'hui identifiées comme étant beaucoup plus efficaces que les stratégies* prospectives *(forward tracing) utilisées par les Américains et les Européens. Alors que ces dernières recherchent de manière prospective les contacts des cas détectés puis les invitent à s'isoler, les stratégies rétrospectives reposent sur une approche inverse temporellement : lorsqu'un cas positif est identifié, les autorités recherchent d'où provient la contamination et non pas qui l'individu aurait pu contaminer. Il est indispensable, un an après leur introduction, de questionner l'ensemble des systèmes numériques déployés dans le cadre de la pandémie, en distinguant leurs finalités, les types de données utilisées et les acteurs impliqués dans le traitement de ces données. Une grande diversité de services a en effet été développée impliquant des acteurs publics comme privés très différents. Ces systèmes offrent des degrés très variables d'intermédiation avec les acteurs de la stratégie sanitaire nationale. Les pays membres de l'Union européenne ont majoritairement fait le choix de stratégies de mitigation portées par des outils numériques peu intrusifs et optionnels. La stratégie française reposant sur l'application TousAntiCovid est représentative de ce choix, qui, dès le départ, accorde la priorité absolue à la préservation de l'anonymat des utilisateurs en accord avec les exigences de la CNIL[150]. Si l'entrée en vigueur du passe sanitaire et le déploiement de TousAntiCovidSignal le 9 juin 2021 témoignaient déjà d'un changement de stratégie, les garanties imposées par la CNIL[151] conditionnaient, de facto, leur fonctionnement en France. Bien que les nouvelles extensions du premier dispositif semblent contrevenir à ces recommandations, le second conserve quant à lui un caractère facultatif et anonyme ; l'historique des visites ne permet ni l'identification des lieux de propagation ni la transmission d'informations vers les autorités de santé. Parmi les principales mesures susceptibles d'être mises en œuvre dans le cadre d'une stratégie d'élimination, les outils numériques jouent un rôle bien plus central, et leur efficacité semble directement liée à leur intrusivité. Ils permettent, face à l'incertitude épidémique, de révéler des données extrêmement précieuses sur l'état individuel des personnes, infectées, immunisées ou à risque, et d'interagir avec la population pour mieux protéger tant les individus que la société dans son ensemble,*

---

[147] *Roadmap for the implementation of actions by the European Commission based on the Commission Communication & the Council Recommendation on strengthening cooperation against vaccine preventable diseases* https://ec.europa.eu/health/sites/default/files/vaccination/docs/2019-2022_roadmap_en.pdf?fbclid=IwAR0SlRhOXjyOmoLbfdhzyPhRuS8iFPVBDliZMRZ3ujv-PubN5lBBZ1ak0uY

[148] *How Digital ID can help citizens access government services from anywhere* : https://dis-blog.thalesgroup.com/identity-biometric-solutions/2021/07/27/how-digital-id-can-help-citizens-access-government-services-from-anywhere/?utm_source=twitter&utm_medium=Hootsuite&utm_term=&utm_content=&utm_campaign=DIS-Digital-Identity

[149] *Numérique et Covid-19 : la liberté face au contrôle :* https://theconversation.com/numerique-et-covid-19-la-liberte-face-au-controle-162691

[150] *Cf.* https://www.cnil.fr/fr/la-cnil-rend-son-avis-sur-les-evolutions-de-lapplication-tousanticovid

[151] *Cf.* https://www.cnil.fr/fr/la-cnil-revient-sur-la-nouvelle-fonctionnalite-tousanticovid-signal

avec célérité, parfois même en temps réel. Pour autant, leur déploiement suscite à juste titre des craintes pour les libertés publiques et pour la protection de la vie privée, il y a donc lieu de considérer cette question avec le plus grand sérieux. Un système de surveillance épidémiologique présente des risques, l'anonymisation est pour une part illusoire et en tout cas difficilement vérifiable, la sécurité difficile à garantir, l'utilisation détournée des données possibles. De nombreuses associations de défense des libertés comme la Quadrature du Net en France appellent à la plus grande vigilance. »

Les débats relatifs à l'application StopCovid[152] ont mis 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 entraine, 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 globale[153].

Tandis que l'ANSSI a apporté son expertise sur les aspects techniques du projet[154], le Comité Consultatif National d'Ethique (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 publique[155] et d'une veille dédiée en particulier aux enjeux éthiques[156]. De son côté, la CNIL, dans son avis sur le projet d'application mobile StopCovid[157], a souligné 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 privée[158], tandis que La Quadrature du Net a fourni un argumentaire hostile au projet tout en donnant au débat une richesse basée sur l'expertise[159].

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, finalement remplacée le 22 octobre 2020 par l'application TousAntiCovid.

L'historien, écrivain et homme politique français Sébastien Nadot en retire les enseignements suivants[160] : *« La mauvaise approche du gouvernement qui a d'abord programmé un débat sans*

[152] *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
[153] *Cf.* https://cnnumerique.fr/StopCOVID-Avis
[154] *Cf.* https://www.ssi.gouv.fr/publication/application-stopcovid-lANSSI-apporte-a-inria-son-expertise-technique-sur-le-volet-securite-numerique-du-projet/
[155] *Cf.* https://www.ccne-ethique.fr/fr/actualites/la-contribution-du-ccne-la-lutte-contre-covid-19-enjeux-ethiques-face-une-pandemie
[156] *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
[157] *Cf.* https://www.cnil.fr/fr/publication-de-lavis-de-la-cnil-sur-le-projet-dapplication-mobile-stopcovid%C2%A0%20
[158] *Avis sur le suivi numérique des personnes :* https://www.cncdh.fr/node/2069
[159] *Cf.* https://www.laquadrature.net/2020/04/14/nos-arguments-pour-rejeter-stopcovid/
[160] *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 stratégie de déploiement et d'utilisation du numérique relève donc d'un arbitrage politique entre les risques et les bénéfices sanitaires, économiques et sociaux. Toutefois, les bonnes intentions peuvent avoir des effets paradoxaux en la matière. Plus un système numérique aspire à la protection de la sphère privée, plus il a de chance de s'imposer dans la durée. Les systèmes très intrusifs, outre qu'ils offrent une bien plus grande efficacité contre l'épidémie, pourraient donc s'avérer politiquement moins dangereux sur le long terme, précisément à cause de leur caractère exceptionnel que seule l'urgence justifie, un débat que la délégation sénatoriale à la prospective propose désormais d'ouvrir[161]*. »* (Stéphane Grumberg)

Pour le philosophe et historien des sciences Mathieu Corteel, la gestion de la pandémie est largement passée par le recours à des dispositifs techniques de modélisation statistique des comportements. En mettant à l'écart les sciences humaines et sociales, cette gestion techniciste aboutit à des politiques de santé publique qui visent le contrôle plutôt que l'autonomie des acteurs.

« En participant au dispositif du contrôle social, la santé publique a délaissé sa prétention à la promotion de la santé visant l'autonomie des acteurs, pour mieux maîtriser les conduites. L'octroi de capabilités a fait place à une instrumentalisation du choix social qui, en se normalisant au gré des décisions publiques, guide l'agent de manière diffuse, insidieuse et sans contradiction. Ce tournant laisse penser que l'autonomisation des acteurs de la santé et la défense des droits n'ont plus leur place dans l'application des normes sanitaires. Il faut au

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

[161] *Crises sanitaire et outils numériques : répondre avec efficacité pour retrouver nos libertés* (rapport d'information déposé le 21 juin 2021 au nom de la délégation à la prospective du Sénat) : http://www.senat.fr/rap/r20-673/r20-673.html

contraire réguler, inhiber et désinhiber les comportements en appareillant les individus de laissez-passer.

Qu'elle est la raison de ce changement de perspective ? Est-ce véritablement la population qui s'est écartée de la raison, en perdant confiance dans la science et les institutions ? Ou bien serait-ce plutôt les institutions qui ont perdu confiance dans l'autonomie de leurs administrés ? Alors que la complainte de la défiance s'amenuise et que plus de 50 millions de français sont vaccinés, le gouvernement réaffirme encore une fois sa visée comportementale aspirant à l'adaptation toujours plus astreinte des individus au milieu sociotechnique. Cette conscience dirigiste de l'État est sans doute le signe d'une inquiétude concernant la population, ou pour le moins, celui d'une conviction dans le bien-fondé de sa mise sous tutelle. La défiance, quasi-continue depuis les gilets jaunes jusqu'aux anti-vaccins, aura sans doute conduit le gouvernement à la certitude que les politiques publiques doivent parvenir à maîtriser la conduite en instrumentalisant la raison et la science. À tel point qu'embarquées dans ce dispositif, les valeurs de la santé publique se sont vidées de leur sens.

Sommes-nous encore capables de trouver un équilibre entre le respect des droits de la personne et la protection de la santé collective ? »[162]

Le recours à des dispositifs numériques était-il absolument nécessaire ?

Yoann Nabat, doctorant en droit privé et sciences criminelles y voit matière à de nombreuses interpellations démocratiques : *« Si la question a été soulevée pour l'application de traçage, bien que les débats se soient rapidement concentrés sur des enjeux techniques, elle a été quasiment absente ensuite. Le « solutionnisme » technologique a ici trouvé une application nouvelle : face à une difficulté majeure, biologique donc difficilement contrôlable, et inédite, le recours au numérique apparaît comme évident. Pourtant, aucune des technologies utilisées par ces dispositifs n'est neutre. Lorsque des caméras de surveillance sont mises en place dans le métro parisien pour vérifier le bon port du masque par les usagers, tout doit être pris en compte : quelles caméras sont utilisées, et fabriquées par quel opérateur ? Où sont envoyées les données et par qui sont-elles traitées ? Que deviennent les images filmées et les résultats ? La CNIL est d'ailleurs très vigilante sur ces questions.*

Ces questions, relatives notamment au respect de la vie privée et au traitement des données personnelles, mais aussi aux risques du conflit entre intérêts privés et publics, sont intrinsèques au recours à ces technologies, mais pourtant peu soulevées dans le débat public. Si des dispositifs de suivi des cas positifs existaient ainsi déjà pour certaines maladies, la création inédite pour le coronavirus de fichiers nationaux et centralisés n'est pas anodine. Plus fondamentalement, ces systèmes apparaissent avant tout comme des outils de contrôle et de surveillance des individus, à un niveau sans doute rarement égalé dans nos sociétés modernes, au moins à une aussi large échelle. La très récente généralisation du passe sanitaire à de nombreux lieux culturels ou de vie sociale systématise ainsi l'idée d'un contrôle inédit, car mise en œuvre essentiellement par ceux qui ne disposent habituellement pas de ce pouvoir (gérants ou directeurs d'établissements par exemple) et donc par les citoyens eux-mêmes. La « société de vigilance » trouve ici peut-être une nouvelle traduction. L'espace public perd encore un peu plus de son anonymat.

L'idée d'un contrôle par la technologie n'est pourtant pas nouvelle. Elle s'incarne depuis plusieurs années en matière sécuritaire par le développement des fichiers de police, mais aussi des outils de surveillance à la disposition des forces de police judiciaire voire administrative. Elle est également appuyée par les grandes entreprises du numérique (qui en font la source de leur rentabilité, grâce au développement du « capitalisme de surveillance » dénoncé par

[162] *Covid-19 : la santé publique comme laboratoire du contrôle social ;* https://aoc.media/analyse/2021/11/23/covid-19-la-sante-publique-comme-laboratoire-du-controle-social/

Shoshana Zuboff). La perspective originale des processus actuels se trouve alors peut-être dans leur lien étroit et nouveau avec la dimension biologique. Par ces outils, le politique se saisit encore un peu plus des enjeux de santé, non pas à la manière des siècles passés en exerçant une emprise directe sur le corps, mais par une forme plus insidieuse de contrôle, de « biosurveillance ». Ces dispositifs deviennent ainsi ceux de la « biopolitique » telle qu'exposée par Michel Foucault à la fin du siècle passé. Celle-ci ne s'adresse plus au corps individuel, mais « à la multiplicité des hommes comme masse globale affectée de processus d'ensemble qui sont propres à la vie », c'est-à-dire à la population conçue comme un tout. Or, la technologie permet précisément de répondre à ces impératifs, puisqu'elle assure une prise en compte globale de la population, chaque individu se trouvant réduit à un ensemble de données, dont la gestion peut être opérée quasi-automatiquement. Dans cet équilibre, le rôle des nudges ne doit pas être écarté. Ils participent pleinement à la surveillance en s'assurant de la complète coopération de l'individu, et en évitant le plus possible le recours à la contrainte. Si la vaccination n'est pas obligatoire, la présentation du passe sanitaire l'est devenue. Plus subtilement, si le recours à l'application TousAntiCovid n'est pas strictement nécessaire, tout est rendu plus facile pour son utilisateur.

D'ailleurs, la communication des chiffres de téléchargement est en elle-même aussi un nudge, car elle incite par le nombre.

L'ensemble de ces outils apparaît comme particulièrement intrusif. Rarement autant de dispositifs de contrôle et de surveillance auront concerné une part aussi importante de la population. Pourtant, leur acceptabilité sociale a progressé très rapidement. Sur ce point, l'exemple du passe sanitaire est particulièrement révélateur : d'une mesure inenvisageable à l'été 2020, il est devenu quasi obligatoire un an plus tard.

Les nudges ne sont pas seuls responsables de cette apparente absence de contestation. C'est ici le phénomène d'accoutumance qui doit être observé, facilité par l'impatience de sortir enfin un jour de la crise sanitaire et celle du tant promis retour à la vie antérieure. La technologie est partout dans notre quotidien, et les mesures de surveillance tendent également, qu'elles soient sanitaires ou sécuritaires, à se banaliser. Le fichier sanitaire devient un parmi d'autres, le passe sanitaire un contrôle de plus lors de déjà fastidieux passages aux frontières, tandis que l'application trouve sa place au milieu de toutes celles installées chaque jour sur nos téléphones.

Face à ce développement, les remparts juridiques sont souvent bien impuissants : états d'urgence à répétition, absence de tout pouvoir de véto de la Commission nationale informatique et libertés (CNIL, chargée du contrôle des outils numériques et de la protection des données personnelles), modifications législatives régulières et action timide du Conseil constitutionnel.

Ce constat est d'autant plus vrai qu'on assiste au recours fréquent à un simulacre de la technique marketing du « pied dans la porte ». Si le passe sanitaire a pu être validé par la CNIL et le Conseil d'État, c'est avant tout grâce à son champ d'application limité. Pourtant, quelques mois plus tard, il est très largement étendu. Trop tard : l'outil est déjà en place. La même technique avait déjà été à l'œuvre pour l'application TousAntiCovid, dont les fonctionnalités n'ont fait que croître, et est très largement mise en application pour certains fichiers sécuritaires. Cette habitude peut être dangereuse. Elle conduit en effet à progressivement déplacer la barrière de l'intolérable, et à accepter toujours plus de dispositifs de surveillance dans nos vies. Si la période exceptionnelle peut bien sûr justifier certaines atteintes aux libertés et des outils inédits, il faut sans doute ici plus que jamais rappeler les risques de l'effet « cliquet », bien connu en matière sécuritaire, qui interdit tout retour en arrière.

Prenons garde à ce que l'ensemble de ces dispositifs, entre technologies et biopouvoirs, ne créent pas un périlleux précédent en constituant un pas de plus vers la société de contrôle, dans laquelle le risque, pour inhérent à tout système libéral, semble de moins en moins bien toléré. »[163]

- *Les initiatives de l'Etat pour la protection des données sont-elles suffisantes ?*

Rendu public en mai 2021, le *rapport Tendances digitales 2021 dans le secteur public*, qui présente les principaux points à retenir pour les organismes publics, de la mise en oeuvre de moyens de généraliser les prises de décisions axées sur le numérique au renforcement de la confiance, en passant par l'importance du raffermissement des politiques de données, révèle les succès et les échecs de l'adoption du numérique[164].

Les difficultés rencontrées par la CNIL dans la mise en œuvre opérationnelle de décisions de la Cour européenne de Justice[165,166] ou du Comité européen à la protection des données[167] ayant trait à certains aspects clés de ces enjeux ont probablement joué un rôle incitatif majeur dans cette mobilisation soudaine.

Au moment où, en France, l'Etat s'organise pour repenser son rôle de régulateur en l'articulant autour de la donnée[168], 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[169,170,171,172].

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.

Il en va notamment 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.

---

[163] *Les risques de l'avènement de nouvelles formes numériques de surveillance sanitaire :* https://theconversation.com/les-risques-de-lavenement-de-nouvelles-formes-numeriques-de-surveillance-sanitaire-164656

[164] *Tendances digitales 2021 dans le secteur public : https://www.adobe.com/fr/offer/digital-trends-2021-in-public-sector.html*

[165] *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.

[166] *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

[167] *La Cnil européenne exhorte les institutions à ne plus transférer de données vers les Etats-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_7PuwIBWpRgLE31xsd4pP5p976Twb3QG5qlrLX92mgRB13ebcR3XzxJw

[168] *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

[169] *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-uSNzlWzjt23hlxNzxRtqtxzBA4N6ejIhDqrnuybnYOE

[170] *Black Hat 2019 : comment le RGPD facilite le vol de données personnelles :* https://www.lebigdata.fr/black-hat-2019-rgpd

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

[172] *Tirer profit du Big Data sans compromettre nos libertés :* https://www.contrepoints.org/2020/05/31/372574-rgpd-profit-du-big-data-sans-compromettre-nos-libertes-3-5

Le choix de confier les données de santé de 67 millions de Français à Microsoft a suscité les inquiétudes de la CNIL et du Conseil d'Etat[173], et gêné aux encablures le gouvernement[174].

La saisine du Conseil constitutionnel à la suite de l'adoption par le Parlement de la loi du 27 mai 2021 relative à la gestion de la sortie de crise sanitaire, a permis à cette plus haute juridiction de l'Etat d'établir la conformité à la Constitution de dispositions inscrites à l'article 7 de ladite loi ayant trait à la protection des données de santé dont le paragraphe I complète l'article 11 de la loi du 11 mai 2020 mentionnée ci-dessus par un paragraphe X afin de prévoir l'intégration au système national des données de santé des données recueillies dans le cadre des systèmes d'information mis en œuvre aux fins de lutter contre l'épidémie de covid-19[175], profitant de cette occasion pour à la fois rappeler - dans les paragraphes 24 à 34 de sa décision – les principales dispositions du code de la santé publique ayant trait aux données de santé, et établir la conformité à la Constitution dudit paragraphe X de la loi du 11 mai 2020.[176,177]

Cette décision juridique se heurte malheureusement au principe de réalité.

Le 20 septembre 2021, l'Assistance publique des hôpitaux de Paris (AP-HP) a informé par courriel 1,4 million de Franciliens ayant réalisé un test PCR dans le cadre de l'épidémie de Covid-19 à la mi-2020qu'ils avaient été victimes du vol d'une partie de leurs données personnelles et de santé (nom, prénom, adresse, numéro de téléphone, email, numéro sécurité sociale et positivité de leur test PCR).

En fonction des données dérobées, les risques sont plus ou moins importants. Cela peut aller de l'usurpation d'identité à la divulgation d'informations confidentielles. C'est d'ailleurs tout l'intérêt du vol des données de santé, elles sont tellement précises et personnelles qu'elles peuvent facilement permettre l'usurpation d'identité.[178,179]

Plus emblématique encore de l'insécurité numérique qui pèsent désormais sur les individus en raison des choix 'technologistes' de l'Etat, se sont retrouvés publiés sur Internet les QR code des passes sanitaires du président Emmanuel Macron et du Premier ministre Jean Castex.[180]

Le professeur Yannick Chatelain relève que l'État se donne dans l'urgence quelques libertés concernant le traitement des données personnelles des citoyens, par impréparation ou volonté délibérée.[181]

Il alerte sur des faits précis, aux côtés des organismes comme la CNIL ou *La Quadrature du Net* qui veillent et surveillent attentivement les projets de loi et les décrets qui se succèdent à

---

[173] *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

[174] Microsoft hébergeur de nos données de santé : les surprenants bricolages juridiques du Health Data Hub

[175] A propos de cet article, les députés déférant soutiennent que les dispositions contestées méconnaîtraient le droit au respect de la vie privée. En effet, selon eux, le transfert de ces données au sein du système national des données de santé emporte un allongement de la durée de leur conservation qui ne serait ni justifié ni proportionné. La protection de ces données médicales, particulièrement sensibles, ne serait en outre pas assurée par des garanties adéquates, dès lors qu'elles sont traitées sous une forme qui n'est pas réellement anonyme et qu'elles sont susceptibles d'être mises à disposition d'un grand nombre de personnes.

[176] Décision n° 2021-819 DC du 31 mai 2021 - Loi relative à la gestion de la sortie de crise sanitaire : https://www.conseil-constitutionnel.fr/decision/2021/2021819DC.htm

[177] *Les données relatives à la santé :* https://www.data.gouv.fr/fr/pages/donnees-sante/

[178] *Cf.* notamment : *Ce que vous risquez si vous faites partie du million de Français aux données de santé volées :* https://www.marianne.net/societe/ce-que-vous-risquez-si-vous-faites-partie-du-million-de-francais-aux-donnees-de-sante-volees

[179] *Usurpation d'identité, que faire ?* https://www.cybermalveillance.gouv.fr/tous-nos-contenus/fiches-reflexes/usurpation-identite-que-faire

[180] *Cf.* https://www.lemonde.fr/politique/article/2021/09/21/le-qr-code-d-emmanuel-macron-fuite-sur-internet-l-elysee-denonce-la-negligence-ou-la-malveillance-de-professionnels-de-sante_6095489_823448.html

[181] *La stratégie du choc : de l'État de droit malmené à l'État policier :* https://www.contrepoints.org/2021/10/13/408430-la-strategie-du-choc-de-letat-de-droit-malmene-a-letat-policier

une cadence effrénée : *« Le fait est que l'urgence, qu'elle soit sanitaire ou sécuritaire n'a pas pour vocation d'accorder un blanc-seing au pouvoir qui s'arrogerait le droit de s'éloigner pas à pas de l'État de droit, alors qu'il se dit y être particulièrement attaché. Que ce soit par précipitation ou par intention cet éloignement dessinerait les contours non plus d'un État de droit, mais d'un État policier peu soucieux du droit précisément.*

À ce titre, trois situations posent questionnements et soulèvent des inquiétudes. Il ne s'agit pas de prêter une quelconque intentionnalité de l'exécutif à sortir de l'État de droit, mais de noter au travers de ces trois exemples concrets que ce dernier franchit, ou tente de franchir de façon récurrente la ligne rouge et s'arroge des libertés qui ne peuvent en aucune façon être compatibles avec le fonctionnement usuel d'un État de droit. »

Alors que le gouvernement s'est passé de l'évaluation de la CNIL - qui n'a pas manqué d'alerter à ce sujet, un projet de loi envisage dans son article 4 de rendre le Fichier SI-DEP (système d'information de dépistages) utilisable par les forces de l'ordre, alors que la loi de mai 2020 prévoyait que seuls quelques acteurs du secteur de la santé étaient habilités à accéder à ce fichier.

Si le sanitaire interpelle, le sécuritaire est d'ores et déjà entré dans une gestion peu en rapport avec le respect de la loi.

Le 24 septembre 2021, la formation restreinte de la CNIL a rappelé à l'ordre le ministère de l'Intérieur pour sa mauvaise gestion du fichier automatisé des empreintes digitales (FAED)[182]. Les contrôles de la CNIL ont ainsi fait émerger de nombreux points mettant en défaut le ministère en charge. Lors de ces contrôles, la CNIL a ainsi identifié cinq manquements majeurs et a sommé le ministère de l'Intérieur de rectifier le tir et se mettre d'urgence en conformité avec la loi. Ses injonctions à l'encontre du ministère de l'Intérieur sont extrêmement claires.

Côté sécuritaire toujours, le ministère de l'Intérieur a été une nouvelle fois pris en défaut de non-respect du droit dans l'usage que font ses services des drones pendant de nombreux mois.

« Il ne s'agit pas de juger du bien-fondé de l'utilisation des drones par les forces de l'ordre si tant est qu'ils puissent être un appui à leurs actions au service des citoyens et de leur sécurité, mais il est impérieux que cet usage se fasse dans le respect du droit. […] Malheureusement, comme le souligne La quadrature du Net : « Après s'être vu à quatre reprises refuser le droit de surveiller la population avec des drones, le gouvernement est revenu une cinquième fois à l'attaque. Deux arrêts du Conseil d'État, une décision de la CNIL et une décision du Conseil constitutionnel n'auront pas suffit. »

L'Assemblée nationale a adopté le 21 septembre 2021 le projet de Loi 'Responsabilité pénale et sécurité intérieure' qui – entre autres –, et après des mois d'usages illégaux, encadre l'utilisation des drones par les forces de l'ordre.

La Quadrature du Net ne peut dès lors que constater avec amertume : « Le texte est quasiment identique à celui censuré par le Conseil constitutionnel en début d'année, les parlementaires n'ont pas hésité à le voter une nouvelle fois. »

En retournant ces trois faits dans tous les sens force est de constater que l'exécutif s'est autorisé à régulièrement sortir du cadre, que l'urgence, si souvent brandie, ne saurait pour autant tolérer que le pouvoir s'affranchisse régulièrement du respect du droit.

Quelle que soit l'urgence, qu'elle soit sanitaire et/ou sécuritaire cette accumulation d'arrangements avec la loi ne peut perdurer, à moins de finalement renoncer définitivement à

[182] Le fichier automatisé des empreintes (FAED) est un fichier de police judiciaire d'identification recensant les empreintes digitales de personnes mises en cause dans des procédures pénales. Ces empreintes sont principalement utilisées par les forces de l'ordre dans le cadre de leurs enquêtes.

l'État de droit et assumer l'édification d'un Etat policier prêt à transgresser le droit, jusqu'à celui-ci, à force d'obstination liberticide, et au forceps… finisse par rendre légitimes des transgressions avérées et ce de façon rétroactive. Une approche inquiétante qui ne peut être admise comme relevant de la normalité dans une démocratie en bonne santé. »

« Notre siècle est celui de tous les dangers comme celui de toutes les opportunités. La France est à un carrefour de son existence où ses choix stratégiques conditionneront son avenir, sa place dans l'échiquier mondial et la survie de notre modèle d'existence collective […] Jusqu'à présent, notre Nation, oscillant entre ignorance, compromission délibérée et naïveté confondante, a été la mère nourricière de puissances étrangères en matière de captation et de traitement de nos données stratégiques et souveraines. La circulaire du Directeur interministériel du numérique, en date du 15 septembre 2021, demandant aux administrations françaises de ne plus migrer vers la suite bureautique de Microsoft hébergée dans le cloud Microsoft 365, est-elle le marqueur tardif d'une prise de conscience réelle sur l'impérieuse nécessité de construire une politique de protection des données stratégiques de la Nation, ce fameux « or noir » du XXIème siècle ? » (Aurélie Luttrin et Franck DeCloquement)

Le monopole de fait que l'Etat – comme l'UE – a décidé de réserver à la dématérialisation des relations que les administrés devront entretenir avec ses services introduit une source supplémentaire de vulnérabilité de nature stratégique auquel il n'est pas en mesure de faire face.

La panne géante qui a touché le 4 octobre 2021 Facebook et ses services associés (Instagram, WhatsApp et Messenger) [183,184], met en évidence la dépendance de la France, et plus globalement, de l'UE, à ces plateformes numériques qui transforment entièrement notre quotidien.

Par ailleurs, l'explosion du nombre d'actes délictueux sur les réseaux numériques[185] 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.

Guillaume Poupard, le directeur général de l'ANSSI, se montre optimiste : si toutes les entreprises et les organisations prennent conscience que tout le monde est attaqué et investissent dans leur cybersécurité en considérant qu'il s'agit désormais d'une 'dépense vitale', alors il est possible de stopper dans les cinq prochaines années l'explosion actuelle des cyberattaques, qui ont déjà augmenté de 60% en 2021 après avoir quadruplé en 2020. Une étude menée en 2021 fait apparaître que 50% des PME ont déjà subi une intrusion sur leur site web et 40% sont attaquées chaque mois.[186]

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 publics[187].

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

[183] *Cf.* Tim Green *in Panne de Facebook : une succession d'événements malheureux* : https://www.lemondeinformatique.fr/actualites/lire-panne-de-facebook-une-succession-d-evenements-malheureux-84396.html

[184] *Cf.* François Jolain *in Facebook : un bug révélateur des fragilités d'internet :* https://www.contrepoints.org/2021/10/08/407962-facebook-un-bug-revelateur-des-fragilites-dinternet

[185] *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

[186] *Cf.* https://www.globalsecuritymag.fr/Etude-cybersecurite-50-des-PME-ont,20210224,108618.html

[187] *Cf.* https://www.senat.fr/rap/r19-082/r19-082_mono.html#toc0

57

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*.

Le sujet est suffisamment sensible pour que la CJUE s'en saisisse et décide d'invalider un texte important dans l'écosystème numérique : le '*EU-US Privacy Shield'*[188] 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 suffisantes[189].

Tom Burt, Vice-président chargé de la sécurité au sein de Microsoft, déclarait le 30 juin 2021 devant la commission judiciaire de la Chambre des représentants, qu'un tiers des demandes d'accès aux données sollicitées par le gouvernement des Etats-Unis sont accompagnées d'une ordonnance de confidentialité et que, par conséquent, le client final ainsi visé par ces consultation « discrétionnaires » des données n'est évidemment pas informé …

Franck DeCloquement avertit : *« 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 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. »*

Aurélie Luttrin et Franck DeCloquement précisent à cet égard : *« La méconnaissance et une certaine forme d'aveuglement dans lequel reste plongé – peu ou prou – un grand nombre de personnes, mettent en péril nos institutions et nos sous-bassements démocratiques. Et à ce titre l'intelligence collective commune et notre détermination éclairée doivent devenir nos voies de Salut privilégiées. L'Etat doit se donner les moyens humains de fédérer les énergies communes autour de cette stratégie de protection des intérêts prioritaires de la Nation. Pour ce faire, l'Union européenne peut être un moyen – tant politique que financier – pour y parvenir. Mais il ne peut être le seul ! Car notre responsabilité à cet égard ne peut être déléguée. »*[190]

Or, le choix pris délibérément tant en Europe que plus spécifiquement en France de s'en remettre aux principaux acteurs américains du numérique (à l'exception de quelques rares niches où Bull

[188] *Cf.* https://www.cnil.fr/fr/le-privacy-shield
[189] *Cf.* https://curia.europa.eu/jcms/upload/docs/application/pdf/2020-07/cp200091fr.pdf
[190] *Traitement de nos données en France : l'atteinte à nos intérêts fondamentaux :* https://cercle-k2.fr/etudes/traitement-de-nos-donnees-en-france-l-atteinte-a-nos-interets-fondamentaux

a paru un temps en capacité d'offrir les garanties nécessaires) pour disposer des ressources numériques requises en pareilles domaines participent à rendre totalement illusoire une telle ambition tant que la question de la souveraineté numérique - désormais largement abordée en France comme dans certains autres milieux européens - ne trouvera pas de réponses effectives appropriées.

Choisir l'option d'un non-alignement stratégique sur des tiers non européens en matière d'appropriation, de gestion et de protection des données numériques sensibles – comme celles évoquées ici - impose de disposer en pleine souveraineté des capacités technologiques et opérationnelles appropriées.

Encore faudrait-il que l'Etat français ne joue pas un double jeu en poursuivant ses initiatives permettant aux acteurs technologiques américains, et partant aux agences étatiques américaines intervenant dans le dispositif stratégique des Etats-Unis, de garder les clés de notre souveraineté.

Est-il cohérent de la part de l'Etat, alors que le gouvernement soutient l'idée de reconquête de la souveraineté numérique européenne[191], d'imposer à ses administrations de recourir à Qwant, le moteur de recherche censé concurrencer Google, alors qu'il fonctionne grâce à l'américain Microsoft et qu'il est mis en cause dans un rapport de la DINUM ?

Est-il cohérent 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* ?

Or, pour pouvoir répondre aux exigences techniques et juridiques posées en mai 2021 par l'État français pour la protection maximale des données sensibles des administrations et des entreprises françaises, Google *Cloud* a choisi de s'allier avec Thales, après que Orange, Capgemini et Microsoft se soient alliés pour la mise en place en France d'un *cloud* souverain.

De tels rapprochements interrogent[192] au moment même où ces mêmes entreprises technologiques nationales de premier plan prennent une place centrale dans les processus d'élaboration de notre identité et de notre sécurité numériques comme en témoigne notamment cet article posté sur le blog officiel de Thalès évoqué *supra*.

Or, il est difficile d'imaginer que de tels rapprochements n'aient pas été validés par les tutelles étatiques respectives, et eu égard à la nature stratégique des enjeux associés, par la présidence de la République. On perçoit ainsi le déficit d'efficacité du ministère en charge de l'Economie malgré ses positions rassurantes en 2020 sur la question de la souveraineté ; en particulier celles portées par Thomas Courbe, directeur général des entreprises (DGE) et commissaire à l'information stratégique et à la sécurité économiques, lors d'un colloque organisé par le MEDEF sur le thème « Souveraineté et compétitivité des entreprises : plus de temps à perdre ! » - à l'initiative de Laurent Giovachini, président du Comité Souveraineté et sécurité économiques des entreprises du MEDEF, Président de la Fédération Syntec et Directeur Général Adjoint de Sopra Steria, au cours duquel il a présenté les instruments et moyens, notamment financiers, que la France et l'Europe doivent mettre en place pour préserver leur autonomie et la compétitivité de leurs entreprises.[193]

[191] *Cf.* https://www.zdnet.fr/actualites/penser-la-souverainete-numerique-pour-une-autonomie-strategique-39912845.htm

[192] Voir par exemple Emeline Strentz in Les GAFAM et la stratégie du cloud de confiance : quid de la souveraineté numérique française ? https://portail-ie.fr/analysis/2982/les-gafam-et-la-strategie-du-cloud-de-confiance-quid-de-la-souverainete-numerique-francaise

[193] *« Souveraineté et compétitivité des entreprises : plus de temps à perdre ! » :* www.medef.com/fr/actualites/podcast-souverainete-et-competitivite-des-entreprises-plus-de-temps-a-perdre

Dès lors, que peut-on réellement espérer en France à un horizon prévisible dans ce domaine de l'autonomie - une souveraineté véritable semblant illusoire - pourtant si important aux yeux des Français - et de certains de ses partenaires européens - ?

A l'été 2021, après une enquête de 16 mois et la collecte de plus de 1,2 millions de documents, les 13 députés de la commission antitrust de la Chambre des représentants des Etats-Unis ont préconisé une condamnation sans précédent des GAFAM dans un rapport sur leurs pratiques anticoncurrentielles (démantèlement, interdiction de donner la préférence à leurs propres produits, présomption de refus pour les futurs rachats de start-up, non-respect des lois anti-trust[194]…). Mais les réglementations gouvernementales (portant sur la protection de la vie privée, sur les '*fake news'*, sur les données personnelles, etc.) ne comportent-elles pas aussi des failles patentes ?

En France, un rapport sénatorial établi au nom de la commission d'enquête sur la souveraineté numérique, a également appelé formellement la France et, plus généralement l'UE, à faire ces mêmes pratiques anticoncurrentielles des GAFAM, tout en soulignant que la solution de leur démantèlement était insuffisante et qu'une modification appropriée du droit de la concurrence s'imposait.[195] Le non-respect par Google d'injonctions prononcées à son encontre par l'Autorité de la Concurrence illustre l'impuissance de l'Etat à faire prévaloir le droit.[196]

Comment ne pas relever ici que ce qui pourrait valoir pour les Big Tech américaines vaudrait nécessairement aussi pour les BATX, leurs équivalents chinois.

Mais ces préconisations interrogent elles-aussi dans la mesure où elles battent en brèche un certain nombre de principes fondamentaux de la vie démocratique en même temps qu'elles mettent quelque peu à mal les principes mêmes d'une économie de marché qui constitue elle-aussi un élément fondamental de nos démocraties libérales.

« Ce n'est pas à dire que le marché n'a besoin d'aucune institution, aucun mécanisme de régulation ou aucune surveillance. C'est précisément parce que le droit est si nécessaire au fonctionnement sain de la vie économique qu'il doit être utilisé avec la plus grande prudence. Friedrich A. Hayek identifiait trois critères pour juger du bien-fondé des lois encadrant la concurrence. Elles devraient être abstraites (c'est-à-dire qu'elles posent des principes sur ce qui est interdit plutôt que d'établir une liste de ce qui demeure autorisé), générales (ne viser aucune entreprise en particulier), et certaines (soit relativement stables dans le temps, afin de ne pas changer les règles du jeu en cours de route et perturber les plans des entrepreneurs). Les appels incessants à l'adoption de lois toujours plus nombreuses, toujours plus larges, pour s'en prendre à quelques entreprises identifiées sur des critères arbitraires et à qui l'on reproche de faire plutôt que de chercher systématiquement dans le maquis règlementaire une bonne raison de ne pas faire va à l'encontre de ces trois principes et risque fort, sous couvert de bonnes intentions et même avec une relative bonne foi, de nous emmener toujours plus loin sur la route de la servitude. » (Pierre Schweitzer[197])

---

[194] Dans le cadre de leur accord 'secret' Jedi Blue, *Google & Facebook* ont travaillé ensemble pour améliorer la capacité de Facebook à reconnaître les internautes sur des navigateurs bloquant les cookies, sur des terminaux Apple et sur le navigateur Safari. En cela, elles ont miné les efforts d'une société Big Tech *[Apple]* pour se démarquer en protégeant mieux la vie privée.

[195] *Rapport fait au nom de la commission d'enquête sur la souveraineté numérique :* http://www.senat.fr/rap/r19-007-1/r19-007-11.pdf

[196] Voir notamment à cet égard les termes du contentieux qui oppose en France l'Autorité de la Concurrence à Google à propos de la rémunération des droits voisins des éditeurs et agences de presse : https://www.autoritedelaconcurrence.fr/fr/communiques-de-presse/remuneration-des-droits-voisins-lautorite-sanctionne-google-hauteur-de-500

[197] *Faut-il réguler les grandes plateformes numériques ?*

Pour le sociologue Patrick Singolani, *« l'une des tâches politiques qui s'ouvre à nous consiste à réfléchir à leur possible collectivisation, car, si elles participent d'un capitalisme avide de données, elles ont aussi ouvert des espaces de sociabilité et de créativité inimaginables jusque-là. »*[198]

L'Etat français est préoccupé par cette situation[199] et développe régulièrement des initiatives visant à améliorer son dispositif dédié à la cybermalveillance[200].

La Gendarmerie nationale ayant su développer un socle de compétences scientifiques et techniques de premier plan sur le registre numérique[201] 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 stratégique, technologique et opérative aux GAFAM et à leurs satellites anglo-saxons qui ont leurs propres objectifs et leur propre agenda[202], 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.[203]

« *Ce qui fait notre force, c'est notre capacité à travailler ensemble. C'est notre seule chance de gagner contre les attaquants* », explique Guillaume Poupard qui appelle la France à ne pas oublier les acteurs européens du *cloud* au profit des GAFAM, et à profiter de la présidence française du Conseil de l'UE, au premier semestre 2022, pour définir "l'Europe de la cyber", étendre la portée de la directive NIS et créer des "pompiers cyber européens" capables d'intervenir partout.

Dans cet esprit de jeu collectif, six sociétés françaises ont décidé d'unir leur expertise et leur force commerciale. Ensemble, ils proposent aux entreprises une offre complète de sécurité couvrant toute la surface d'exposition aux menaces, au sein d'une seule et même interface. Cette plateforme rassemble la technologie propriétaire spécifique de chacun: Sekoia (détection des menaces), Vade (filtrage des emails), Harfanglab (protection des postes de travail), Gatewatcher (sondes réseaux), Glimps (analyse des malwares), et Pradeo (protection des mobiles).

Par ailleurs, dans le cadre de France Relance et du 4ème Programme d'investissements d'avenir (PIA 4), le Gouvernement a lancé en 2021 une stratégie permettant d'accélérer le développement d'une filière économique française en cybersécurité.

L'appel à manifestation d'intérêt (AMI) « Sécuriser les territoires », s'inscrit dans cette stratégie au niveau régional et dans la stratégie nationale de cybersécurité lancée fin février pour laquelle 1 milliard d'euros a été mobilisé, dont 720 millions de financements publics.

---

https://www.libinst.ch/publications/IL-Schweitzer-GAFA.pdf

[198] *Cf. Critique du quotidien numérique :*
https://aoc.media/analyse/2021/10/06/critique-du-quotidien-numerique/

[199] *Cf.* https://www.ssi.gouv.fr/uploads/2021/02/ANSSI-guide-tpe_pme.pdf

[200] Voir notamment : https://www.economie.gouv.fr/files/files/2021/20210720_dispositif_alterte_cybersecurite.pdf

[201] *Comment les gendarmes s'organisent sans le cyberespace :*
https://lessor.org/societe/comment-les-gendarmes-sorganisent-dans-le-cyberespace?fbclid=IwAR116CCOceHPWxYqrAaRU0dknMWmargrHOvs25avMwc0NHSdCNUATWm2DPw

[202] *L'effet GAFAM : stratégies et logiques de l'oligopole de l'internet* :
https://www.cairn.info/article.php?ID_ARTICLE=COMLA_188_0061

[203] 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.
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_rancongiciels_tous_concernes-v1.0.pdf

Cet AMI, opéré par la Banque des territoires pour le compte de l'Etat dans le cadre du PIA 4, a pour objectif d'identifier les collectivités territoriales, ports et établissements de santé, qui présentaient des besoins en solutions cyber et souhaitaient héberger des prototypes appelés *« démonstrateurs de cybersécurité »*.

Six structures ont été sélectionnées pour accueillir des démonstrateurs de cybersécurité

Les 6 lauréats couvrent l'ensemble des structures identifiées comme prioritaires : une infrastructure portuaire, une collectivité locale et quatre établissements.[204]

La seconde étape consistera en un appel à projets, co-construit par l'État et les lauréats. Il permettra de sélectionner les entreprises qui réaliseront ces démonstrateurs et d'en co-financer le développement. Les lauréats seront ainsi les premiers à bénéficier du surcroît de protection induit par les démonstrateurs. A l'issue de l'expérimentation, puis de leur validation, le déploiement à plus large échelle de ces solutions adaptées aux besoins spécifiques des acteurs territoriaux sera engagé.

- *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'[205], 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 ?

Devant les échecs de ses démarches, *'La Quadrature du Net'* dénonce publiquement l'impuissance et l'inefficacité de la CNIL devant les comportements répréhensibles des GAFAM en regard des dispositions du RGPD :

« Depuis trois ans, les réseaux sociaux Facebook et Linkedin continuent de violer le RGPD : le fichage publicitaire qu'ils réalisent repose sur un consentement obtenu de façon illégale – sous la contrainte de ne plus pouvoir accéder à leur service. La CNIL n'a aucun souci à reconnaître que cette marchandisation de nos libertés est illégale quand elle est le fait d'acteurs français.

S'agissant des GAFAM, la CNIL s'interdit toute intervention, alors même que les articles 60, 65 et 66 du RGPD lui en donnent les pouvoirs. […]

Sur nos cinq plaintes, deux n'ont jamais été examinées (Google, Amazon), deux autres semblent faire l'objet de manœuvres dilatoires absurdes (Apple, Facebook) et la cinquième n'a pas davantage abouti sur quoi que ce soit de tangible en trois années (Linkedin).

---

[204] GCS e-santé Bretagne **:** le démonstrateur portera sur les fuites de données de santé. Il visera le développement d'une solution de marquage des données aux différents stades de leurs traitements.
CHU de Caen **:** le démonstrateur portera sur la sécurisation des objets connectés servant aux soins à domicile. Il visera la conception d'une couche de sécurité entre des objets connectés de santé et un centre hospitalier.
CHRU de Nancy **:** le démonstrateur proposera une réponse aux failles présentes dans les nombreux équipements biomédicaux présents dans les hôpitaux. Il sera un système auto-apprenant basé sur de l'intelligence artificielle qui automatisera l'analyse des données et le traitement des incidents.
GCS Ametis **:** le démonstrateur centralisera les outils de sécurisation des établissements de santé. Il rassemblera dans un même dispositif la gestion des identités, de la surveillance cyber ainsi que des services supplémentaires tels que des audits de sécurité.
Haropa Port **:** le démonstrateur proposera un outil centralisant la sécurisation des multiples systèmes informatiques présents dans les ports de commerce. Le développement du démonstrateur comprendra une cartographie exhaustive des flux et des interconnexions ainsi que la mise en place d'un SOC maritime (Security Operation Center).
La Région Bretagne **:** le démonstrateur proposera un outil rassemblant les commandes et instruments nécessaires au pilotage de la cybersécurité pour les collectivités territoriales. Le démonstrateur centralisera la supervision, les simulations d'attaques et la sécurisation des accès critiques.

[205] 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.

On l'a souligné plusieurs fois : si les GAFAM échappent aussi facilement au RGPD, ce n'est pas en raison de la complexité de nos affaires ou d'un manque de moyens matériels. Le budget annuel de la CNIL est de 18 millions d'euros et elle emploie 215 personnes. Au fil des ans et sur d'autres sujets, nous avons souvent échangé avec les personnes employées par la CNIL : leur maîtrise du droit des données personnelles est sincère. Elles partagent certainement nos frustrations dans une bonne mesure et n'auraient aucune difficulté à redresser la situation si on le leur demandait. Le RGPD leur donne toutes les cartes et, s'il en était besoin, nous leur avons explicitement pointé quelles cartes jouer. Si les causes de cet échec ne sont pas matérielles, elles ne peuvent être que politiques. La défaillance du RGPD vis à vis des GAFAM est si totale et flagrante qu'il est difficile d'imaginer qu'elle ne soit pas volontaire ou, tout le moins, sciemment permise. Les motivations d'une telle complicité sont hélas déjà bien identifiées : les GAFAM sont les fidèles partenaires des états pour maintenir l'ordre sur Internet. Plus que jamais, l'État français, dans sa dérive autoritaire, a tout intérêt à les maintenir au-dessus des lois pour leur laisser gérer la censure et la surveillance de masse.

À leur échelle, en permettant aux GAFAM d'échapper au droit qui devait protéger nos libertés fondamentales, les 18 membres du collège de la CNIL participent de l'effondrement démocratique en cours. »[206]

« 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)

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.[207]

- *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 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 (futures) crises : « Il importe de se demander ce qui se serait passé en l'absence d'unanimité ».

[206] *Les GAFAM échappent au RGPD, la CNIL complice :* https://www.globalsecuritymag.fr/Les-GAFAM-echappent-au-RGPD-la,20210525,112026.html

[207] *Cf.* https://www.zdnet.fr/actualites/drones-la-sanction-de-la-cnil-mettra-t-elle-fin-a-la-surveillance-illicite-39916223.htm

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. »[208]

Abordant la question complexe de l'inflation législative en France, Guillaume Flori relève : *« L'avènement de la société de l'information conduit à légiférer dans l'urgence ou pour répondre à une demande médiatique. Il est clair qu'aujourd'hui la loi est beaucoup plus technique et parfois mal pensée. C'est désormais l'urgence*[209] *qui semble régir l'ordre législatif, plaçant l'efficience au second plan. Le rôle symbolique de la loi n'y est pas étranger. De ce fait, la loi devient peu lisible pour les sujets de droit. Cette illisibilité fait vaciller la sécurité juridique. En effet, une incompréhension ou une instabilité de la norme peut conduire à d'importants préjudices pour le sujet de droit.*

En 1999, le Conseil constitutionnel a dégagé l'objectif à valeur constitutionnelle d'accessibilité et d'intelligibilité du droit[210]*, composante de la sécurité juridique*[211].

Cet objectif suppose que :

- *La norme puisse être accessible aux personnes (physiques et morales), par internet ou dans les codes par exemple ;*
- *La norme puisse être comprise par les personnes. Ce qui suppose une rédaction de qualité et lisible auprès des profanes.*

Dans une autre décision[212]*, le Conseil constitutionnel a précisé la portée de cet objectif, tout en ajoutant aussi un principe de clarté de la loi (portant sur du concret).*

Ainsi, le législateur doit "adopter des dispositions suffisamment précises et des formules non équivoques".

Il s'agit de prévenir les risques d'arbitraire du pouvoir politique. Dans la même décision, le Conseil constitutionnel s'octroie la faculté d'interpréter les textes inintelligibles. Il le fait lorsque l'interprétation de la loi en cause "est nécessaire à l'appréciation de sa constitutionnalité".

---

[208] *Cf.* https://www.robert-schuman.eu/fr/doc/ouvrages/FRS_Parlement_francais_Covid-19.pdf

[209] Cf. notamment à cet égard François Saint-Bonnet : *« États d'urgence » in* Revue Esprit https://esprit.presse.fr/article/francois-saint-bonnet/etats-d-urgence-43438?fbclid=IwAR1JQmk3UcS9hRHRlm2E3pf4i6BhBDrvTSSr8qNg7Z-ywnu366YWApxARNM

[210] Décision n° 99-421 DC du 16 décembre 1999 relative à la Loi portant habilitation du Gouvernement à procéder, par ordonnances, à l'adoption de la partie législative de certains codes : https://www.conseil-constitutionnel.fr/decision/1999/99421DC.htm

[211] 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.

[212] Décision n° 2001-455 DC du 12 janvier 2002 relative à la Loi de modernisation sociale : https://www.conseil-constitutionnel.fr/decision/2002/2001455DC.htm

Au niveau européen, la Cour européenne des droits de l'Homme exige que la norme soit « énoncée avec assez de précision pour permettre au citoyen de régler sa conduite"[213]*. Elle ajoute que le texte doit permettre une certaine prévisibilité. Il s'agit de pouvoir se préparer face à une situation juridique donnée.*

Cependant, ces gardes fous constitutionnels et conventionnels ne semblent pas avoir eu l'effet escompté. »[214]

Dans un article intitulé '*Crise de la démocratie ou crise dans la démocratie'*[215], Thomas Branthôme, maître de conférence en Histoire du droit et des idées politiques, relève : *« En 2018, dans un essai retentissant sur le sujet*[216]*, 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 ». »

Dans l'ouvrage qu'il consacra à l'Etat de droit[217], le professeur Jacques Chevalier précise que « *L'État de droit substantiel suppose que la règle de droit présente un ensemble d'attributs substantiels qui lui permettent de remplir la fonction qui lui incombe : elle doit constituer pour les destinataires un cadre clair, précis, stable qui leur apporte des éléments de certitudes nécessaires et leur donne la possibilité de prévoir les conséquences de leurs actes.* »

La sécurité juridique est « *une garantie contre l'arbitraire et apparaît comme une exigence fondamentale de l'État de droit* ».

Le principe de sécurité juridique implique l'amélioration de la qualité de la production juridique et la protection contre l'instabilité des règles. Il implique plusieurs choses :

- L'accessibilité et l'intelligibilité de la loi : il s'agit ici de simplifier les textes, et de faire en sorte que le droit soit connu de tous et compris par tous. C'est devenu un objectif à valeur constitutionnelle par les décisions de 1999 et 2003 ;

[213] *Cf.* https://www.doctrine.fr/d/CEDH/HFJUD/CHAMBER/1979/CEDH001-62140
[214] *L'inflation législative en France :* https://juridiquoi.com/linflation-legislative-en-france/
[215] *Crise de la démocratie ou crise dans la démocratie :* *https://theconversation.com/crise-dans-la-democratie-ou-crise-pour-la-democratie-150188?fbclid=IwAR0NQuORvC0Nxc5f0TyQGoJc25Kw_4erHLb5dUapDXueM-dQu5u6zT3ujYo*
[216] *Le peuple contre la démocratie* : https://www.editions-observatoire.com/content/Le_peuple_contre_la_democratie
[217] *L'Etat de droit* : https://www.persee.fr/doc/polix_0295-2319_1994_num_7_28_1893

65

- La qualité de la loi : il s'agit d'aller vers une meilleure rédaction en se tournant vers la légistique (la manière dont on fait les lois), et en évitant les neutrons législatifs qui n'ont pas de charge normative ;
- La prévisibilité : autrement dit la stabilité de la règle de droit dans le temps, permettant aux individus de s'organiser autour de la règle de droit sans risque pour eux de voir leurs situations changer de manière arbitraire par une intervention législative.

Or, 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.

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.[218]

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. »*[219]

Le 1er avril 2021, il juge contraire à la Constitution la résolution adoptée le 1er mars par l'Assemblée nationale, qui vise à organiser les travaux parlementaires en période de crise.[220]

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).

Dans son ouvrage intitulé *'Liberté et Droit'*, Bruno Leoni, affirmait en 1921 que la loi est devenue le pire ennemi du droit.[221]

En 2021, Raphaël Roger Devisme prolonge sa pensée en ces termes :

« Dès lors qu'elle est artificielle et arbitraire, elle ne remplit plus sa fonction régulatrice de la société. L'inflation législative a conduit à une instrumentalisation de la loi par le politique, amenant à une dépréciation de sa valeur dans la société. La mise en place au niveau rédactionnel de neutrons législatifs sans aucune charge législative certaine, a obstrué et

[218] *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=IwAR2LVMi3piT47lEczc2Sesjo1_eMwgmOSUhFR89IrLEYfW2Ku4RzA3qX80g

[219] *Cf.* www.conseil-constitutionnel.fr/decision/2021/2020872QPC.htm

[220] *Cf.* Décision n° 2021-814 DC du 1er avril 2021 : https://www.conseil-constitutionnel.fr/decision/2021/2021814DC.htm?fbclid=IwAR0_gti8TtVJB-XgxLSKFKL65ZpV45NKrX-2dCFRYhC2teL4hzdgp6Gtsn8

[221] *Cf.* à son sujet notamment *Liberté et droit dans la pensée de Bruno Leoni* : https://www.academia.edu/10294820/Libert%C3%A9_et_droit_dans_le_pens%C3%A9e_de_Bruno_Leoni

complexifié les textes normatifs, empêchant une bonne assimilation de ces derniers. La multiplication des textes et leurs plus grandes complexités ont donc diminué leur assimilation et ont donc conduit à un déficit d'exécution de ces mêmes textes. Enfin, les lois sont le plus souvent frappées par leurs obsolescences du fait de leur inapplicabilité.

L'activité incessante du législateur conduit à une baisse de la valeur que l'on accorde à la loi. Le droit, aujourd'hui, ne se découvre plus. Il est produit d'en haut de manière centralisée.

Pour reprendre Bruno Leoni : « Le citoyen s'adapte de plus en plus à l'idée que la législation ne correspond pas à une volonté commune, c'est-à-dire une volonté que l'on suppose partagée par tous, mais à l'expression de la volonté particulière de certains individus et de groupe qui ont eu suffisamment de chance pour mettre de leur côté une majorité contingente de législateurs à un certain moment ».

De même que pour les codes qui ne résultent plus d'une légitimité coutumière, mais comme le dit Philippe Fabry, d'une légitimité législative.

Pour Bruno Leoni : « La législation ordinaire et les codes sont de plus en plus présentés comme l'expression directe de la volonté contingente de ceux qui les décrètent, avec souvent l'idée sous-jacente que leur fonction consiste à énoncer non pas le droit résultant d'un processus séculaire mais ce qu'il devrait être selon une approche complètement nouvelle et des décisions sans précédent. »

Ainsi, le sage législateur, « qui tire instruction des difficultés que les juges rencontrent dans les procès, pour reconnaître les lacunes et les vices de ses propres lois (Emmanuel Kant) », semble disparu *aujourd'hui. L'un des arguments justifiant l'intervention du législateur est celui du vide juridique. [...]*

L'argument du vide juridique est couramment utilisé par le législateur pour justifier son intervention. Les médias reprennent également cette expression pour justifier une intervention du législateur, généralement à la suite d'un fait divers, le plus souvent en matière pénale. Très souvent, le législateur, ne connaissant pas lui-même les textes existants du fait de leur nombre important, fera une loi qui existe déjà, sous une autre dénomination, dans un code déjà existant. Pourtant, et il faut le dire, le vide juridique n'existe pas. » [222]

« *Il ne faut toucher aux lois que d'une main tremblante* » conseillait jadis Montesquieu qui ajouta : *« les lois inutiles affaiblissent les lois nécessaires. »*

Le regard que portait jadis Georges Clémenceau sur l'activité parlementaire prend plus que jamais tout son sens : *« Le Parlement est le plus grand organisme qu'on ait inventé pour commettre des erreurs politiques, mais elles ont l'avantage supérieur d'être réparables, et ce, dès que le pays en a la volonté. »*

- *La docilité présumée d'un Conseil d'Etat qui poursuit pourtant son action en faveur d'une meilleure accessibilité au juge comme à ses décisions*

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 Mériau 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

[222] *La sécurité juridique ou l'idéal du sage législateur :* https://www.contrepoints.org/2021/11/21/414407-la-securite-juridique-ou-lideal-du-sage-legislateur

qu'enregistrée par les indicateurs de V-Dem mesurant les évolutions dans le temps des régimes politiques à travers le monde[223].

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* »[224], le Conseil d'État est régulièrement accusé de ne pas défendre les libertés fondamentales alors même que la Constitution lui confère les compétences requises à la fois pour nourrir le bloc de constitutionnalité dans sa fonction juridictionnelle en matière contentieuse (le Conseil d'Etat peut alors donner à un principe contenu dans une simple loi, une valeur constitutionnelle), et pour saisir le Conseil constitutionnel si au cours d'une instance devant une juridiction, il est soutenu qu'une disposition législative porte atteinte aux droits et libertés que la Constitution garantit.[225]

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. » relèvent conjointement le Cercle Droit & Liberté. *« Il passe pour un auxiliaire de la police administrative »,* accuse le journaliste Yvan Stefanovitch, qui publie une enquête sur l'institution[226].

Lorsque le juge des référés du Conseil d'Etat a rejeté les demandes dirigées contre le décret n° 2021-955 du 19 juillet (abrogé par le décret n° 2021-1059 du 7 août 2021) par lequel le Premier ministre avait fixé à 50 le nombre de clients des établissements de loisirs devant présenter un passe sanitaire, Paul Cassia, professeur des universités en droit, s'exprimant en tant que partie requérante dans ce dossier, déplore : *« Ce lundi 26 juillet 2021 a acté la dégradation d'un Etat de droit déjà très imparfait en raison d'une séparation des pouvoirs défectueuse vers ce qu'il est possible d'appeler un « Etat de covid », où une institution juridictionnelle – ici, le Conseil d'Etat – homologue automatiquement, le doigt sur la couture du pantalon et à l'issue de procédures contentieuses sommaires, toutes les actions réglementaires du Premier ministre labellisées « lutte contre le covid-19 ».*[227]

Si de tels griefs à l'encontre du Conseil d'Etat semblent légitimes, il convient également de souligner son attachement constant à faire prévaloir l'intérêt général devant les situations complexes qui motivent son intervention.

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

[223] *Cf.* https://www.v-dem.net/fr/

68

[224] *La dignité de la personne humaine :* https://www.conseil-constitutionnel.fr/la-constitution/la-dignite-de-la-personne-humaine

[225] *Le Conseil d'État et la Constitution - rapports entre la norme suprême de l'État et la plus Haute juridiction administrative* : https://www.doc-du-juriste.com/droit-public-et-international/droit-administratif/dissertation/conseil-etat-constitution-459834.html

[226] *Petits arrangements entre amis,* Albin Michel

-[227] *De l'Etat de droit à l'Etat de covid :* https://blogs.mediapart.fr/paul-cassia/blog/080821/de-l-etat-de-droit-l-etat-de-covid

d'État ont organisé en 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.[228]

Du seul point de vue du droit, une difficulté majeure se pose au juge administratif qui réside dans la recherche de réponses robustes à la double question - cruciale - de la définition et de la fonction de l'intérêt général national en regard du point de vue du droit communautaire et dans le contexte de la Convention européenne des droits de l'homme, car il n'est pas certain qu'elles puissent être appréhendées en termes identiques si l'on s'attache à la jurisprudence de la Cour de Strasbourg et à celle de la Cour de Luxembourg.[229]

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.[230]

« Y *a-t-il encore sens aujourd'hui à parler d'intérêt général dans un contexte où les sociétés complexes semblent éclatées en une multiplicité parcellaire de réseaux ? L'intérêt général est-il mort, tué par le pluralisme de la post-modernité, ou à réinventer ? »* s'interroge Camille Chamois (docteure en philosophie dont les travaux se situent à la croisée de la sociologie, de la philosophie et de l'anthropologie politique).

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. En particulier dans le contexte de la gestion publique d'une crise systémique qui la mobilise pour opérer les suivis individuels des personnes au travers des instruments exceptionnels dont l'usage est rendu possible par la mise en œuvre d'un régime d'exception, elle participe à miner l'Etat de droit.

Le Conseil d'Etat, dans son étude annuelle de 2021 au titre explicite *« Les états d'urgence : la démocratie sous contraintes »*[231] - mise en ligne le 29 septembre 2021 -, a jugé l'usage de l'état d'urgence délétère puisqu' *« il déstabilise le fonctionnement ordinaire des institutions, en bouleversant le rôle du Parlement et des institutions territoriales, banalise le risque, restreint les libertés de façon excessive et altère, à terme, la cohésion sociale »*. Il propose une grille de lecture et d'emploi de ce régime d'exception ainsi qu'une série de propositions visant à améliorer l'action publique.

---

[228] *Cf.* https://www.conseil-etat.fr/actualites/colloques-seminaires-et-conferences/voir-ou-revoir-gouvernance-et-regulation-des-donnees

69

[229] *Cf.* à cet égard Denys Simon *in L'intérêt général national vu par les droits européens :* *https://www.conseil-constitutionnel.fr/sites/default/files/as/root/bank_mm/pdf/Conseil/simon.pdf*

[230] *« L'intérêt général (contrairement à l'intérêt commun) se présente comme une position de surplomb prenant le point de vue de la société et des exigences de rationalisation supposées la structurer. [Il existe] trois options différentes concernant la nature et la détermination de cet intérêt. […]. L'approche du physiocrate, Lemercier de La Rivière dégage un intérêt général comme simple épiphénomène de l'intérêt des membres de la société qui cherchent tous à voir leurs gains individuels maximisés. L'approche de Saint-Simon, étudiée ensuite, renverse celle-ci car, pour ce dernier, les droits des individus dépendent entièrement de leur fonction sociale dans le système industriel de telle sorte que le seul intérêt commun des individus est leur intérêt d'industriel qui converge dans une coopération universelle, de telle sorte que l'intérêt général assumé par l'État exprime les exigences générales de l'industrie, c'est-à-dire de la production et de la distribution optimale des ressources dans tout le corps de la société. Enfin, l'approche de Léon Bourgeois permet d'articuler une thèse basée sur les droits et la protection des individus avec une thèse fondée sur la promotion d'intérêts sociaux irréductibles aux intérêts individuels. L'intérêt général incarné par l'État vise alors à réinscrire l'individu dans les exigences et les obligations civiques notamment par des devoirs comme celui de payer l'impôt. »*
Pierre Crétois - *L'intérêt général au crible de l'intérêt commun :* https://journals.openedition.org/asterion/3031

[231] *Les états d'urgence : la démocratie sous contraintes* : https://www.conseil-etat.fr/ressources/etudes-publications/rapports-etudes/etudes-annuelles/les-etats-d-urgence-la-democratie-sous-contraintes

Comme il l'a montré durant la crise sanitaire en répondant, dans l'urgence, à la demande de justice, le juge administratif (Conseil d'État, cours administratives d'appel et tribunaux administratifs) a cherché constamment à améliorer l'efficacité de son action. Pour traiter de ces enjeux, le Conseil d'État a organisé, le 29 octobre 2021, en partenariat avec l'Ordre des avocats au Conseil d'État et à la Cour de cassation, un colloque intitulé *« Etre accessible, utile et compris : l'efficacité du juge administratif »*.

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

Alors qu'il constitue la plus haute juridiction de la République, et que les modalités de sa saisine ont été élargies à la faveur des dernières révision de la Constitution[232], le Conseil constitutionnel est parfois mis en cause à l'égard du recul de l'Etat de droit.

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.

Mais le droit fondamental lui-même comme les modalités de son élaboration et de son application sont en retard pour encadrer ces développements technologiques particulièrement rapides et les dérives et risques qui y sont associés, et notamment ceux que favorise l'IA, quand bien même les constitutionnalistes tentent, depuis quelques années, de se saisir de cette révolution numérique à l'oeuvre pour l'utiliser, l'encadrer ou le réglementer.

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. "*[233]

Comment ne pas s'interroger devant la situation exceptionnelle qui a résulté du simple fait que le Conseil constitutionnel[234] 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 ?

[232] *Comment saisir le Conseil constitutionnel ?*
https://www.conseil-constitutionnel.fr/le-conseil-constitutionnel/comment-saisir-le-conseil-constitutionnel

70

[233] *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

[234] *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'État 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

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 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.[235]

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*

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

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 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. »[236]

Pour Luc Rouban : *« 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 Cevipof*[237] *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. »* [238]

A la différence d'autres Constitutions étrangères telles que la loi fondamentale allemande du 23 mai 1949 (art. 1er) 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

[236] *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

[237] *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

[238] *Les effets politiques de l'épidémie : l'efficacité contre la démocratie ?* https://theconversation.com/les-effets-politiques-de-lepidemie-lefficacite-contre-la-democratie-134828

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[239], 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* ».

En juillet 2015, il a validé l'essentiel de la loi sur le renseignement, en particulier les 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.* »

Dans une autre décision en date du 5 février 2021 en réponse à une QPC posée par les sociétés Bouygues Télécom et SFR[240], 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).[241]

Le professeur Yannick Chatelain[242] 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 Chine[243] ; 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 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*

[239] *Cf.* https://www.conseil-constitutionnel.fr/decision/1994/94343_344DC.htm
[240] *Cf.* https://www.conseil-constitutionnel.fr/decision/2021/2020882QPC.htm
[241] *Cf.* https://www.conseil-constitutionnel.fr/decision/2021/2020882QPC.htm
[242] 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*
[243] *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

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*. »[244]

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

Selon Philippe Forget, docteur en philosophie morale et politique : *« La République étant ordonnée pour la liberté, l'égalité en droit, la propriété et la sûreté de l'individualité civique, le jugement est dès lors intrinsèquement décidable pour le membre d'une cour suprême. Et les citoyens, pouvoir constituant, sont en droit de le juger à son tour. L'existence civile exige de savoir juger le juge et son jugement. Que constatent-ils ? Les décisions/jugements du Conseil constitutionnel sont la plupart du temps soucieux de l'ordre politique et non la défense des droits de l'homme et du citoyen. Or le Conseil constitutionnel n'a pas à défendre l'ordre politique de l'appareil exécutif de l'Etat, mais à faire respecter les droits de l'homme et du citoyen. Or, il montre une fois de plus qu'il veille à la sûreté du seul gouvernement. Il y a une hiérarchie des normes, mue par une logique de la raison constituante. Mais cette hiérarchie est bafouée, car au fond, le droit n'est qu'un expédient de la politique pour la culture française de gouvernement. La pratique du droit par le législateur même est positiviste car elle ne vise qu'à traduire juridiquement les évolutions morales, politiques et idéologiques de la société : le droit dit est le droit juste. Les principes fondamentaux ont été découverts et déclarés pour la croissance de l'individu, non pour la pérennité de l'Etat (lequel n'est qu'une organisation serve). Telle est la raison universelle du libéralisme, fondé par le bourgeois, que la réaction clanique, le collectivisme bureaucratique et le dispositif technocratique, chacun favorisant l'idiotie de masse, s'efforcent d'abattre sans répit. L'individu comme liberté vive est sacrifié sur l'autel d'une transcendance invoquée (Etat, classe sociale, catégories de sexe, de peau, de victimes, etc.). L'abstraction libératrice des droits de l'homme et du citoyen est abolie par les luttes particularistes (d'où le déluge de lois et règlements). »*

Ayant parfaitement saisi les enjeux de la non-appropriation par les Français des termes de la Constitution, dans sa lettre comme dans son esprit, y compris leurs représentants politiques comme en témoignent ses décisions établissant trop souvent des réserves à l'égard de lois pourtant votées, quand elles ne sont pas reconnues non conformes (partiellement ou en totalité) à la loi fondamentale, le Conseil constitutionnel a pris la sage décision de mettre à la disposition

[244] *Intérêt général et droits fondamentaux :* https://fr.irefeurope.org/Publications/Articles/article/Interet-general-et-droits-fondamentaux

du ministère en charge de l'Education nationale un ensemble de ressources destinées à pallier cette défaillance démocratique, au sein duquel apparaît une entrée transversale spécifiquement dédiée au Numérique (droits et liberté, dématérialisation et digitalisation).[245]

- *Le Défenseur des droits prend position*

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 2019[246], 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 a alerté 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 1er 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 numérique[247] 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.

Pour autant, en juillet 2021, la Défenseure des droits, Claire Hédon, a été une nouvelle fois amenée à appeler l'attention du Parlement sur des points essentiels. [248]

En particulier, le recours généralisé au QR code européen a retenu toute son attention eu égard aux faits qu'il regorge d'informations personnelles accessibles librement par un simple scan et qu'il est aisément falsifiable.[249]

---

[245] Ressources pour l'étude de la Constitution : https://eduscol.education.fr/2689/ressources-pour-l-etude-de-la-constitution?fbclid=IwAR3I4ocnIQmzr_5owaAWQEITU-MO3brHui9v94iS3XSVE8iDryotlpjeb3E#summary-item-11

[246] *Dématérialisation et inégalités d'accès aux services publics :* https://www.defenseurdesdroits.fr/sites/default/files/atoms/files/dp-rappdemat-16.01.19-num.pdf

[247] *Cf.* http://www.mediation-numerique.fr/

[248] *Avis du Défenseur des droits n° 21-11 du 20 juillet 2021 sur le projet de loi n° 4386 relatif à la gestion de la crise sanitaire :* https://juridique.defenseurdesdroits.fr/doc_num.php?explnum_id=20864

[249] *Cf. https://ec.europa.eu/health/sites/default/files/ehealth/docs/covid-certificate_json_specification_en.pdf*
Que contient le QR code du passe sanitaire ?

A l'occasion des débats parlementaires relatifs à l'extension de l'usage du passe sanitaire en France, elle a souligné dans son point 9 les risques qu'un tel projet de loi faisait courir à la Nation en matière de protection des données et de contrôle social.

« L'article 3 du projet de loi complète l'article 11 de la loi n° 2020-546 du 11 mai 2020 qui permet de traiter et de partager des données à caractère personnel concernant la santé des personnes afin de créer des systèmes d'information pour lutter contre la propagation de l'épidémie de Covid-19.

Ainsi, il prévoit d'ajouter une sixième finalité au traitement de ces données, à savoir l'édiction, le suivi et le contrôle du respect des mesures individuelles de mise en quarantaine, de placement et de maintien en isolement.

L'appréciation de la conformité de cette mesure au droit au respect de la vie privée et notamment aux données personnelles sera laissée à la Commission nationale de l'informatique et des libertés (CNIL), chargée de veiller à la protection des données personnelles contenues dans les fichiers et traitements informatiques ou papiers.

La Défenseure des droits tient cependant à alerter, comme elle l'avait fait précédemment dans son avis n° 20-03 du 27 avril 2020, sur le risque de glissement vers des pratiques de surveillance sociale générale, auquel pourrait contribuer ce projet de loi. »

Sur la méthode, la Défenseure des droits a tenu à souligner la nécessité d'un débat démocratique : *« Par un avis n° 20-10 du 3 décembre 2020 rendu dans le cadre de la prorogation de l'état d'urgence sanitaire, le Défenseur des droits a appelé de ses vœux l'organisation d'un débat démocratique public de fond en soulignant qu'il « devrait permettre de discuter la nécessité de protéger les droits et libertés et de renforcer les services publics, le caractère adapté, nécessaire et proportionné des mesures sanitaires, afin de préserver le juste équilibre entre les objectifs recherchés. / L'adhésion des citoyens à une mesure repose sur une série d'éléments : la clarté de la mesure envisagée, son caractère exceptionnel et temporaire, le fait qu'elle ait fait l'objet d'un débat démocratique et qu'elle soit le résultat d'un consensus fort (ce qui réduirait la perception du caractère autoritaire ou arbitraire de la mesure que certains pourraient avoir), la conviction que la mesure est justifiée et efficace au regard de la situation sanitaire (cela passerait par la démonstration de sa légitimité, de sa nécessité et de sa proportionnalité), une communication adaptée auprès du public, des contrôles renforcés …*

La Défenseure des droits ne peut que renouveler cette demande et regretter vivement le choix d'une procédure accélérée compte tenu de l'ampleur des atteintes aux droits et libertés fondamentales prévues par ce projet de loi ainsi que du caractère inédit de certaines dispositions qu'il comporte.

Le débat semble même d'autant plus nécessaire en l'espèce que le gouvernement propose un durcissement extrêmement rapide des règles, pourtant édictées il y a peu de temps.

Ainsi que l'a rappelé le Conseil constitutionnel dans sa décision du 11 mai 2020, le législateur a pour rôle d'assurer la conciliation entre l'objectif de valeur constitutionnelle de protection de la santé et le respect de ces libertés. Il est donc indispensable que le Parlement dispose du temps nécessaire à l'examen et aux débats sur ces propositions.

La crise sanitaire sans précédent que nous traversons demande à ce que des mesures soient prises pour protéger la vie de toutes et tous et pour enrayer rapidement cette épidémie.

---

https://www.codable.tv/qui-a-t-il-dans-le-pass-sanitaire/
Passe sanitaire : mais qui récupère nos données personnelles ?
https://www.lebigdata.fr/enquete-pass-sanitaire-donnees-personnelles

Cependant, la Défenseure des droits constate que, depuis le début de cette pandémie, les garde-fous et garanties mises en œuvre à chaque étape sont régulièrement contournés voire annihilés à la suivante sans que les raisons n'en soient toujours clairement établies. A titre illustratif, alors que le Conseil constitutionnel avait relevé lors de l'examen de certaines dispositions de la loi relative à la gestion de la sortie de crise sanitaire1 que les interdictions de circulation des personnes étaient circonscrites et ne concernaient pas les déplacements strictement indispensables aux besoins familiaux, professionnels et de santé, figure désormais l'obligation de présentation d'un « passe sanitaire » ou vaccinal y compris pour effectuer ce type de déplacements essentiels.

En outre, comme la Défenseure des droits le soulignait en préambule de son avis n° 21-06 du 17 mai 2021 sur le projet de loi relatif à la gestion de la sortie de crise sanitaire, les mesures envisagées doivent être élaborées en concertation avec toutes les autorités publiques compétentes, dans des délais raisonnables, afin que l'inscription des dispositions dans la loi, soumise à un objectif de valeur constitutionnelle de clarté et d'intelligibilité, ne laisse aucune place ni aux interprétations divergentes, ni aux décisions discrétionnaires. Elle alertait à cet égard sur le renvoi au pouvoir réglementaire de 1 Décision n° 2021-819 DC du 31 mai 2021. 4 nombreuses questions structurantes, susceptibles de porter atteinte aux droits et libertés fondamentales.

A la lecture du présent projet de loi, ces considérations, à la fois de méthode et de fond, conservent plus que jamais leur pertinence, qu'il s'agisse de l'objet même du texte ou des dispositions évoquées ci-après. »

Cette situation illustre bien une certaine faillite de l'Etat de droit en France devant la complexité et la variété des défis numériques qui lui sont posés.

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.

Les instruments disponibles pour la protection ou la restauration de l'Etat de droit

Les développements précédents offrent une illustration abondante des motifs d'inquiétude quant à la dégradation de l'Etat de droit en France en raison notamment de l'incapacité des institutions de l'Etat à inscrire leur action en cohérence et/ou en conformité avec les exigences portées par la promesse démocratique dans le pays qui fut à l'origine de la déclaration universelle des droits de l'Homme et qui dispose d'une Constitution.

« Le fait le plus marquant réside dans l'appropriation par les grandes plates-formes numériques non européennes des attributs de la souveraineté : un territoire transnational qui est celui de leur marché et du lieu d'édiction de normes, une population d'internautes, une langue, des monnaies virtuelles, une fiscalité optimisée, un pouvoir d'édiction de normes et de régulation. La composante propre au contexte numérique réside dans la production et l'utilisation de données et dans la maîtrise de l'accès à l'information. Il y a donc une forme de concurrence avec les États ou l'Union européenne.

C'est la souveraineté sous toutes ses formes qui est interrogée. »[250]

Devant une telle situation, il convient de s'interroger sur l'existence d'instruments juridiques susceptibles de participer à la protection ou à la restauration de l'Etat de droit face aux risques et menaces que font porter sur lui les transformations profondes de la société et de l'Etat induites par l'évènement d'un numérique et d'une intelligence artificielle omniprésents.

- *La séparation des pouvoirs et la recherche permanente d'une sécurité juridique constituent les garanties les plus essentielles de la protection ou de la restauration – en cas de défaillance grave - de l'Etat de droit au sein de la République française*

« Dès que le pouvoir est fondé sur la souveraineté de tous, la méfiance paraît sans raison, la vigilance sans objet et les bornes mises à l'autorité ne sont plus défendues. » (Bertrand de Jouvenel)

« 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.

Cette souveraineté est déléguée aux institutions de la République au travers du contrat politique et social incarné dans la Constitution, laquelle organise la séparation des pouvoirs.

Le Défenseur des droits veille au respect des droits et libertés (article 71-1 de la Constitution).

Les pouvoirs de contrôle (constitutionnel, conventionnel, de légalité) dont disposent le législateur – en vertu du droit qu'a le Parlement de se réunir dans les conditions prévues aux articles 28 et 29 de la Constitution, de contrôler l'action du Gouvernement et de légiférer), comme les grandes juridictions de la République (Conseil constitutionnel, Conseil d'Etat, Cour de cassation) constituent les instruments juridictionnels garantissant à la Nation le respect par les institutions de la République des lois et règlements qui satisfont aux exigences constitutionnelles et conventionnelles comme aux principes généraux du droit.

Ces juridictions portent la lourde responsabilité de veiller à pallier, au travers du droit, les atteintes portées de manière directe ou indirecte à l'Etat de droit par les avancées technologiques dans les registres numériques et de l'intelligence artificielle et/ou leurs usages au sein de l'Etat comme de la société.

[250] *Cf.* Annie Blandin-Obernesser *in Souveraineté et numérique : maîtriser notre destin :* https://theconversation.com/souverainete-et-numerique-maitriser-notre-destin-171014

Lorsqu'elles sont saisies selon les procédures en vigueur, elles arrêtent leurs décisions dans les limites de l'état du droit disponible sur les registres mettant en présence le numérique et l'IA, lequel pâtit d'un retard d'autant plus préjudiciable à la préservation pleine et entière des droits et libertés reconnus à toutes les personnes qui résident sur le territoire de la République, que le rythme de renouvellement des technologies et de leurs usages connaît une accélération qui rend illusoire quelque rattrapage que ce soit du droit à leur égard ; ce qui participe à générer une insécurité juridique de nature systémique.

La sécurité juridique découlant du droit national de sûreté, elle doit par conséquent être traitée au niveau du droit constitutionnel.

Ceci vaut en particulier pour les registres objet du présent document.

- *Le code pénal, un instrument juridique majeur au service de la protection des données*

Au premier rang des principaux défis posés à l'Etat de droit par le numérique et l'IA figure la protection des données privées ou publiques sensibles à l'heure où se généralise au niveau mondial la régulation par la donnée ; une régulation qui intervient dans un contexte où les vecteurs de la constitution, du stockage, de la circulation et de l'usage de cette dernière obéissent à des considérations économiques, commerciales, juridiques, technologiques, infrastructurelles, géopolitiques et sécuritaires qui peuvent échapper aux exigences dictées par le droit national (extraterritorialité du droit auxquels sont soumis les acteurs, confidentialité des transactions avec des tiers non nationaux, …).

Comme le relèvent Aurélie Luttrin et Franck DeCloquement dans leur article cité *supra* : *« Au niveau national, l'arsenal juridique existe déjà et demeure puissant pour défendre nos intérêts fondamentaux : l'article 411-6 du Code pénal selon lequel « le fait de livrer ou de rendre accessibles à une puissance étrangère, à une entreprise ou organisation étrangère ou sous contrôle étranger ou à leurs agents des renseignements, procédés, objets, documents, données informatisées ou fichiers dont l'exploitation, la divulgation ou la réunion est de nature à porter atteinte aux intérêts fondamentaux de la nation est puni de quinze ans de détention criminelle et de 225 000 euros d'amende. ». Il s'avère d'une rare efficacité sémantique pour convaincre les plus récalcitrants de cette impérieuse nécessité de cesser tout stockage et traitement de données auprès de puissances étrangères pouvant porter atteinte à nos intérêts. »*

S'agissant de la lutte contre la cybercriminalité, Marc-Antoine Ledieu, avocat spécialisé dans le numérique, relève que *« la responsabilité des cyberattaques n'est pas une difficulté sur le plan pénal. La loi « Godfrain » du 6 janvier 1988 (article 323-1 à 323-3-1 Code pénal) permet de réprimer l'ensemble des intrusions et autres délits de maintien frauduleux dans un système d'information. La loi « Informatique et Libertés » version 2021*[251] *permet sans aucun problème d'envisager la responsabilité pénale des cyber attaquants qui viendraient à* traiter *sans consentement des données à caractère personnelles. Le droit de mettre en oeuvre des logiciels ou des services de chiffrement est entièrement régulé (et sanctionné pénalement) par la loi du 21 juin 2004 « LCEN » pour la confiance dans l'économie numérique. Il est même possible d'appliquer certaines incriminations pénales « classiques » aux nouveaux délits commis par voie numérique. Nous prendrons l'exemple du délit d'extorsion, tout à fait adapté aux chantages exercés par « ransomware ». Hélas, le peu de jurisprudence pénale disponible conduit à conclure que la répression des cyber attaquants n'a aujourd'hui aucun effet dissuasif. »*[252]

[251] *L'information : le droit pénal du numérique :* https://technique-et-droit-du-numerique.fr/le-droit-penal-du-numerique-video-5/

[252] *cyber attaque: responsabilité pénale civile et contractuelle :* https://technique-et-droit-du-numerique.fr/cyber-attaque-responsabilite-penale-civile-contractuelle/

Force est de déplorer que, alors que la cybercriminalité et les autres infractions impliquant des preuves électroniques sur des systèmes informatiques sont en plein essor et que ces preuves sont de plus en plus souvent stockées sur des serveurs situés dans des juridictions étrangères, multiples, changeantes ou inconnues, c'est-à-dire dans le nuage, les pouvoirs des services répressifs sont limités par les frontières territoriales.

En conséquence, seule une très faible proportion des actes de cybercriminalité signalés aux autorités de justice pénale donne lieu à des procédures judiciaires et à des condamnations. procédures judiciaires et à des condamnations, et le plus souvent les victimes n'obtiennent pas justice.

- *Le principe de proportionnalité est-il protecteur des libertés ?*

Comme le souligne Jean-Marc Sauvé[253], vice-président du Conseil d'Etat, la mise en œuvre du principe de proportionnalité renseigne sur la place qu'une société reconnaît réellement aux droits et libertés, dès lors que ce principe encadre les atteintes qui peuvent y être portées.

Ce principe s'est affirmé depuis plus d'un siècle en Europe et en France au service d'une protection efficace des libertés et des droits fondamentaux en ce qu'il enclenche un mécanisme de pondération entre les différents intérêts publics et privés en cause, mais il subit une influence européenne qui le transforme en profondeur. Issu du droit allemand, il vise à promouvoir une action publique mesurée et respectueuse des droits fondamentaux. Mais là où en Allemagne la proportionnalité est entendue comme un principe général, dès lors qu'elle répond à la nécessité de réguler l'interventionnisme étatique, elle n'est en droit français qu'un mécanisme de contrôle juridictionnel.

Ce principe non-écrit est cependant « au cœur de la démarche logique du juge de l'excès de pouvoir ». Il s'est imposé comme l'*« exigence d'un rapport, d'une adéquation, entre les moyens employés par l'administration et le but qu'elle vise ».*

L'exigence de proportionnalité est également présente en droit constitutionnel, soit que le texte constitutionnel la prévoie expressément, soit que le Conseil constitutionnel ait lui-même affirmé ce contrôle dans sa jurisprudence.

Et, dans la lignée de la jurisprudence *Benjamin* du Conseil d'Etat, le Conseil constitutionnel use assez largement du contrôle de proportionnalité lorsqu'il contrôle des dispositions législatives qui restreignent l'exercice d'un droit ou d'une liberté au nom de la sauvegarde de l'ordre public ou lorsqu'il doit concilier plusieurs droits fondamentaux entre eux.

Le principe de proportionnalité est le complément nécessaire de l'intérêt public. Mais s'il *« manifeste qu'un intérêt public en soi ne peut (…) se réaliser à n'importe quel prix »*, il ne saurait se traduire par une remise en cause du principe même de la séparation des pouvoirs et du principe d'appréciation des Gouvernements et des Parlements. Il est indispensable à la garantie de l'Etat de droit, mais il ne saurait conduire à méconnaître les intérêts généraux dont l'Etat et les collectivités locales ont la charge et qui sont, avec les libertés et les droits fondamentaux, les piliers du vivre-ensemble.

Pour Jean-Marc Sauvé, trois précautions s'imposent dans le maniement de la proportionnalité : ce contrôle doit être stable et cohérent pour être prévisible ; il doit, ensuite, s'appuyer sur une motivation explicite et rigoureuse ; enfin, il doit conduire à une véritable mise en balance des différents intérêts en présence et non à la prédominance systématique des droits fondamentaux sur l'intérêt général.

[253] *Le principe de proportionnalité, protecteur des libertés ?*
https://www.conseil-etat.fr/actualites/discours-et-interventions/le-principe-de-proportionnalite-protecteur-des-libertes

Les cours européennes ont procédé, au cours des toutes dernières années, à une mise en balance plus attentive et prudente de l'ensemble de ces exigences (*cf. infra*).

La conception des cours européennes de la proportionnalité influe sur les déclinaisons nationales de ce principe qui ont évolué vers une approche plus libérale, principalement sous l'impulsion de la Convention européenne des droits de l'homme et l'interprétation qui en est faite par la Cour de Strasbourg, ainsi que sous celle de la Cour de justice de l'UE qui envisage de manière très stricte les restrictions aux liberté de circulation prévues dans les dispositions du Traité sur le fonctionnement de l'UE.

Cette influence européenne fait ressentir ses effets partout en Europe et, notamment, en France où le droit européen a induit une « généralisation » et une « intensification » du contrôle de proportionnalité.

Sous l'effet de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme, ce contrôle a été étendu à plusieurs hypothèses qui en étaient exclues ou faisaient l'objet d'un contrôle restreint. Le contrôle de proportionnalité exercé par le juge administratif s'est aussi intensifié sous l'effet de la jurisprudence de la CJUE.

Cette évolution a connu, en droit français, de nouveaux développements avec la formalisation d'un contrôle de proportionnalité *in concreto* dans la jurisprudence du Conseil d'État et celle de la Cour de cassation.[254]

Mais ce phénomène de convergence ne doit pas conduire à de trop hâtives conclusions.

D'une part, les juges nationaux et européens continuent, dans les domaines économiques et sociaux, de préserver une importante marge d'appréciation aux autorités publiques. En outre, si le principe de proportionnalité résulte de la volonté de limiter le pouvoir discrétionnaire des autorités publiques et d'éviter l'arbitraire, il ne saurait conduire le juge à substituer sa propre appréciation à celle des représentants du peuple soumis au contrôle démocratique.

La Cour européenne des droits de l'homme reconnaît aussi aux États une marge nationale d'appréciation, lorsque sont en cause des débats éthiques ou moraux ou des choix de société qui ne font l'objet d'aucun consensus entre les États ou qui résultent de traditions nationales

D'autre part, le principe de proportionnalité reste surtout envisagé comme une technique ou un mécanisme contentieux. Aux fins d'assurer une protection accrue des droits et des libertés, il pourrait s'élargir à une fonction d'orientation de l'action des autorités publiques, ainsi qu'il l'a été en droit allemand, et en droit de l'Union européenne.

Pour Jean-Marc Sauvé, il est même permis de s'interroger sur l'intégration du principe de proportionnalité à celui, plus général, de bonne gouvernance.

- *Les droits européens sont-ils en mesure d'apporter des réponses à ces défis ?*

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 et au Réseau européen des Conseils de la Justice[255] est-il de nature à apporter des éléments de réponse significatifs, en termes de droit notamment, à de tels défis ?

[254] *Cf. Le contrôle de proportionnalité in concreto dans les réformes des cours suprêmes françaises (Conseil d'Etat et Cour de cassation) :* https://www.academia.edu/35868126/Le_contr%C3%B4le_de_proportionnalit%C3%A9_in_concreto_dans_les_r%C3%A9formes_des_cours_supr%C3%AAmes_fran%C3%A7aises_Conseil_dEtat_et_Cour_de_cassation_?email_work_card=view-paper

[255] Le RECJ, Réseau européen des Conseils de la Justice, créé en 2004, rassemble les « *Conseils supérieurs de la Justice* » nationaux. Ce réseau, qui est actif autour de thèmes tels que l'arriéré judiciaire, la mesure de la confiance nationale et transnationale de la population en la justice et les normes minimales pour l'évaluation des systèmes judiciaires, a vocation à

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 des Etats ? Garantissent-elles à tous les citoyens les mêmes droits et les mêmes libertés ? Sont-elles de nature à créer de la confiance ?

Sébastien Platon, professeur de droit public, propose un éclairage substantiel sur les fonctions du standard de l'État de droit en droit de l'Union européenne[256] : *« Le standard de l'Etat de droit s'impose indéniablement aux Etats membres. Cela résulte tant de l'article 6 TUE, qui fait de l'Etat de droit une valeur de l'Union, de l'article 7 TUE, qui permet de sanctionner les Etats méconnaissant cette valeur, et de l'article 49 TUE, qui en fait une condition d'adhésion. Au-delà cependant de cette dimension axiologique, le respect du standard de l'Etat de droit par les Etats membres est une nécessité fonctionnelle vitale pour l'Union européenne pour au moins deux raisons. D'une part, le respect de l'Etat de droit par les Etats membres est au fondement du principe de confiance mutuelle, lequel sous-tend toutes les formes de coopération interétatique imposées par le droit de l'Union européenne. D'autre part, le respect de l'Etat de droit par les Etats membres est également nécessaire pour que les individus bénéficient des mêmes garanties juridictionnelles face au juge national, juge de droit commun de droit de l'Union, que face au juge de l'Union. »*

Outre les efforts de la CJUE pour faire prévaloir une hiérarchie des normes abaissant la place des constitutions nationales, il existe dans les traités des dispositions (article 2, par. 2 TFUE) - ainsi qu'un protocole relatif aux compétences partagées (protocole n°25) - qui donnent la primauté à l'UE pour agir dans les domaines en relevant, et interdit aux Etats membres d'agir si l'UE a pris l'initiative : *« Lorsque les traités attribuent à l'Union une compétence partagée avec les États membres dans un domaine déterminé, l'Union et les États membres peuvent légiférer et adopter des actes juridiquement contraignants dans ce domaine. »* Selon cet article, *« les États membres exercent leur compétence dans la mesure où l'Union n'a pas exercé la sienne et les États membres exercent à nouveau leur compétence dans la mesure où l'Union a décidé de cesser d'exercer la sienne. »*

Contrairement à d'autres organisations internationales comme le Conseil de l'Europe ou les Nations unies, l'UE ne prévoit pas de procédure d'expulsion d'un de ses Etats membres pour quelque raison que ce soit. Dès lors, les seules sanctions disponibles en regard de l'objet de la présente étude résultent de l'activation de deux procédures distinctes :

- article 7 TUE : cette clause prévoit un mécanisme complexe de "*sanction pour violation grave des "valeurs" de l'Union"* par un Etat membre. Mécanisme qui ne peut aboutir qu'à "*"la suspension de certains droits découlant de l'application des traités à cet Etat membre, y compris les droits de vote de (son) représentant au sein du Conseil".* Ce qui présente l'avantage d'offrir une large gamme de mesures punitives (y compris financières) jusqu'à la sanction maximale d'exclusion du processus de décision. Toutefois, on sait que l'exigence d'unanimité pour son déclenchement en réduit fortement l'efficacité au cas où un seul autre Etat y opposerait son veto par solidarité ou par opportunité.

- articles 258/260 TFUE : il s'agit de la *procédure générale dite de "manquement"* qui permet à la Commission de constater qu'"*un Etat membre a manqué à une des obligations qui lui incombent en vertu des traités*" et d'attraire cet Etat devant la CJUE. Le cas échéant, la Cour

assurer la connaissance réciproque des différents systèmes judiciaires de l'Union européenne, et a également pour mission de remplir un rôle de médiateur entre les institutions de l'UE et les organisations judiciaires nationales. 87

[256] *Les fonctions du standard de l'État de droit en droit de l'Union européenne :* https://www.academia.edu/40231820/Les_fonctions_du_standard_de_l_%C3%89tat_de_droit_en_Europe

peut alors dans un premier temps reconnaitre ce manquement et, dans un deuxième temps, "*infliger le paiement d'une somme forfaitaire ou d'une astreinte*". Parmi les "obligations" visées figure implicitement celle du respect des "valeurs" fixées par l'article 2 TUE. Toutefois, sur le plan strictement juridique, la démonstration d'un manquement de ce type n'est pas toujours aisée à effectuer au vu du caractère très général des "règles " à respecter. D'autre part, infliger des sanctions de nature *financière* pour une infraction à des *"valeurs"* peut apparaitre quelque peu décalé voire incongru.

La jurisprudence de l'UE a de manière constante reconnu qu'un manquement d'Etat pouvait résulter d'une décision d'une juridiction nationale enfreignant le droit de l'Union. Seule la Cour de Justice a compétence pour sanctionner un manquement d'Etat. Seule la Commission européenne ou un Etat membre de l'Union européenne peut la saisir d'un recours à cette fin.

Si les traités de l'UE proposent des mécanismes et procédures visant à sanctionner un Etat membre violant gravement les valeurs de l'Union ou manquant à ses obligations à leur égard (en particulier le nouveau cadre de l'UE pour enforcer l'Etat de droit[257]), force est de constater qu'ils sont difficiles à mettre en œuvre d'un point de vue politique.[258,259]

La Commission européenne, qui est l'institution garante des traités européens (TUE et TFUE), ne peut que rappeler les termes des traités – et le cas échéant, appliquer des astreintes financières lorsque les Etats défaillants ne se plient pas aux injonctions des juridictions européennes compétentes !

C'est ce qu'elle fait quand elle rappelle le principe de primauté du droit de l'UE.

D'essence fédérale, ce principe général du droit de l'Union est l'un des plus anciens et importants puisqu'il établit que tout acte de l'UE prime sur le droit national des Etats membres de l'Union et que si une disposition du droit national était contraire à un acte de l'Union, le juge national devait écarter cette disposition nationale et appliquer à la place l'acte de l'Union.[260]

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'État de droit par un État membre.

S'agissant du Conseil de l'Europe, où en est-on ?

Dans son ouvrage intitulé *'Les algorithmes font-ils la loi ?'*[261], Aurélie Jean, docteure en sciences et entrepreneure, explique pourquoi il est primordial de *« comprendre les défis actuels et les solutions recherchées pour anticiper les lois* […] *et éviter que les algorithmes imposent des règles »* que l'on ne comprend pas.

« Il faut encadrer les pratiques de développement, de tests et d'usages des algorithmes. En d'autres termes, il faut encourager, pour ne pas dire imposer, aux acteurs de construire une

[257] Communication de la Commission européenne au Parlement européen et au Conseil (COM(2014) 158 final) intitulée *« Un Nouveau Cadre de l'UE pour renforcer l'État de droit »* : https://eur-lex.europa.eu/resource.html?uri=cellar:caa88841-aa1e-11e3-86f9-01aa75ed71a1.0011.01/DOC_1&format=PDF

[258] *Cf.* Dimitry Kochenov et Laurent Pech *in Renforcer le respect de l'État de droit dans l'UE : Regards critiques sur les nouveaux mécanismes proposés par la Commission et le Conseil* (Questions d'Europe n°356 – Fondation Robert Schuman) : https://www.robert-schuman.eu/fr/questions-d-europe/0356-renforcer-le-respect-de-l-etat-de-droit-dans-l-ue-regards-critiques-sur-les-nouveaux

[259] *Cf.* Dimitry Kochenov, Laurent Pechet Sébastien Platon *in Ni panacée, ni gadget : le « nouveau cadre de l'Union européenne pour renforcer l'État de droit »* (Revue trimestrielle de droit européen) : https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2688353

[260] Comme le rappelle l'avocate Ophélie Omnès, ce n'est qu'en 2009, avec l'entrée en vigueur du Traité de Lisbonne, et de la déclaration n° 17, que le principe fait son entrée dans les traités. Dans l'ordre juridique français, sa consécration est survenue grâce aux arrêts *Société des cafés Jacques Vabre* (1975) de la Cour de cassation et *Nicolo* du Conseil d'État (1989). *Cf. La primauté du droit de l'Union européenne : un principe cardinal dans la tourmente :* https://institutdelors.eu/publications/la-primaute-du-droit-de-lunion-europeenne-un-principe-cardinal-dans-la-tourmente

[261] *Les algorithmes font-ils la loi ?* Editions de l'Observatoire

gouvernance algorithmique pertinente et efficace pour assurer le bon fonctionnement de leurs outils. Cela passe entre autres par les méthodes de calcul d'explicabilité (des calculs numériques pour extraire une partie de la logique de l'algorithme) qui permettent de mieux comprendre les outils afin d'en souligner des biais ou des dysfonctionnements, et donc les réparer rapidement avant que le mal ne soit fait sur les utilisateurs. »

Ses travaux l'ont amené à constater qu'*« Il ne peut pas exister de régulation mondiale stricto sensu pour la simple et bonne raison que nous n'avons pas tous le même fonctionnement de construction et d'application des lois, sans parler des différences culturelles. Cela étant dit, on peut avoir des accords entre les nations ou une influence des textes sur d'autres pays. Ce qui fut le cas du RGPD européen qui inspira le texte californien. »*

Le Conseil de l'Europe s'est saisi de ce dossier.

Dans sa Recommandation sur les impacts des systèmes algorithmiques sur les droits de l'homme en date du 8 avril 2021[262], le Comité des Ministres du Conseil de l'Europe a appelé les 47 États membres à appliquer le principe de précaution dans la réalisation et la mise en œuvre de systèmes fondés sur des algorithmes et à se doter de lois, de politiques et de pratiques respectant pleinement les normes des droits de l'homme, en y énonçant une série de lignes directrices invitant les gouvernements à garantir qu'ils n'enfreignent pas les droits de l'homme dans le cadre de l'utilisation, du développement ou de l'acquisition de systèmes algorithmiques, et en leur rappelant que leur pouvoir réglementaire donne à ces derniers l'obligation d'établir des cadres législatifs, réglementaires et de supervision efficaces et prévisibles, capables de prévenir, de détecter, d'interdire et de remédier aux violations des droits de l'homme, qu'elles soient imputables à des acteurs publics ou privés.

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. Mais est-ce suffisant pour couvrir l'ensemble des défis relevés ici ?

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. Comme il faudra le vérifier également pour la liste des critères de l'Etat de droit telle que définie par la Commission de Venise (*cf. supra*).

Le Conseil de l'Europe œuvre à l'élaboration et à l'adoption d'un 2ème protocole additionnel à la Convention de Budapest qui permettra de relever plus efficacement les défis liés aux preuves électroniques dans les juridictions étrangères, multiples ou inconnues.

Le protocole est conçu pour répondre aux défis suivants :

- Comment obtenir plus efficacement l'utilisation d'un compte ou d'une adresse de protocole Internet utilisés pour commettre une infraction ? Ces "informations sur l'abonné" sont essentielles pour mener à bien une enquête.
- Comment et dans quelles conditions coopérer directement avec un fournisseur de services d'une autre partie pour obtenir ces informations ?
- Comment obtenir sans délai la communication de données - y compris de données relatives au contenu - d'une autre partie en cas d'urgence où des vies sont en danger ?

[262] *Recommandation CM/Rec(2020)1 du Comité des Ministres aux États membres sur les impacts des systèmes algorithmiques sur les droits de l'homme* : https://search.coe.int/cm/pages/result_details.aspx?ObjectId=09000016809e1124

- Comment rendre plus efficace la coopération entre gouvernements, y compris l'assistance mutuelle, et mettre à disposition des outils supplémentaires pour la coopération en matière de cybercriminalité et de preuves électroniques ?
- Et comment concilier des moyens de coopération innovants et efficaces avec les exigences de l'État de droit et de la protection des données ?

Le Protocole prévoira des outils innovants pour obtenir la divulgation de preuves électroniques, notamment :

- Coopération directe avec les fournisseurs de service ((Article 6 et Article 7)
- Formes accélérées de coopération entre les parties pour la divulgation des informations sur les abonnés et des données relatives au trafic (Article 8)
- Coopération et divulgation accélérées dans les situations d'urgence (Articles 9 et 10)
- Outils supplémentaires pour l'entraide (Articles 11 et 12)
- Protection des données et autres garanties de l'État de droit (Articles 13 et 14)

Les dispositions de ce Protocole seront utiles sur le plan opérationnel et politique et permettront à la Convention de Budapest de continuer à défendre un Internet libre où les gouvernements s'acquittent de leur obligation de protéger les personnes et leurs droits dans le cyberespace.

Il est prévu que le Protocole soit adopté en novembre 2021 et ouvert à la signature en mars 2022.

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.* »[263]

- *La remise en cause récurrente de la primauté du droit européen*

L'ordre juridique européen semble toutefois fragilisé par un arrêt pris le 5 mai 2020 par la Cour constitutionnelle allemande mettant en cause le vaste programme de rachats de dettes souveraines mis en place dans la foulée de la crise de l'euro par la Banque centrale européenne, dispositif pourtant validé par la CJUE.[264,265]

[263] *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

[264] *Cf. L'arrêt du 5 mai 2020 de la Cour constitutionnelle fédérale concernant le programme PSPP de la Banque centrale européenne :* https://www.actu-juridique.fr/international/international-etrangers/droits-europeen-ue/larret-du-5-mai-2020-de-la-cour-constitutionnelle-federale-dallemagne-concernant-le-programme-pspp-de-la-banque-centrale-europeenne/

[265] *Cf.* Jérémy Bernard *in Guerre des juges au sommet de l'Union européenne : l'arrêt de la Cour constitutionnelle fédérale allemande de Karlsruhe : https://www.delcade.fr/actualites-juridiques/droit-de-la-concurrence/guerre-juges-sommet-de-lunion-europeenne-larret-de-cour-constitutionnelle-federale-allemande-de-karlsruhe/*

Dans une tribune publiée dans cinq quotidiens continentaux[266], le Président du Tribunal de l'UE, Marc van der Woude, a critiqué avec virulence cet arrêt. Pour lui, cette décision est *« erronée »*, et est d'abord de nature à bouleverser l'ordre juridique et la coopération entre les cours nationales et européennes, bâtis au fil des décennies : *« Cet arrêt soulève de graves préoccupations quant à sa compatibilité avec le droit de l'Union, en particulier les principes généraux d'autonomie, de primauté, d'efficacité et d'application uniforme du droit de l'Union, ainsi que de la compétence de la Cour de justice »* européenne. Et il *« constitue un dangereux précédent pour le droit de l'Union »*.

Il peut aussi avoir pour conséquences d'inciter des Etats en délicatesse avec l'Etat de droit, comme la Pologne et la Hongrie, à contester les décisions de la justice européenne.

La Commission européenne a donc procédé à l'ouverture, le 9 juin 2021, d'une procédure pour manquement à l'encontre de l'Allemagne.

Comme l'a rappelé le docteur en droit Sébastien Martin en 2012[267] : *« Tous les États membres de l'Union puisent dans leur Histoire certaines caractéristiques qu'ils jugent si essentielles qu'ils entendent les protéger envers et contre tout. Dans ce cadre, la participation à l'Union européenne peut s'avérer parfois problématique. On sait, en effet depuis longtemps, grâce à la jurisprudence de la Cour de justice qui a très tôt posé le principe de primauté du droit des Communautés européennes puis de l'Union européenne, qu'un tel principe impose aux autorités juridictionnelles nationales de faire prévaloir les normes de l'Union européenne sur l'ensemble des normes nationales, fussent-elles constitutionnelles. Cette solution n'était pas sans soulever certaines difficultés. « Le problème [tenait] à ce que la norme constitutionnelle, elle non plus, [n'a pas renoncé] à sa supériorité face à la norme internationale ou européenne. » Les juridictions nationales n'ont dès lors cessé de contester ce principe de la primauté communautaire, lui opposant le principe de souveraineté étatique. Néanmoins, après plusieurs années d'opposition, la Cour de justice de l'Union européenne et les cours constitutionnelles nationales auraient trouvé une certaine voie pour la conciliation de leurs jurisprudences respectives. Ce dépassement de l'opposition résulterait d'un mouvement général, partagé par l'Union européenne et par les États membres, de reconnaissance et de prise en considération sur le plan juridique de particularités spécifiques intrinsèques des États, à la faveur de l'élaboration d'un langage commun relatif à leur identité. En effet, il est possible de constater qu'un rapprochement s'est fait empiriquement autour de deux concepts : le concept européen d'identité nationale et d'un concept national d'identité constitutionnelle[268].*

[…] En France, le Conseil constitutionnel a ainsi clairement affirmé « que la transposition d'une directive ne saurait aller à l'encontre d'une règle ou d'un principe inhérent à l'identité constitutionnelle de la France », partant du postulat de principe selon lequel l'existence du principe de primauté « est sans incidence sur l'existence de la Constitution française et sa place au sommet de l'ordre juridique interne ». Dans les premiers commentaires de cette décision, ce nouveau concept a été beaucoup discuté. Outre le fait que sa signification puisse paraître

---

[266] *« Que resterait-il de l'égalité entre les justiciables européens si certaines règles devaient s'appliquer dans des Etats membres et pas dans d'autres ? »*
https://www.lemonde.fr/idees/article/2020/06/06/que-resterait-il-de-l-egalite-entre-les-justiciables-europeens-si-certaines-regles-devaient-s-appliquer-dans-des-etats-membres-et-pas-dans-d-autres_6041970_3232.html

[267] *Cf. L'identité de l'État dans l'Union européenne : entre « identité nationale » et « identité constitutionnelle » :*
https://www.cairn.info/revue-francaise-de-droit-constitutionnel-2012-3-page-13.htm

[268] *« L'« identité constitutionnelle », comme la « supra-constitutionnalité », est un ensemble de valeurs dont le respect s'impose à toutes les autres normes, y compris constitutionnelles ou européennes. Leur rôle à l'égard de l'ordre juridique est à la fois d'en légitimer le fondement et d'en structurer le fonctionnement. Très proches dans les fonctions qu'elles remplissent, les deux notions peuvent également utilement se consolider l'une et l'autre au moment d'en assurer le respect. »*
(Cf. Edouard Dubout *in « Les règles ou principes inhérents à l'identité constitutionnelle de la France » : une supra-constitutionnalité ? par Édouard Dubout (Revue française de droit constitutionnel 2010/3 (n° 83), pages 451 à 482) :*
https://www.cairn.info/revue-francaise-de-droit-constitutionnel-2010-3-page-451.htm

obscure, il semble certain que cette référence soit faite pour « [permettre] de maintenir le principe du primat constitutionnel » dans un contexte qui n'est pas sans faire référence aux évolutions du droit de l'Union, comme s'il existait entre les dispositions du traité et la jurisprudence des juridictions constitutionnelles, un « lien de parenté ». Cette position n'est pas propre à la France. D'autres juridictions constitutionnelles ont, elles aussi, eu recours au concept d'identité constitutionnelle. Bien que les positions ne soient pas équivalentes sur tous les points, force est de constater qu'il existe bien entre les différents juges des États membres une communauté d'esprit. Par exemple, la jurisprudence allemande récente permet de considérer que le juge de Karlsruhe se reconnaît compétent pour contrôler le respect, par le droit de l'Union, de l'identité constitutionnelle allemande. Dans un certain sens, du point de vue constitutionnel, de telles jurisprudences participent à la démarche, déjà ancienne, de la reconnaissance de réserves constitutionnelles. »

Selon Tania Groppi, professeure de droit public à l'Université de Sienne : *« un élément-clé pour comprendre l'attitude des cours nationales dans un contexte de crise, dans lequel les droits sont mis en danger par des décisions politiques centrées sur l'intérêt publique, est précisément leur relation avec les cours européennes. Les cours constitutionnelles nationales les plus activistes et attentives aux droits y trouvent des alliées très importantes, avec lesquelles elles peuvent développer une véritable stratégie de garantie des droits. Au contraire, les cours les plus timides et les plus influencées par le pouvoir politique peuvent, ainsi que les gouvernements, avoir du mal à accepter les décisions européennes. […] Ce qui s'avère décisif dans l'espace juridique européen n'est pas le dialogue horizontal, mais le dialogue vertical. En conséquence des nouveaux défis, l'interaction des cours nationales avec les cours européennes devient encore plus importante : seulement une alliance, une réponse coordonnée des différents sujets qui composent le système « multilevel » peut conduire – même en temps difficiles – à une plus complète garantie des droits et libertés.* »[269]

Or des signes positifs apparaissent au niveau du Conseil de l'Europe à cet égard, la possibilité d'un recours aux dispositions du protocole n° 16 annexé à la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'Homme et des libertés fondamentales[270] offrant des garanties nouvelles en matière de consultation de la Cour par des juridictions nationales[271].

Pour autant, la tournure des évènements qui se sont succédés à l'occasion du contentieux opposant les institutions de l'Union ainsi que le Conseil de l'Europe à la Pologne à l'égard de la réforme du système judiciaire de cette dernière, et plus fondamentalement encore, à l'égard de la primauté du droit européen sur le droit constitutionnel polonais, illustre les difficultés qu'éprouvent encore les institutions supranationales lorsqu'elles tentent de restaurer un Etat de droit dans un Etat membre.

Sébastien Platon précise dans son article cité *supra* : *« L'exécution du droit de l'Union européenne est régie par le principe d'administration indirecte, codifié par le traité de Lisbonne à l'article 291 TFUE, en vertu duquel c'est en principe aux Etats membres de prendre « toutes les mesures de droit interne nécessaires pour la mise en œuvre des actes juridiquement contraignants de l'Union ». Ce principe s'applique, mutatis mutandis, à la fonction juridictionnelle : les juridictions nationales constituent les juges de droit commun du droit de l'Union européenne. Le rôle des juridictions nationales est important, comme l'a souligné la*

[269] *Nouveaux défis pour l'Etat constitutionnel de droit en Europe: quel rôle pour le « dialogue des juges » ?* https://www.academia.edu/38140470/Nouveaux_d%C3%A9fis_pour_l_Etat_constitutionnel_de_droit_en_Europe_quel_r%C3%B4le_pour_le_dialogue_des_juges

[270] *Protocole n° 16 annexé à la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'Homme et des libertés fondamentales :* https://www.echr.coe.int/Documents/Protocol_16_FRA.pdf

[271] *Protocole n° 16 à la Convention de sauvegarde des Droits de l'Homme et des Libertés fondamentales - Rapport explicatif :* https://www.echr.coe.int/Documents/Protocol_16_explanatory_report_FRA.pdf

87

Cour de justice dans l'arrêt Unión de Pequeños Agricultores. Selon la Cour, « la Communauté européenne est une communauté de droit dans laquelle ses institutions sont soumises au contrôle de la conformité de leurs actes avec le traité et les principes généraux du droit dont font partie les droits fondamentaux ». Cependant, la recevabilité des recours en annulation formés par les particuliers contre les actes de l'Union est limitée par les conditions de recevabilité posées par les traités. Par conséquent, les « personnes physiques ou morales ne pouvant pas, en raison des conditions de recevabilité visées à l'article 173, quatrième alinéa, du traité, attaquer directement des actes communautaires de portée générale » doivent avoir « la possibilité, selon les cas, de faire valoir l'invalidité de tels actes soit, de manière incidente en vertu de l'article 184 du traité, devant le juge communautaire, soit devant les juridictions nationales et d'amener celles-ci, qui ne sont pas compétentes pour constater elles-mêmes l'invalidité desdits actes (...) à interroger à cet égard la Cour par la voie de questions préjudicielles ». Pour que ce « détour » par le juge national soit possible, « il incombe aux États membres de prévoir un système de voies de recours et de procédures permettant d'assurer le respect du droit à une protection juridictionnelle effective ». Cette obligation jurisprudentielle a été codifiée par le Traité de Lisbonne à l'art. 19§1, al. 2, TUE : « Les États membres établissent les voies de recours nécessaires pour assurer une protection juridictionnelle effective dans les domaines couverts par le droit de l'Union ».

Il pouvait sembler que cette disposition n'imposait pas de standards spécifiques quant à la qualité des voies de recours offertes par le droit interne, sous réserve d'assurer une « protection juridictionnelle effective », et que la Cour de justice s'appliquerait un self-restraint quant à l'évaluation des systèmes judiciaires nationaux, dont l'organisation pouvait sembler relever d'une compétence nationale réservée des Etats membres. Il pouvait d'ailleurs être argué à ce titre qu'une interprétation de l'art. 19§1, al. 2 TUE comme contenant des standards de bonne justice serait redondant avec l'art. 47 de la Charte des droits fondamentaux, qui pose le droit à un procès équitable et à un recours effectif. C'est pourtant précisément une telle interprétation « substantielle » de l'art. 19§1, al. 2, TUE que la Cour de justice a retenue dans son arrêt Associação Sindical dos Juízes Portugueses. La Cour, estimant que l'article 19 TUE « concrétise la valeur de l'État de droit affirmée à l'article 2 TUE », interprète cette disposition comme interdisant aux Etats membres d'adopter des mesures qui mettent en cause l'indépendance des juridictions nationales susceptibles de se prononcer sur des questions portant sur l'application ou l'interprétation du droit de l'Union – c'est-à-dire, virtuellement, une écrasante majorité voire la quasi-totalité des juridictions nationales. Cette solution permet une applicabilité plus large des standards du procès équitable que l'article 47 de la Charte. En effet, alors que l'article 47 pose un droit subjectif à un procès équitable, lequel n'est applicable aux Etats membres que lorsqu'ils « mettent en œuvre » le droit de l'Union (c'est-à-dire, selon la jurisprudence de la Cour de justice, dans le champ d'application du droit de l'Union), l'article 19, interprété à la lumière de la valeur de l'Etat de droit, pose un principe objectif et structurel de nature constitutionnelle opposable à des mesures nationales susceptibles d'affecter des juridictions nationales susceptibles d'appliquer le droit de l'Union même si ces mesures ne se situent pas elles-mêmes dans le champ d'application du droit de l'Union.

La fonction immédiate du standard de l'Etat de droit est ici de « substantialiser », c'est-à-dire investir d'un contenu qualitatif, l'obligation découlant pour les Etats membres de l'art. 19§1 TUE de mettre en place « les voies de recours nécessaires pour assurer une protection juridictionnelle effective dans les domaines couverts par le droit de l'Union ». Cette obligation étant une obligation structurelle (voire structurante) du système juridictionnel de l'Union,

distincte de l'obligation de respecter les droits fondamentaux qui est fonctionnellement limitée par le champ d'application du droit de l'Union, elle permet en retour d'accroître sensiblement l'applicabilité dudit standard de l'Etat de droit aux Etats membres. Au-delà de cette fonction immédiate dans le raisonnement de la Cour, l'arrêt Associação Sindical dos Juízes Portugueses manifeste aussi une fonction plus globale du standard de l'Etat de droit, à savoir une structuration du pouvoir judiciaire multiniveaux de l'Union dont l'art. 19§1 TUE consacre l'existence. Pour le dire autrement, lorsque les juges nationaux agissent en tant que juges de l'Union européenne, ils sont assujettis aux mêmes standards que ceux auxquels l'Union européenne s'assujettit elle-même. Il en va de la légitimité de l'application juridictionnelle du droit de l'Union mais également de la coopération entre juges nationaux et Cour de justice. En particulier, dans le cadre de la procédure préjudicielle, la Cour de justice se trouve en relation directe avec les juridictions nationales, sur l'indépendance desquelles elle doit pouvoir compter et qui constitue l'une des conditions pour qu'un organe étatique soit considéré comme une « juridiction » au sens de ladite procédure.

En conclusion, on peut constater une « diffusion » du standard de l'Etat de droit dans le système constitutionnel de l'Union. De standard permettant d'étendre, dans une certaine mesure, l'office de la Cour de justice, il est devenu un standard de référence pour le juge national, juge de droit commun de droit de l'Union, dans un contexte de crise de l'Etat de droit dans plusieurs pays européens. Pour l'heure, c'est essentiellement le principe d'indépendance de la justice qui a été mobilisé dans la jurisprudence de la Cour. Cette focalisation résulte probablement du contexte : c'est essentiellement cet aspect de l'Etat de droit qui est en cause actuellement en Pologne et en Hongrie. Or, l'indépendance n'est que l'un des principes constitutifs de l'Etat de droit. On peut alors se demander si, à cette diffusion du standard de l'Etat de droit aux Etats membres, succèdera une densification de celui-ci, incluant l'ensemble des principes constitutifs de l'Etat de droit. »

Dans un autre article, Sébastien Platon aborde les ambiguïtés attachées à la mise en oeuvre nationale du droit de l'Union au sens de l'article 51 de la Charte : « *La portée de l'applicabilité aux Etats membres de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne souffre d'une certaine ambiguïté liée aux termes utilisés à l'article 51, et notamment à la notion de « mise en oeuvre » du droit de l'Union par les Etats membres. Deux arrêts récents, l'arrêt Akerberg Fransson et l'arrêt Melloni, sont venus apporter certaines précisions. Le premier semble confirmer une conception large mais limitée de l'applicabilité de la Charte aux Etats membres. Le deuxième apporte d'intéressante précisions sur la coexistence des standards européens et nationaux de protection des droits fondamentaux dans le champ d'application de la Charte. Ces deux arrêts apportent d'instructifs éclairages sur la notion de mise en oeuvre nationale du droit de l'Union au sens de l'article 51 de la Charte. »*[272]

En France, préalablement à la ratification du Traité de Lisbonne par le Parlement réuni en congrès, le président de la République a saisi le Conseil constitutionnel pour requérir son avis sur la compatibilité de ce nouveau traité avec la Constitution française d'alors.

[272] *La Charte des droits fondamentaux et la « mise en œuvre » nationale du droit de l'Union : précisions de la Cour de justice sur le champ d'application de la Charte (à propos des arrêts Åklagaren et Melloni de la Cour de justice du 26 février 2013) :* https://www.academia.edu/4411322/La_Charte_des_droits_fondamentaux_et_la_mise_en_%C5%93uvre_nationale_du_droit_de_l_Union_pr%C3%A9cisions_de_la_Cour_de_justice_sur_le_champ_d_application_de_la_Charte_%C3%A0_propos_des_arr%C3%AAts_%C3%85klagaren_et_Melloni_de_la_Cour_de_justice_du_26_f%C3%A9vrier_2013_

Cette saisine a permis au Conseil constitutionnel, outre sa décision établissant à une non-conformité partielle et appelant en conséquence à une modification de la Constitution rendant possible ladite ratification, de rappeler dans ses considérants :

« 3. Considérant que, par le préambule de la Constitution de 1958, le peuple français a proclamé solennellement « son attachement aux droits de l'homme et aux principes de la souveraineté nationale tels qu'ils ont été définis par la Déclaration de 1789, confirmée et complétée par le préambule de la Constitution de 1946 » ;

4. Considérant que, dans son article 3, la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen énonce que « le principe de toute souveraineté réside essentiellement dans la nation » ; que l'article 3 de la Constitution de 1958 dispose, dans son premier alinéa, que « la souveraineté nationale appartient au peuple qui l'exerce par ses représentants et par la voie du référendum » ;

5. Considérant que le préambule de la Constitution de 1946 proclame, dans son quatorzième alinéa, que la République française se « conforme aux règles du droit public international » et, dans son quinzième alinéa, que « sous réserve de réciprocité, la France consent aux limitations de souveraineté nécessaires à l'organisation et à la défense de la paix » ;

6. Considérant que, dans son article 53, la Constitution de 1958 consacre, comme le faisait l'article 27 de la Constitution de 1946, l'existence de « traités ou accords relatifs à l'organisation internationale » ; que ces traités ou accords ne peuvent être ratifiés ou approuvés par le Président de la République qu'en vertu d'une loi ;

7. Considérant que les conditions dans lesquelles la République française participe aux Communautés européennes et à l'Union européenne sont fixées par les dispositions en vigueur du titre XV de la Constitution, hormis celles du second alinéa de l'article 88-1 qui est relatif au traité établissant une Constitution pour l'Europe, lequel n'a pas été ratifié ; qu'aux termes du premier alinéa de l'article 88-1 de la Constitution : « La République participe aux Communautés européennes et à l'Union européenne, constituées d'États qui ont choisi librement, en vertu des traités qui les ont instituées, d'exercer en commun certaines de leurs compétences » ; que le constituant a ainsi consacré l'existence d'un ordre juridique communautaire intégré à l'ordre juridique interne et distinct de l'ordre juridique international ;

8. Considérant que, tout en confirmant la place de la Constitution au sommet de l'ordre juridique interne, ces dispositions constitutionnelles permettent à la France de participer à la création et au développement d'une organisation européenne permanente, dotée de la personnalité juridique et investie de pouvoirs de décision par l'effet de transferts de compétences consentis par les États membres ;

9. Considérant, toutefois, que, lorsque des engagements souscrits à cette fin contiennent une clause contraire à la Constitution, remettent en cause les droits et libertés constitutionnellement garantis ou portent atteinte aux conditions essentielles d'exercice de la souveraineté nationale, l'autorisation de les ratifier appelle une révision constitutionnelle ;

10. Considérant que c'est au regard de ces principes qu'il revient au Conseil constitutionnel de procéder à l'examen du traité de Lisbonne, ainsi que de ses protocoles et de son annexe ; que sont toutefois soustraites au contrôle de conformité à la Constitution celles des stipulations du traité qui reprennent des engagements antérieurement souscrits par la France ; »[273]

Plus récemment, en avril 2021, s'opposant partiellement à la reconnaissance d'une décision de la CJUE encadrant la possibilité pour les Etats de recourir à la surveillance généralisée des échanges numériques, le Conseil d'Etat a arrêté à cet égard la position suivante : *« Tout en*

[273] *Décision n° 2007-560 DC du 20 décembre 2007 :* https://www.conseil-constitutionnel.fr/decision/2007/2007560DC.htm

consacrant l'existence d'un ordre juridique de l'Union européenne intégré à l'ordre juridique interne, l'article 88-1 confirme la place de la Constitution de 1958 au sommet de ce dernier. Il appartient au juge, s'il y a lieu, de retenir de l'interprétation que la Cour de justice de l'Union européenne a donnée des obligations résultant du droit de l'Union la lecture la plus conforme aux exigences constitutionnelles autres que celles qui découlent de l'article 88-1, dans la mesure où les énonciations des arrêts de la Cour le permettent. Dans le cas où l'application d'une directive ou d'un règlement européen, tel qu'interprété par la Cour de justice de l'Union européenne, aurait pour effet de priver de garanties effectives l'une de ces exigences constitutionnelles, qui ne bénéficierait pas, en droit de l'Union, d'une protection équivalente, le juge administratif, saisi d'un moyen en ce sens, doit l'écarter dans la stricte mesure où le respect de la Constitution l'exige. »[274]

Invité à aborder la question fondamentale de l'autorité du droit européen lors du Congrès du 25ème anniversaire de l'Académie de droit européen (ERA) à Trèves, en octobre 2017[275], Jean-Marc Sauvé conclut son intervention en ces termes : « *La vigueur des débats et l'acuité des tensions qui ont vu le jour ou peuvent exister entre les juridictions nationales suprêmes et la Cour de justice de l'Union européenne ne doivent pas faire oublier que cette dernière a su faire preuve de mesure et d'esprit de conciliation dans de nombreux cas. Les décisions Melki, Aranyosi, ou même Gauweiler, témoignent de la volonté de la Cour de s'inscrire dans un véritable dialogue avec les plus hautes juridictions nationales. L'une des solutions aux conflits susceptibles de surgir réside, comme la décision Aranyosi l'a montré, dans l'élévation des standards européens de contrôle – en l'occurrence, des mandats d'arrêt européens –, de telle sorte que puisse être évité un écart entre la garantie nationale des droits fondamentaux – qui serait plus élevée – et la garantie européenne – qui serait plus lâche. Seul un dialogue régulier et approfondi des juridictions nationales suprêmes et des juridictions européennes peut permettre une articulation des ordres juridiques qui ne se fasse au détriment ni de l'autorité du droit de l'Union, ni de celle des normes suprêmes de droit national.*

Ce dialogue peut être rugueux et sans complaisance. Il doit cependant se conclure dans la convergence et la concorde. Parce que nous sommes des juges, il nous appartient de respecter la hiérarchie des normes qui s'impose à nous, le mandat qui nous est donné par les textes fondateurs qui nous instituent et la légitimité démocratique, dès lors que nous appliquons des lois qui sont l'expression de la souveraineté populaire. Parce que nous sommes des juges, nous sommes aussi des sages ou nous devons nous efforcer de l'être. Par conséquent, il ne peut être envisagé de se résoudre à des chocs frontaux et il convient de tout mettre en œuvre pour préserver les acquis de la construction européenne à laquelle les juges ont apporté une éminente contribution. Ce que nous avons entrepris ensemble depuis 60 ans, à tous les niveaux des pouvoirs publics, y compris au niveau juridictionnel, est plus important que ce qui peut séparer les juges nationaux et européens. Il nous faut par conséquent maintenir et faire progresser cette construction. Les techniques de conciliation et d'articulation entre les ordres et les principes juridiques doivent nous permettre de surmonter les difficultés conjoncturelles auxquelles nous pouvons être confrontés. Il y a toujours d'autres solutions à trouver que le refuge ou le repli dans l'absolutisation des principes et des jurisprudences nationales ou le glissement dans l'activisme judiciaire au niveau européen : l'élévation de la garantie des droits fondamentaux pour assurer des protections équivalentes aux plans européen et national en fait clairement partie. C'est ainsi que nous respecterons la primauté, l'unité et l'effectivité du droit de l'Union et que nous sauvegarderons les légitimes identités constitutionnelles nationales. Les

[274] *Décision 393099 du 21 avril 2021* : https://www.conseil-etat.fr/fr/arianeweb/CE/decision/2021-04-21/393099
[275] *L'autorité du droit de l'Union européenne : le point de vue des juridictions constitutionnelles et suprêmes :* https://www.conseil-etat.fr/actualites/discours-et-interventions/l-autorite-du-droit-de-l-union-europeenne-le-point-de-vue-des-juridictions-constitutionnelles-et-supremes

premières et les secondes sont appelées à coexister durablement et pacifiquement et à se conjuguer dans une dynamique qui permettra de combler les angles morts de la mise en cohérence de nos systèmes de droit et de surmonter et régler les points de désaccord qui pourraient encore surgir. »

S'inscrivant dans le droit fil de l'avis exprimé par Jean-Marc, les grandes juridictions nationales françaises (Conseil constitutionnel, Conseil d'Etat, ...) ont néanmoins pris le parti de composer quotidiennement des "partitions juridiques" qui entérinent *de jure* la suprématie du droit européen en usant des marges de manoeuvre dont elles disposent pour prendre leurs décisions et arrêts.

Ainsi, sous l'influence du droit européen, le Parlement français a introduit une certaine dose de proportionnalité dans certains de ses choix législatifs et le Conseil constitutionnel a approfondi son contrôle, initialement limité au contrôle de l'adéquation et parfois de la nécessité, au profit du triple test de proportionnalité : *« Exempli gratia, les récentes décisions du Conseil constitutionnel postulent pour cette emprise grandissante de la CEDH dans le droit français. Assurément, le Conseil constitutionnel fait désormais une référence explicite et presque systématique, dans ses visas, à la jurisprudence européenne, il opère également un contrôle beaucoup moins abstrait mêlé à un contrôle de proportionnalité, et tente d'uniformiser au maximum sa position aux standards européens. Dans le même temps, la CEDH a fait écho à l'entreprise du juge constitutionnel français en affirmant, implicitement pensons-nous, la compatibilité de celui-ci aux exigences européennes dans l'arrêt Jacky Renard c. France, confortant alors son entreprise. En sus, la puissance de la CEDH touche également le droit supranational, en témoigne l'arrêt Caldararu de la CJUE dans lequel elle tient compte des positions de la CEDH et fait évoluer son contrôle dans le même sens qu'elle – ayant également des conséquences en droit interne. »*[276].

- *Le revirement de jurisprudence du Conseil constitutionnel constitue un gage de progrès pour l'Etat de droit*

Pour le professeur Thierry Di Manno, le revirement de jurisprudence est, tout à la fois, un gage de légitimité pour le Conseil constitutionnel et un gage de progrès pour l'État de droit, sans remettre en cause la stabilité de la jurisprudence du Conseil constitutionnel :

« Comme l'a souligné pertinemment P. Pactet, « les revirements de jurisprudence ne (sont) pas plus fréquents que les révisions constitutionnelles ». En effet, le phénomène des revirements ne prend pas dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel une ampleur considérable. […] Il est possible, néanmoins, que ce phénomène, qui s'est d'ailleurs accentué ces dernières années, connaisse une sorte de progression naturelle dans l'avenir, dans la mesure où le revirement est inhérent au développement de la jurisprudence constitutionnelle. Il reste qu'il serait excessif, caricatural et injuste de voir dans cette vingtaine de revirements l'inconstance du Conseil constitutionnel. Au contraire, le Conseil constitutionnel est attaché à assurer la plus grande continuité à son œuvre jurisprudentielle, qui est d'ailleurs largement facilitée par le renouvellement partiel du collège tous les trois ans. L'autorité persuasive de sa jurisprudence […] joue, donc, pleinement à l'égard du Conseil constitutionnel lui-même. Tout en restant exceptionnel, le revirement apparaît, dans ces conditions, comme l'élément indispensable à la respiration de la jurisprudence constitutionnelle.

[276] *Cf.* Thomas Escach-Dubourg *in Le contrôle concret de conventionnalité des Lois du Juge administratif et l'exigence de prévisibilité juridique :* https://www.academia.edu/35271196/Thomas_Escach_Dubourg_Le_contr%C3%B4le_concret_de_conventionnalit%C3%A9_des_Lois_du_Juge_administratif_et_lexigence_de_pr%C3%A9visibilit%C3%A9_juridique_M%C3%A9moire_de_recherche_sous_la_direction_de_M_le_Professeur_Xavier_BIOY_Universit%C3%A9_Toulouse_1_Capitole_2017_233_p

[…] les revirements ne s'inscrivent jamais véritablement en rupture avec l'évolution générale de la jurisprudence. Ils en confortent, le plus souvent, la cohérence. Il est possible même d'affirmer que, lorsqu'ils touchent à la garantie des droits, les revirements semblent être à sens unique. En effet, ces revirements-là, qui sont les plus nombreux, marquent tous un renforcement de la protection des droits et libertés constitutionnellement garantis. Tout entier pétri de son rôle de gardien des droits fondamentaux constitutionnels, le Conseil constitutionnel ne peut raisonnablement pas utiliser le revirement pour porter atteinte à son image. Pour cela, le revirement qui marque une régression dans la garantie des droits, est nécessairement exclu par le Conseil constitutionnel.

Il n'y a sans doute pas là le respect d'une obligation constitutionnelle, mais, plus vraisemblablement, une contrainte que le Conseil constitutionnel s'impose à lui-même.»[277]

[277] *Les revirements de jurisprudence du Conseil constitutionnel français :* https://www.conseil-constitutionnel.fr/nouveaux-cahiers-du-conseil-constitutionnel/les-revirements-de-jurisprudence-du-conseil-constitutionnel-francais

Quelques pistes de progrès sur le registre du droit

« Faisons face au temps comme il nous cherche »

(Shakespeare)

« La numérisation est désormais un fait social quasiment total, même si beaucoup d'inégalités d'accès aux réseaux persistent : elle symbolise en tout cas des potentialités considérables d'un point de vue sociétal, politique et économique.

Le numérique change nos vies privées et publiques

Les pratiques sociales sont elles-mêmes en métamorphose majeure : l'accès aux réseaux offre des capacités de décentrement dans la construction de soi, intervenant ainsi sur les imaginaires institués, et les expériences de socialité en ligne ont en ce sens une dimension existentielle à part entière. Les individus sont susceptibles d'être ouverts à des sources d'influence culturelles, intellectuelles, affectives ou idéologiques beaucoup plus variées qu'autrefois.

La variété des supports technologiques permet de créer des sensibilités plus ouvertes à des expressions culturelles hétérogènes, ainsi qu'à des causes transnationales.

Les pratiques politiques, par le biais des mobilisations sociales en ligne, évoluent en faveur de davantage de transparence dans l'organisation de la vie commune. Tour à tour émetteurs, récepteurs et relais d'information, les citoyens sont désormais en mesure de s'attaquer à la traditionnelle culture du secret du pouvoir étatique. De Wikileaks aux Panama Papers, l'ère numérique permet l'ouverture de brèches de contournement des ordres institués assez inédites.

Une culture de l'horizontalité s'est imposée depuis que nous vivons en réseau et que nous sommes devenus hyperconnectés. »[278]

Si 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 la Legal-tech, la Civic-tech[279] ou la "Social-tech[280], les vulnérabilités qui pèsent sur la disponibilité en continu du web et d'Internet[281,282,283,284,285] ou sur l'environnement[286] 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 alors même que les capacités

[278] *Cf.* Pierre-Antoine Chardel *in Quelles orientations numériques en France : un enjeu démocratique et citoyen :* https://theconversation.com/quelles-orientations-numeriques-en-france-un-enjeu-democratique-et-citoyen-170053

[279] *Cf.* https://digital-society-forum.orange.com/fr/les-forums/878-la-civic-tech-une-revolution-democratique

[280] *Cf.* https://digital-society-forum.orange.com/fr/les-forums/882-la-social-tech-le-numerique-au-service-de-linnovation-sociale

[281] *What would happen if the Internet collapsed?* : https://computer.howstuffworks.com/internet/basics/internet-collapse1.htm

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

[283] *Sécurité et vulnérabilité de l'Internet et des réseaux sous les océans :* https://www.mag-securs.com/news/id/36095/securite-et-vulnerabilite-de-l-internet-et-des-reseaux-sous-les-oceans.aspx

[284] *En 2050, internet sera-t-il toujours debout ? :* https://www.cnetfrance.fr/news/en-2050-internet-sera-t-il-toujours-debout-39891341.htm?fbclid=IwAR1ds0GrZ20tS6b2Fb1FYpjTUhNaDLe_APaafIlIP8yLWgWqHoduGxPI6tk

[285] *Sans les câbles sous-marins, plus d'Internet : l'Europe est-elle prête ?* https://theconversation.com/sans-les-cables-sous-marins-plus-dinternet-leurope-est-elle-prete-169858

[286] *Cf.* Anne-Cécile Orgerie et Laurent Lefèvre *in Le vrai coût énergétique du numérique :* https://www.pourlascience.fr/sd/environnement/le-vrai-cout-energetique-du-numerique-20490.php

94

de calcul et de stockage de l'information continuent de croître[287][288] et qu'une nouvelle génération d'internet est en préparation (le 'métavers')[289].

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.

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.* »[290]

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.

Il est indispensable de 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 4ème révolution industrielle et par les recommandations puissantes du '*Great Reset*'[291] qui a trouvé dans la pandémie de la Covid19 une occasion historique pour son amorçage[292], aucune réponse nationale ou régionale ne parviendra seule à résoudre les problématiques soulevées en matière d'éthique ou de droit.

---

[287] *Cf.* Jean-Paul Delahaye *in Le monde numérique passe au Zetta :* https://www.pourlascience.fr/sd/informatique/le-monde-numerique-passe-au-zetta-22402.php

[288] *« En 2020, l'humanité a produit 45 zettaoctets1 de données numériques. Ce volume devrait atteindre 175 Zo en 2025. Face à cette croissance vertigineuse des données, les supports actuels (optiques, bandes magnétiques ou disques durs) semblent avoir atteint leurs limites : fragiles, ils ont une espérance de vie de 5 à 7 ans ; énergivores, les data centers qui les accueillent consomment désormais près de 2 % de la production électrique mondiale ; volumineux, enfin, car la surface occupée par ces infrastructures ne cesse de croître elle aussi : 167 km² à l'échelle mondiale. Or, avec l'essor de l'intelligence artificielle et l'avènement du big data, la demande en octets n'est pas près de diminuer. « En matière de stockage de données générées, nous vivons à crédit depuis quelques années. Si nous sommes aujourd'hui capables d'en stocker 30 %, sans rupture technologique, ce chiffre pourrait tomber à 3 % dans les prochaines décennies », alerte Stéphane Lemaire, chercheur au Laboratoire de biologie computationnelle et quantitative. Pourtant, stockée sur de l'ADN, l'intégralité des données mondiales pourrait tenir dans le volume d'une boîte à chaussures. L'ADN constituerait ainsi une solution envisagée et envisageable pour les données dites froides (environ 70 % des données générées chaque année), rarement consultées mais néanmoins précieuses, telles les archives. L'idée d'utiliser l'ADN comme support d'information numérique n'est pas nouvelle : dès 1959, le physicien américain Richard Feynman, prix Nobel en 1965, l'avait déjà suggérée. Mais ce n'est qu'en 2012 que celle-ci s'est concrétisée.* « Toutefois, les technologies de stockage actuelles sont toutes basées sur des méthodes chimiques, physiques et mathématiques ; la piste biologique n'avait pas encore été explorée », *souligne Stéphane Lemaire.* »
Source : *https://lejournal.cnrs.fr/articles/stockage-de-donnees-la-revolution-sur-adn)*

[289] *Qu'est-ce que le métavers ?* https://www.francetvinfo.fr/economie/bitcoin/on-vous-explique-ce-qu-est-le-metavers-l-internet-du-futur-qui-fait-rever-la-tech_4757523.html

[290] *Le numérique, nouvel objet du droit constitutionnel :* https://www.conseil-constitutionnel.fr/nouveaux-cahiers-du-conseil-constitutionnel/le-numerique-nouvel-objet-du-droit-constitutionnel

[291] *The Great Reset* : https://www.weforum.org/great-reset/

[292] *Cf. Global Technology Governance Report 2021* : https://fr.weforum.org/reports/global-technology-governance-report-2021?fbclid=IwAR2SFZPDYYCBGfqY8AeZr0ym9Y_uNYQaQ5a1kndzPIXNJIglr8mBkD_2QRM

- *La société mondiale s'est mise en mouvement*

Des initiatives internationales émergent, comme le *Global Coalition for Digital Safety* du Forum économique mondial de Davos[293], ou encore comme le projet *TrustStamp*[294] de Mastercard et de l'organisation internationale Gavi, dont les promoteurs ont annoncé lors du *Global Vaccine Summit* qu'il serait adapté à la lutte contre le Covid19. Les trois premières briques existent déjà.

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.[295]

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 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. »*

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 l'épreuve des faits à l'égard des technologies convergentes de type NBIC[296] comme à l'égard des systèmes d'armes létales autonomes[297].

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 ?

---

[293] *« The Global Coalition for Digital Safety aims to accelerate public-private cooperation to tackle harmful content online and will serve to exchange best practices for new online safety regulation, take coordinated action to reduce the risk of online harms, and drive forward collaboration on programs to enhance digital media literacy. »*
Cf. notamment *Advancing Digital Safety: A Framework to Align Global Action :*
https://www.weforum.org/whitepapers/advancing-digital-safety-a-framework-to-align-global-action

[294] le projet TrustStamp est une application combinant une identité biométrique, un carnet de vaccination et un système de paiement avec reconnaissance biométrique.

[295] *Cf.* https://www.wto.org/french/res_f/reser_f/wtr_f.htm

[296] *« Les NBIC permettent de manipuler la matière à l'échelle des atomes et des molécules. Or, à cette échelle, l'organique ne se distingue plus de l'inorganique, le vivant de l'inerte, l'homme de la machine, ce qui rend possible la combinaison des deux. Les ambitions des NBIC sont portées, à leur plus haut niveau, par les transhumanistes, qui souhaitent que l'humanité prenne en charge sa propre évolution. Ils prônent le passage de l'humanité telle que nous la connaissons actuellement à une post-humanité, c'est-à-dire à une humanité technologiquement augmentée et débarrassée des limites naturelles de l'être humain : d'une part combattre la maladie, le handicap, la vieillesse et la sénescence, et empêcher la mort ; d'autre part augmenter les capacités humaines et notamment les facultés cognitives et physiques. »*
Cf. Nicolas Crozatier ***in*** *Transhumanisme et héritage prométhéen : cartographie des mondes posthumains :*
https://dumas.ccsd.cnrs.fr/dumas-01146997?fbclid=IwAR1P5SGL50fU8UZD87SLCGAIcXylnD4n-EE9RV0rqsuZYcS13OuQ9U5pcQ4
Thierry Berthier *in* *Convergence technologique : l'homme, la machine et la société :*
https://theconversation.com/convergence-technologique-lhomme-la-machine-et-la-societe-76044
Françoise Roure in *Nanosciences et technologies convergentes : quelle économie politique ? :*
https://www.dailymotion.com/video/x5hc38v
Patrice Cardot et Bertrand de Montluc *in* *Nouvelles sciences et technologies : enjeux de sécurité et problématique de responsabilité internationale :* http://regards-citoyens.over-blog.com/article-28826015.html
ainsi que *Du besoin de gouvernance des activités bio et nanotechnologiques convergentes :*
http://regards-citoyens.over-blog.com/article-27955331.html

[297] *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

Mireille Delmas-Marty appelle à prendre pleinement acte que : *« Gouverner la mondialisation par le droit implique de construire un Etat 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 Etat 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'Etat 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. »*[298]

[298] *A l'ère du coronavirus, gouverner la mondialisation par le droit :* https://legrandcontinent.eu/fr/2020/03/18/coronavirus-mondialisation-droit-delmas-marty/

- *Aller au-delà en organisant de nouvelles 'roues de secours juridiques'*

Le professeur Serge Sur identifie les raisons structurelles qui expliquent le retard du droit dans ce domaine comme dans d'autres, et suggère deux pistes qui permettent de le réduire : *« Ce sont les blocages, incertitudes, ambiguïtés, contradictions des changements souhaités qui entravent une transformation ordonnée et conduisent à la complexité de mesures partielles, d'autorité discutable. La codification du droit international en offre une illustration. Dans le cadre de l'ONU, depuis 1948, la Commission du droit international, organe subsidiaire de l'Assemblée générale, a été chargée de proposer des projets de codification du droit et de son développement progressif. Elle a connu de notables succès, avec de grandes conventions, sur les relations diplomatiques, consulaires, avec le droit des traités entre États. Mais elle n'a pas su adapter le droit de la mer, qui a fait l'objet de négociations séparées, et depuis quelques décennies elle semble incapable d'assurer la réussite de nouvelles conventions. Le projet sur la responsabilité internationale est ainsi resté sur cales. Alors, quelles solutions alternatives ?*

Quelles roues de secours juridiques ? La première de ces roues de secours est le contrat, la technique juridique la plus souple, la plus universelle, qui peut relever aussi bien du droit interne que du droit international, voire d'un droit ad hoc qui rentre dans la catégorie indéfinie du droit transnational. Le contrat est aussi la formule la plus inégalitaire en la matière, puisque dans le domaine des nouvelles technologies les accords sont le plus souvent d'adhésion, et que le choix du droit de référence comme de la juridiction compétente font la part belle à ceux qui maîtrisent les services et leurs infrastructures. L'exemple le plus manifeste est le droit d'Internet, largement soumis au droit interne américain et plus spécialement californien. Il n'offre que des garanties limitées aux utilisateurs, réserve faite de l'ordre public interne des États concernés, comme les dérives dans l'utilisation des données personnelles par Facebook l'ont récemment illustré. Malgré les inconvénients de la formule, les États, incapables de s'entendre sur des conventions internationales, s'accommodent par défaut du droit américain, même si la tendance à restreindre davantage la liberté de ces nouvelles puissances non étatiques, puissances économiques et intellectuelles, se développe. Mais l'intervention des États en la matière se manifeste plutôt par la négociation avec les entreprises concernées que par l'édiction de mesures unilatérales, comme si des contrats devaient permettre d'encadrer et de régulariser d'autres contrats. Certains pays ont même nommé des « ambassadeurs » auprès des GAFA.

La seconde roue de secours est la jurisprudence, solution a posteriori et aléatoire, puisque la compétence des juridictions internes demande préalablement à être établie. La jurisprudence est également le fruit d'une régulation par défaut, puisque, en l'absence d'un droit interne spécifique, il lui faut s'appuyer sur des principes généraux pour sauvegarder des droits particuliers. Elle est surtout interne, mais la C.E.D.H. peut également être impliquée. Les solutions particulières peuvent conduire à des normes imparfaites puisqu'au statut incertain comme celui de toute jurisprudence. Ces normes reposent sur une conception réticulaire plus que pyramidale du droit, celle du dialogue des juges relevant de systèmes juridiques différents afin de rechercher des réponses compatibles à des problèmes comparables. Ce n'est cependant qu'un pis-aller, sans certitude et sans légitimité. … »[299]

Selon Mireille Dumas-Marty, professeure honoraire au Collège de France et membre de l'Académie des sciences morales et politiques *: « 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*

[299] *Réflexions sur l'inventivité et le droit* (Actes du colloque du 30 mars 2017 sur le thème *'L'inventivité - Aspects de sciences politique et juridique' in Revue du Centre Michel de l'Hospital*, n° 14, juin 2018, pp. 90-97)
https://www.afri-ct.org/wp-content/uploads/2018/07/Contribution-S.-SUR.pdf

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)

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

- *Renforcer l'Etat de droit au sein de l'UE et renforcer sa souveraineté numérique*

Dans son discours sur l'état de l'UE devant le Parlement européen, le 16 septembre 2020, la présidente de la Commission européenne a appelé l'UE à faire des prochaines années la *« décennie numérique »* de l'Europe. Le 9 mars 2021, l'institution qu'elle préside a présenté une communication [300] qui répond à l'invitation du Conseil européen à présenter une *« boussole numérique »*[301] ; et elle s'appuie sur la stratégie numérique de la Commission de février 2020[302]. Cette communication propose de convenir d'un ensemble de principes numériques, de lancer rapidement d'importants projets multinationaux et de préparer une proposition législative établissant un cadre de gouvernance solide pour suivre les progrès – la boussole numérique.

Cette communication met en exergue la question fondamentale des principes numériques permettant de garantir le respect des droits et valeurs de l'Union.

« Les droits et les valeurs de l'UE sont au cœur de la voie centrée sur l'humain balisée aujourd'hui en matière de numérique. Ils devraient pleinement se refléter dans l'espace en ligne, comme dans le monde réel. C'est pourquoi la Commission propose d'élaborer un cadre de principes numériques, tels que l'accès à une connectivité de haute qualité, à des compétences numériques suffisantes, aux services publics, à des services en ligne équitables et non discriminatoires et, de façon plus générale, de faire en sorte que les droits applicables hors ligne puissent être totalement exercés en ligne. Ces principes seraient discutés dans le cadre d'un large débat sociétal et pourraient être inscrits dans une déclaration interinstitutionnelle solennelle du Parlement européen, du Conseil et de la Commission. Ils se baseraient sur le socle européen des droits sociaux[303] et le compléteraient. Enfin, la Commission propose de

[300] *Une boussole numérique pour 2030 : l'Europe balise la décennie numérique :* https://eur-lex.europa.eu/legal-content/FR/TXT/HTML/?uri=CELEX:52021DC0118&from=en

[301] https://www.consilium.europa.eu/media/45918/021020-euco-final-conclusions-fr.pdf

[302] *Façonner l'avenir numérique de l'Europe :* https://ec.europa.eu/info/sites/default/files/communication-shaping-europes-digital-future-feb2020_fr.pdf

[303] *Les 20 principes du socle européen des droits sociaux :* https://ec.europa.eu/info/sites/default/files/social-summit-european-pillar-social-rights-booklet_fr.pdf

vérifier au moyen d'un Eurobaromètre annuel si les Européens ont le sentiment que leurs droits numériques sont respectés. »

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, 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 annuel[304] 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. »[305]

Le cadre juridique du numérique est fondé sur des valeurs qui façonnent une voie européenne, notamment la protection des données personnelles et de la vie privée, la promotion de l'intérêt général, par exemple dans la gouvernance des données.

Le texte emblématique de l'approche européenne est le règlement sur la protection des données personnelles (RGPD) adopté en 2016, qui vise la maîtrise de ses données par le citoyen, maîtrise qui s'apparente à une forme de souveraineté individuelle. Ce règlement est souvent présenté comme un succès et un modèle, même si cela doit être relativisé.

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 CJUE a invalidé le *'Privacy Schield',* 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

[304] *Rapport 2020 sur l'Etat de droit - La situation de l'Etat de droit dans l'Union européenne :* https://eur-lex.europa.eu/legal-content/FR/TXT/PDF/?uri=CELEX:52020DC0580

[305] *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-proteger*

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.[306] 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 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.

De son côté, le Conseil européen a tenu à manifester formellement son attachement à voir l'UE poursuivre ses diverses initiatives en faveur de la transformation numérique. Dans une déclaration en date du 27 mars 2021, les chefs d'Etat et de gouvernement ont tenu à souligner notamment les différents points suivants :

« Nous soulignons l'importance de la transformation numérique pour la reprise en Europe, pour sa prospérité, sa sécurité et sa compétitivité ainsi que pour le bien-être de nos sociétés. Dans ce contexte, nous rappelons les conclusions du Conseil européen des 1er et 2 octobre 2020 et celles des 10 et 11 décembre 2020.

De plus, nous insistons sur la nécessité d'accroître la souveraineté numérique de l'Europe de manière autodéterminée et ouverte, en tirant parti de ses atouts et en atténuant ses faiblesses et au moyen d'une action intelligente et sélective, en préservant des marchés ouverts et la coopération mondiale.

La communication de la Commission intitulée "Une boussole numérique pour 2030 : l'Europe balise la décennie numérique" constitue une étape en vue de tracer les contours du développement numérique de l'Europe pour la prochaine décennie. Nous invitons le Conseil à procéder rapidement à l'examen de cette communication en vue de l'élaboration du programme de politique numérique envisagé.

6. En outre:

a) nous invitons la Commission à recenser d'autres systèmes concernant des technologies critiques et d'autres secteurs stratégiques afin de renforcer et d'affiner l'approche stratégique européenne à leur égard ;

b) nous invitons la Commission à étoffer la boîte à outils stratégique de l'Union européenne pour la transformation numérique, tant à l'échelon de l'Union européenne qu'au niveau national, et à utiliser tous les instruments disponibles dans les domaines des politiques

[306] 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.

industrielle, commerciale et de la concurrence, des compétences et de l'éducation, de la recherche et de l'innovation, ainsi que les instruments de financement à long terme, afin de faciliter la transformation numérique ;

c) nous recommandons de mieux exploiter le potentiel que recèlent les données et les technologies numériques, dans l'intérêt de la société, de l'environnement et de l'économie, tout en veillant au respect des droits pertinents en matière de protection des données et de vie privée et des autres droits fondamentaux et en assurant la conservation des données nécessaire pour permettre aux services répressifs et aux autorités judiciaires d'exercer leurs pouvoirs légaux pour lutter contre les formes graves de criminalité; nous sommes conscients de la nécessité d'accélérer la création d'espaces communs de données, et notamment d'assurer l'accès aux données et leur interopérabilité; nous attendons avec intérêt la proposition de la Commission concernant un cadre réglementaire relatif à l'intelligence artificielle, ainsi que le réexamen du plan coordonné qui l'accompagnera, afin d'accélérer l'adoption de cette technologie tout en garantissant la sécurité et le plein respect des droits fondamentaux ; nous invitons la Commission à présenter rapidement les progrès accomplis et les mesures qu'il reste à prendre pour établir les espaces de données sectoriels annoncés dans la stratégie européenne pour les données de février 2020 ;

d) nous invitons les colégislateurs à faire avancer rapidement les travaux sur les propositions relatives à la législation sur les services numériques, à la législation sur les marchés numériques et à l'acte sur la gouvernance des données, en vue d'améliorer l'accès aux données ainsi que leur partage, leur mise en commun et leur réutilisation et de renforcer le marché unique des services numériques en créant un espace numérique plus sûr et des conditions équitables pour favoriser l'innovation et la compétitivité ;

e) nous invitons le Conseil à faire avancer les travaux sur le plan d'action pour la démocratie européenne ;

f) nous recommandons que les efforts de concertation internationale déployés par l'Union européenne et les États membres soient renforcés tant au niveau bilatéral que dans le cadre des instances et organisations concernées, en vue de promouvoir les normes numériques de l'UE et d'élaborer des règles numériques mondiales en étroite coopération avec des partenaires attachés aux mêmes principes. »[307]

Quand bien même la nécessité de proposer des réponses européennes et internationales aux défis posés à l'Etat de droit n'y figurent pas de manière explicite, il ressort néanmoins très clairement de cette déclaration une préoccupation commune des chefs d'Etat et de gouvernement de voir l'UE veiller au respect des droits pertinents en matière de protection des données et de vie privée et des autres droits fondamentaux.

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.

[307] *Déclaration des membres du Conseil européen :* https://www.consilium.europa.eu/media/49010/250321-vtc-euco-statement-fr.pdf

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* ».

Le renforcement de l'Etat de droit au sein de l'UE est l'une des conditions *sine qua non* du renforcement de la démocratie en Europe.

Des pistes de progrès ont été identifiées qui appellent à être mises en oeuvre.[308]

Mais en prenant rigoureusement en compte les recommandations formulées par Mireille Dumas-Marty rappelées ci-dessus.

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.

Des initiatives industrielles apparaissent qui proposent la constitution de *clouds* 'européens' telles qu'*EUCLIDIA* dont les fondateurs veulent proposer des technologies *cloud* 100 % européennes garanties sans fournisseurs américains ou chinois[309].

- *La Commission européenne élève la barre des exigences pour le secteur technologique*

Le 21 avril 2021, la Commission a établi de nouvelles règles et actions visant à faire de l'Europe le pôle mondial d'une intelligence artificielle (IA) digne de confiance[310].

« La combinaison du tout premier cadre juridique sur l'IA[311] et d'un nouveau plan coordonné avec les États membres[312] garantira la sécurité et les droits fondamentaux des citoyens et des entreprises, tout en renforçant l'adoption de l'IA, les investissements et l'innovation dans l'ensemble de l'UE. Cette approche sera complétée par de nouvelles règles concernant les machines, qui visent à accroître la confiance des utilisateurs dans la nouvelle génération polyvalente de produits en adaptant les dispositions relatives à la sécurité.

Le nouveau règlement sur l'IA garantira aux Européens qu'ils peuvent faire confiance à l'IA. Des règles proportionnées et souples, prévues pour faire face aux risques spécifiques liés aux systèmes d'IA constitueront l'ensemble de normes le plus strict au monde.

Le plan coordonné décrit les réorientations et les investissements qui seront nécessaires au niveau des États membres pour renforcer la position de premier plan de l'Europe dans le développement d'une IA centrée sur l'humain, durable, sûre, inclusive et digne de confiance.

---

[308] *Cf.* notamment à cet égard : *Protéger les contre-pouvoirs pour sauver l'État de droit* https://www.robert-schuman.eu/fr/questions-d-europe/0590-proteger-les-contre-pouvoirs-pour-sauver-l-etat-de-droit

[309] *Euclidia, l'alliance cloud 100 % européenne qui veut détrôner Gaia-X* : https://siecledigital.fr/2021/07/12/euclidia-alliance-cloud-europeenne/?__FB_PRIVATE_TRACKING__=%7B%22loggedout_browser_id%22%3A%22f6eee4987680fdf5e43eed2f2c339425fd226260%22%7D&fbclid=IwAR1QYbHQ0TWBb-0WcclvK0jAZ39wwC3zIfX5hCaF8wAAvim9MUgHE51shJk

[310] *Une Europe adaptée à l'ère numérique : La Commission propose de nouvelles règles et actions en faveur de l'excellence et de la confiance dans l'intelligence artificielle : https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/fr/IP_21_1682*

[311] *Proposal for a Regulation laying down harmonised rules on artificial intelligence (Artificial Intelligence Act) :* https://digital-strategy.ec.europa.eu/en/library/proposal-regulation-laying-down-harmonised-rules-artificial-intelligence-artificial-intelligence

[312] *Coordinated Plan on Artificial Intelligence 2021 Review :* https://digital-strategy.ec.europa.eu/en/library/coordinated-plan-artificial-intelligence-2021-review

103

Les nouvelles règles, fondées sur une définition de l'IA à l'épreuve du temps, seront directement applicables dans tous les États membres. »

En ce qui concerne la gouvernance, la Commission propose que les autorités nationales compétentes de surveillance du marché veillent au respect des nouvelles règles dont la mise en œuvre sera facilitée par la création d'un comité européen de l'IA qui sera également chargé de stimuler l'élaboration de normes pour l'IA. En outre, la proposition prévoit des codes de conduite facultatifs pour les systèmes d'IA ne présentant pas de risque élevé, ainsi que des « bacs à sable réglementaires » afin de faciliter l'innovation responsable.

Par cette proposition de loi qui réglemente l'IA au travers une approche articulée sur une catégorisation des risques (risque inacceptable, risque élevé, risque limité et risque minimal), la Commission élève la barre des exigences pour le secteur technologique, comme elle l'a fait avec le *Digital Market Act* et le *Digital Services Act* ; par la cybersécurité, par la protection des données personnelles, par une garantie à la concurrence, et maintenant par la réglementation de l'IA.

La proposition de loi cite une longue liste de droits mis en question par l'IA, et que l'on trouve dans la Charte Européenne des droits fondamentaux. Parmi eux, le respect de la vie privée, la protection des données personnelles, la non-discrimination. Pour ce qui est de la responsabilité, l'accent est mis sur le fournisseur de service, même si les développeurs seront tenus de suivre tout un processus de mise en conformité avant d'introduire leur produit sur le marché. Le tampon CE sera utilisé pour manifester cette conformité, et attester du respect du règlement.

Margrethe Vestager**,** vice-présidente exécutive pour une Europe adaptée à l'ère du numérique, a déclaré à ce propos : *« En matière d'intelligence artificielle, la confiance n'est pas un luxe mais une nécessité absolue. En adoptant ces règles qui feront date, l'UE prend l'initiative d'élaborer de nouvelles normes mondiales qui garantiront que l'IA soit digne de confiance. En établissant les normes, nous pouvons ouvrir la voie à une technologie éthique dans le monde entier, tout en préservant la compétitivité de l'UE. À l'épreuve du temps et propices à l'innovation, nos règles s'appliqueront lorsque c'est strictement nécessaire : quand la sécurité et les droits fondamentaux des citoyens de l'Union sont en jeu. »*

Le Parlement européen et le Conseil sont appelés à adopter l'ensemble de ces propositions de la Commission dans le cadre de la procédure législative ordinaire. Une fois adoptés, les règlements seront directement applicables dans l'ensemble de l'UE. Parallèlement, la Commission continuera de collaborer avec les États membres à la mise en œuvre des actions annoncées dans le plan coordonné.

- *Répondre aux inquiétudes légitimes*

Mais cette initiative de réglementation inquiète.

D'un côté les entreprises s'alarment de risques sur leurs investissements, de l'autre les associations redoutent qu'un texte trop vague amène à des dérives.

Selon l'Union des libertés civiles pour l'Europe : « *Ces systèmes constituent une menace pour nos libertés individuelles, notamment le droit à l'éducation, le droit à un procès équitable, le droit à la vie privée et le droit à la liberté d'expression. Ils créent souvent une situation de déséquilibre des pouvoirs et ont d'énormes répercussions sur les droits fondamentaux des personnes. Il est inacceptable de déléguer leur évaluation des risques à des entreprises à but lucratif qui se concentrent sur l'obéissance aux règles lorsqu'elles y sont contraintes et non sur la protection des droits fondamentaux* ».

Access Now, association de défense des droits civils numériques, a rejoint une centaine de parlementaires européens pour appuyer le bannissement de plusieurs autres champs. C'est le

cas des IA permettant le contrôle des frontières et de l'immigration. Pour l'association, le projet est trop vague et par conséquent contient trop de failles. Access Now estime que le niveau de risque considéré comme inacceptable doit être plus clairement défini pour qu'il puisse servir à interdire de nouvelles formes d'IA par la suite.

La CNIL a également pointé cette nécessité de tracer des lignes rouges aux futurs usages de l'IA. Si dans l'ensemble, elle semble plutôt satisfaite des règles proposées par l'UE, elle fait tout de même part de quatre points de vigilance.[313]

L'ONG *Future of Life Institute* insiste sur le fait qu'une IA doit être abordée pour toutes ses utilisations et non pas pour une fonction unique. L'ONG craint que cela « *permette à des technologies de plus en plus évolutives d'échapper à l'examen réglementaire* ».

Parmi les entreprises s'étant prononcées sur la loi européenne d'encadrement de l'intelligence artificielle se trouvent Nokia, Philips, Siemens, le groupe BMW, Facebook, Google, IBM, Intel, Microsoft ou encore OpenAI. La majorité des commentaires apportés à la loi sur l'IA proviennent de structures issues de Belgique, de France, d'Allemagne et des États-Unis.

Eric Schmidt, l'ancien patron de Google juge que ce texte était un « désastre », en s'attaquant à un domaine encore trop récent pour être réglementé.

Facebook – devenue META - s'inquiète particulièrement des articles de loi concernant la publicité ciblée. Le patron de sa recherche en intelligence artificielle, le Français Yann Le Cun, qui est l'un des scientifiques à l'origine des intelligences artificielles modernes, regarde ainsi d'un oeil prudent le projet de réglementation européenne sur l'IA. Il estime qu'il ne faut pas chercher à réglementer l'IA en tant que telle, mais plutôt ses usages. *« Je suis plutôt partisan de réglementer »* une *« application particulière plutôt qu'une technologie »*.

Pour Yann Le Cun, le projet européen « *part d'une bonne intention* ». *« Il faut que les systèmes d'intelligence artificielle soient sécurisés, qu'ils ne mettent pas les personnes en danger, qu'ils respectent la vie privée »*, explique-t-il. *« Mais il faut se méfier de ne pas ralentir la recherche et la créativité des chercheurs, qui sont un peu le moteur de l'innovation de l'économie. L'Europe prendrait le risque de prendre du retard »* avec une réglementation de l'IA trop contraignante, a-t-il ajouté. En matière de reconnaissance faciale par exemple, il faut arriver à faire la part des choses entre les applications qui serviront *« de bonnes fins »*, et les autres, explique-t-il : *« La reconnaissance faciale ou la reconnaissance biométrique se révèlent absolument indispensables pour certains pays qui n'ont pas de moyens très simples de faire de l'authentification de l'identité »*, indique-t-il. *« Cela peut permettre à des gens d'avoir accès à un compte bancaire, à des services sociaux »*, voire, comme le fait la fondation Bill Gates, d'arriver à identifier des bébés par une photo de leur plante des pieds, pour éviter de les vacciner deux fois. « *En revanche, il faut des réglementations très strictes pour protéger la vie privée, éviter qu'on reconnaisse le visage de n'importe qui passe dans un espace public* ».

Mastercard s'oppose à ce que des programmes jugeant la solvabilité des personnes soient considérés comme à risque élevé arguant que cela diminue les évaluations de crédit. Plusieurs cas ont pourtant mis la lumière sur des discriminations au sein des algorithmes de prêts et de services financiers.

De son côté, Google indique qu'il sera très difficile, voire impossible, pour les développeurs de programmes d'IA de se conformer aux nouvelles règles européennes. Probablement pour simplifier les choses, Google souhaite qu'il y ait une distinction entre « *développeurs* », « *fournisseurs* », « *distributeurs* » et « *importateurs* ». Ainsi, l'ensemble des responsabilités ne

[313] Voir notamment *Ce que la CNIL pense du futur règlement sur l'intelligence artificielle :* https://siecledigital.fr/2021/07/09/cnil-lintelligence-artificielle-reglement-europeen/

reposerait pas uniquement sur le développeur mais aussi sur l'utilisateur de l'IA. Microsoft a formulé une demande similaire.[314]

- *Mieux prendre en compte les résolutions du Parlement européen*

Dans une résolution adoptée le 21 janvier 2021[315], le Parlement européen démontre également 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 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 sa position 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*

[314] *Cf.* notamment https://siecledigital.fr/2021/09/07/craintes-loi-europeenne-intelligence-artificielle/

[315] 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)) : https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/TA-9-2021-01-20_FR.html

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'Etat de droit (Point 93). »

Mais on peut déplorer que rien n'y figure s'agissant de la nécessité d'instaurer un régime de droit propre aux robots[316], ni même des recommandations à l'égard de la protection de l'humain face au robot[317], ou encore d'autres à l'égard du développement et de l'usage des systèmes d'armes létales autonomes (SALA) alors même que les enjeux éthiques et juridiques considérables qu'ils soulèvent font l'objet de discussions internationales.[318]

La France surveille de près les Sala. Dès 2018, Florence Parly, ministre des Armées, a exclu l'utilisation de « robots tueurs » et assuré que le pays respecterait le droit international. Si les robots autonomes sont rejetés, ceux qui agiraient en autonomie, mais sous les ordres d'un officier, retiennent l'attention des militaires.[319]

Pour le Comité international de La Croix-Rouge, le ciblage d'êtres humains avec des robots autonomes doit être exclu. L'institution juge leur comportement trop imprévisible et pointe la question de la responsabilité des actes de la machine. Des discussions sont en cours à Genève entre les pays membres de la Conférence pour le désarmement afin de s'accorder sur la définition des Sala. Une position commune doit être adoptée sur le sujet.

En 2009, l'UE a adopté un règlement sur les échanges de biens et technologies à double usage (civil et militaire) basé sur les lignes directrices de l'arrangement de Wassenar sur le contrôle des exportations d'armes conventionnelles et de biens et technologies à double usage ; un arrangement international qui ne réunit que 42 pays – dont les Etats-Unis, la Russie, le Royaume-Uni ou la France, mais pas Israël, par exemple. Si les Etats doivent contrôler leurs exportations et en faire rapport, ce cadre ne pose aucune interdiction. Ce système devait être adapté à l'évolution de l'environnement technologique, économique et politique.

---

[316] La singularité du robot dans l'espace juridique a vocation à s'accentuer ; symétriquement, tandis que la pertinence de la qualification de bien meuble décroît, la nécessité de doter le robot intelligent d'un statut juridique inédit se fait plus pressante. Ce mouvement en vase communiquant a ceci de particulier qu'il semble à la fois unilatéral et irréversible : la puissance de l'industrie robotique, l'implication des plus grands acteurs de l'économie numérique, l'importance des enjeux financiers, l'engouement de la recherche et l'appétence sociale constituent, ensemble, une assise particulièrement solide à l'avènement de la robotique intelligente. Une fois la rupture technologique consommée – résultant de la liberté dont disposera le robot, elle-même alimentée par ses capacités d'apprentissage –, le droit n'aura d'autre choix que de s'aligner.
107
L'ouvrage « Droit des robots » coécrit par Alain Bensoussan et Jérémy Bensoussan apporte de premières orientations juridiques. https://www.alain-bensoussan.com/droit-des-robots/
Voir également : *Droit des robots : quelle est l'autonomie de décision ?*
https://www.dailymotion.com/video/x5j5g1o

[317] Voir par exemple à cet égard Nathalie Nevejans *in Comment protéger l'être humain face aux robots ?*
https://www.dailymotion.com/video/x5j5god

[318] *Cf.* notamment à ce sujet le rapport d'information établi par les députés Claude de Ganay et Fabien Gouttefarde en conclusion des travaux d'une mission d'information *sur les* systèmes d'armes létaux autonomes :
https://www.assemblee-nationale.fr/dyn/15/rapports/cion_def/l15b3248_rapport-information
Cf. également Christine Dugoin-Clément *in Armes autonomes et soldats augmentés : quel impact sur les valeurs des armées ?*
https://theconversation.com/armes-autonomes-et-soldats-augmentes-quel-impact-sur-les-valeurs-des-armees-168295

[319] En 2021, une unité dénommée Vulcain a été créée pour tester les différents robots que pourrait utiliser l'armée à partir de 2025. Parmi les projets en cours de réflexion, des drones autonomes capables de surveiller une zone seuls et de faire des comptes rendus. Au Mali, de petits drones pilotés par des soldats permettent déjà de surveiller les abords des bivouacs.

Un nouveau règlement adopté au printemps 2021 par les institutions compétentes de l'UE vient renforcer les exigences de conformité pour les exportateurs et les obligations de contrôle au regard des risques pour les droits humains.[320]

« Ce sont des instruments utiles mais clairement insuffisants. On voit bien que les Etats continuent d'approuver des licences pour des technologies de surveillance, malgré les preuves d'abus » (Katia Roux, chargé de plaidoyer 'libertés' chez Amnesty International, cette association plaidant pour un renforcement drastique des contrôles, et une interdiction pure et simple de vendre de tels outils lorsqu'il existe un risque substantiel qu'ils soient utilisés pour porter atteinte aux droits humains).

De son côté, Michelle Bachelet, la Haute Commissaire aux droits de l'Homme de l'ONU réclame une meilleure réglementation de ces technologies.

- *Adapter la Charte des droits des droits fondamentaux de l'UE et entreprendre l'adhésion de l'UE à la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'Homme et des libertés fondamentales*

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 Etats membres y soit partie, l'UE n'est pas elle-même partie à la Convention en tant qu'organisation. Elle n'a notamment aucune compétence pour édicter des règles ou conclure des accords internationaux en matière de droits de l'homme.

---

[320] Règlement du Parlement européen et du Conseil instituant un régime de l'Union de contrôle des exportations, du courtage, de l'assistance technique, du transit et des transferts en ce qui concerne les biens à double usage (refonte) https://data.consilium.europa.eu/doc/document/PE-54-2020-INIT/fr/pdf

Les principaux éléments du règlement sur lequel l'accord est intervenu sont les suivants :

- afin de prévenir les violations des droits de l'homme et les menaces pour la sécurité liées à l'éventuelle utilisation abusive des technologies de cybersurveillance, les nouvelles règles prévoient des dispositions qui soumettent ces technologies à des contrôles à l'exportation plus stricts dans certaines circonstances
- en outre, le règlement comprend désormais un mécanisme de coordination au niveau de l'UE qui permet un plus grand échange entre les États membres en ce qui concerne l'exportation de biens de cybersurveillance
- le règlement introduit deux nouvelles autorisations générales d'exportation de l'UE pour l'exportation de biens à double usage (l'une pour les biens cryptographiques et l'autre pour les transferts intragroupes de technologies dans certaines circonstances), réduisant ainsi considérablement la charge administrative tant des entreprises que des autorités chargées de délivrer les licences
- le règlement renforce également l'application des contrôles grâce à une meilleure coopération entre les autorités douanières et celles qui octroient les licences, et introduit des mécanismes permettant aux États membres de renforcer leur coopération dans ce domaine
- le règlement comporte une nouvelle disposition relative aux "contrôles transmissibles" qui autorise, dans certains cas, un État membre à introduire des contrôles à l'exportation sur la base de la législation établie par un autre État membre, permettant ainsi aux contrôles à l'exportation effectués par les États membres d'avoir une dimension transfrontière
- le règlement harmonise au niveau de l'UE les règles applicables à certains services en ce qui concerne les biens à double usage actuellement réglementés au niveau national (assistance technique)
- de nouvelles dispositions en matière d'établissement de rapports permettront d'accroître la transparence du commerce des biens à double usage tout en respectant la confidentialité des secrets d'entreprise et des intérêts nationaux en matière de sécurité.

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 – le texte de la Convention ayant été amendé dès 2010 au travers de son protocole n°14 qui introduit un nouvel article 59.2 *(« L'Union européenne peut adhérer à la présente Convention »*) pour la rendre possible -, ce qui placerait alors l'UE souhaite sur un pied d'égalité avec ses Etats membres en ce qui concerne le système de protection des droits fondamentaux. Cela lui permettrait d'être entendue dans les affaires examinées par la CEDH, ainsi que d'y désigner un juge.

Cette adhésion offrirait également une nouvelle possibilité de recours aux particuliers, qui pourraient alors, après avoir épuisé toutes les voies de recours nationales – saisir la CEDH d'une plainte pour violation supposée des droits fondamentaux par l'UE (et non seulement par ses Etats membres).

Lancés en 2010, les pourparlers entre la Commission européenne et le Conseil de l'Europe ont achoppé en 2014 sur un avis négatif de la Cour de justice de l'UE.

Cette dernière a estimé que la proposition d'accord d'adhésion n'était pas conforme aux lois européennes en raison d'incompatibilités liées notamment à l'autonomie du droit de l'Union ou à la politique étrangère et de sécurité commune (PESC)[321].

L'adhésion reste cependant une priorité de la Commission européenne. Dont acte.

Outre son adaptation aux nouvelles réalités sociétales induites par le numérique et l'intelligence artificielle, la Charte des droits fondamentaux de l'UE, entreprendre sa « fédéralisation », option mise en avant par l'ancienne Commissaire à la Justice Vivian Reding en 2013, aurait également pour effet d'étendre la compétence de la Cour de justice.

« Il s'agirait d'étendre le champ d'application ratione materiae de la Charte pour la rendre opposable aux États membres dans toute situation, et non seulement lorsqu'ils « mettent en œuvre » le droit de l'Union au sens de son article 51. L'extension de compétence qui en résulterait pour la Cour de justice serait cependant beaucoup plus importante et radicale que celle suggérée par l'avocat général M. Poiares Maduro : elle ferait de la Cour de justice une véritable Cour fédérale, garante d'un standard minimal de protection des droits fondamentaux sur l'ensemble du territoire de l'Union européenne. » [322]

- *Associer davantage la société civile aux avancées européennes sur les registres numériques et de l'IA*

La Convention sur l'avenir de l'Europe destinée à engager une nouvelle série de réformes politiques et institutionnelles de l'Union constitue une fenêtre d'opportunité exceptionnelle qui doit être saisie. [323]

Au cœur de ce dispositif, une plateforme numérique citoyenne qui vise à associer les citoyens européens aux décisions qui seront prises au terme de la démarche. Pensée pour créer un débat

[321] *Cf.* notamment à cet égard Carlos Luis Miguel *in Les droits fondamentaux au carrefour de la Cour européenne des droits de l'homme et de la Cour de justice de l'Union européenne* (notamment les pages 129 à 135) https://www.academia.edu/36805479/Les_droits_fondamentaux_au_carrefour_de_la_Cour_europ%C3%A9enne_des_droits_de_lhomme_et_de_la_Cour_de_justice_de_lUnion_europ%C3%A9enne

[322] *Cf.* Dimitry Kochenov, Laurent Pechet Sébastien Platon *in Ni panacée, ni gadget : le « nouveau cadre de l'Union européenne pour renforcer l'État de droit »* (Revue trimestrielle de droit européen) : https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2688353

[323] La Conférence sur l'avenir de l'Europe, grand exercice de démocratie participative, ambitionne de dessiner les contours de ce que sera l'Union européenne pour les prochaines décennies. Repoussée en raison de la pandémie, elle est finalement lancée ce 9 mai 2021, à l'occasion de la fête de l'Europe, à Strasbourg, siège du Parlement européen.
Cf. https://ec.europa.eu/info/sites/default/files/fr_-_declaration_commune_sur_la_conference_sur_l.pdf

ouvert et transparent à l'échelle des 27 États membres, elle souhaite inclure le plus grand nombre dans un processus participatif. C'est pourquoi elle est disponible en 24 langues.

Le site, en ligne depuis le 19 mars, doit permettre aux Européens d'exprimer leurs craintes, de partager leurs rêves et leurs attentes, d'engager le dialogue avec leurs représentants. Les grands thèmes privilégiés sont : le changement climatique et l'environnement ; la santé ; une économie plus forte et plus juste ; la justice sociale et l'emploi ; l'UE sur la scène internationale ; les valeurs et les droits ; l'Etat de droit, la sécurité ; la transformation numérique ; la démocratie européenne ; la migration ; l'éducation, la culture, la jeunesse et le sport.

Un champ « Autres idées » permet de recueillir les avis et idées transversales et de compléter les autres thèmes car chacun est libre de soulever toute question importante à ses yeux.

Les propositions seront mises en ligne sur la plateforme et formeront ainsi le point de départ des discussions de panels de citoyens et des séances plénières. Les conclusions devraient être connues au printemps 2022, alors que la France assurera la présidence tournante du Conseil de l'Union européenne (janvier-juin 2022). Elles ont vocation à traduire les principales propositions et questions des Européens. Les préoccupations objet du présent article revêtant une nature transversale par rapport à plusieurs thématiques identifiées ci-dessus devraient être prises en considération dans le corpus d'analyse et de propositions de chacune d'elles.

Le processus de réforme de l'Etat en France doit faire l'objet de profondes remises en cause

La quatrième révolution industrielle à l'œuvre introduit quelque chose de nouveau dans la tension entre vie et politique, en produisant une intensité nouvelle et critique des tensions entre vie et justice. Cela vaut en particulier pour la France.

« Oui, il y a quelque chose de nouveau, et c'est bien le problème principal du moment. Mais ce problème n'est pas nouveau dans sa nature. La tension entre vie et justice n'est, comme telle, pas nouvelle. C'est au contraire le problème principal de la politique, celui qui, en réalité, la définit. Ne croyez pas ceux qui vous disent le contraire. Cela ne veut pas dire que ce problème soit réglé – au contraire, puisqu'il est plus profond qu'on ne le croit – mais cela veut dire que sa nouveauté est ailleurs, et que, si des solutions existaient déjà, il faudrait les renouveler en profondeur. Mais si ce n'est pas dans la nature du problème, où est la nouveauté du présent ? C'est simple : dans une intensité nouvelle et critique des tensions entre vie et justice. Et si des solutions, même précaires et à renouveler en profondeur, existaient déjà, quelles sont-elles ? Ce sont, selon nous, celles de la démocratie, et même de la « social-démocratie ». Mais il faut les renouveler, à travers ce que l'on appellera ici la vital-démocratie. »[324] (Frédéric Worms, philosophe)

En prenant acte que la France est une République, ce qui emporte des exigences supplémentaires qui vont bien au-delà des enjeux de droit.

« Une démocratie peut fonctionner selon la lettre, sans une relative indifférence, en se confiant à la froide objectivité de textes juridiques. 50 % d'abstentions aux élections privent une république de substance, mais n'entament pas une démocratie. Le gouvernement des juges n'est pas républicain. Pas seulement parce qu'il dépossède le peuple législateur de sa souveraineté, il dispense chaque citoyen de vouloir, en son âme et conscience ce que les lois lui dictent. […] Une République se fait d'abord avec des républicains, en esprit. Parce qu'elle est une idée, philosophique, la république est interminable. Elle se poursuit elle-même indéfiniment dans l'histoire, et ce qui la porte en avant est cet infini même, cette insatisfaction de soi. […] Se

[324] *Les minima de la vital-démocratie : une orientation politique :* https://aoc.media/opinion/2021/09/29/les-minima-de-la-vital-democratie-une-orientation-politique/

sachant imparfaite, et toujours trop particulière au regard de la République universelle qu'elle appelle de ses vœux, une république ne sera jamais qu'un exemple. » (Régis Debray)[325]

Lors d'un entretien journalistique réalisé en novembre 2015, le futur président de la République Emmanuel Macron - alors ministre de l'économie - insista sur le fait qu'il avait bien pris acte du rôle de l'Etat devant la révolution numérique, ce dernier devant veiller à la protection des données et des libertés individuelles. Et surtout lutter contre la tendance française à voir le numérique comme une menace.

Or, 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[326,327] et de la sobriété numérique[328] 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-trust[329], s'agissant de la souveraineté.

L'Etat français s'est saisi des enjeux de sobriété numérique en 2020 comme l'illustrent ses initiatives en faveur d'un 'numérique écoresponsable', concept dérivé de celui plus ancien d''innovation responsable'.

« Soucieux de son exemplarité, l'État développe une stratégie volontariste de maîtrise du numérique et de ses effets. Ces engagements de l'État sont notamment formalisés par le dispositif « Services publics écoresponsables » (circulaire du Premier ministre n°6145/SG du 25 février 2020 portant engagements de l'État pour des services publics écoresponsables).

Les administrations, les collectivités territoriales, les agents, tout un écosystème recherche cette cohérence et participe aux côtés d'acteurs privés, coopératives et associations, à la mise en œuvre du numérique responsable sur l'échelle du territoire.

Cette vague porteuse de sens, de valeurs, et d'innovations participe à la cohésion des équipes qui se tournent vers des objectifs communs alliant aspirations professionnelles et citoyennes. Des dispositions réglementaires récentes, notamment la loi relative à la lutte contre le gaspillage et à l'économie circulaire, confortent cela.

En parallèle, est menée une mission interministérielle « Green Tech » co-pilotée par la direction interministérielle du numérique (DINUM) et le Ministère de la Transition numérique. Elle s'inscrit dans la feuille de route gouvernementale « Numérique et Environnement ». Elle associe pour ces différents travaux les ministères et l'écosystème du numérique responsable.

Un effort de prise en compte des décrets est opéré en continu, afin de [..] partager un guide sur l'achat numérique responsable qui soit le plus pragmatique, actuel et opérationnel possible.

---

[325] *Etes-vous démocrate ou républicain ?* https://www.les-crises.fr/etes-vous-democrate-ou-republicain-par-regis-debray/?fbclid=IwAR2XZNXR62ghsReykhuvHZ8htsGpqKPLPl_ULMD82XgmSRKjuCHnMaNsFRg

[326] *Le devoir de souveraineté numérique : rapport du sénateur Gérard Longuet fait au nom de la commission d'enquête :* http://www.senat.fr/notice-rapport/2019/r19-007-1-notice.html

[327] *Rapport d'information sur le thème « Bâtir une souveraineté numérique nationale et européenne »* présenté par les députés Jean-Luc Warsmann et Philippe Latombe (rapporteur) **:** https://www.assemblee-nationale.fr/dyn/15/rapports/souvnum/l15b4299-t1_rapport-information.pdf

[328] *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_Dev_Dur/20200624_Conf_Dev_Dur_Synthese_du_rapport.pdf

[329] 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/

111

C'est pourquoi ce guide est développé et construit avec une volonté d'itérations continues et de nouvelles versions seront régulièrement mises à jour. »[330]

S'il convient de saluer de telles initiatives, il va néanmoins de soi qu'un numérique pleinement responsable requiert d'élargir le socle des enjeux à adresser.

L'Etat de droit doit pouvoir trouver dans les pratiques institutionnelles des ressorts nouveaux garantissant à la nation des protections contre les abus d'un droit de l'Etat dérogeant trop souvent aux fondements même du libéralisme politique qui préside à toute démocratie libérale.

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.

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

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* » [331] 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.

Les textes proposés par l'ISOC[332], par *Privacy Tech*[333] ou par le Cercle de la Donnée[334] apportent à cet égard des préconisations de choix.

L'initiative remarquable prise par l'Etat chilien à l'automne 2021, qui a pris le parti d'introduire dans la Constitution des dispositions garantissant des 'neurodroits'[335] doit constituer une incitation forte pour que d'autres Etats, et notamment la France, agissent dans le même sens.

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.[336]

---

[330] Les différentes feuilles de routes ainsi que la circulaire du Premier ministre relatives à cette stratégie de l'Etat sont disponibles sur ce lien : https://ecoresponsable.numerique.gouv.fr/a-propos/

[331] *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

[332] *Pour la consécration constitutionnelle des droits fondamentaux des utilisateurs du numérique :* https://www.isoc.fr/petition-charte-du-numerique/

[333] *#DigitalHumanRights : pour une déclaration des droits fondamentaux numériques, 4ème génération de droits de l'homme* https://www.privacytech.fr/livre-blanc/

[334] *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=IwAR3b7GcCjvy2WCimDgNmFwfPYlF7TqXJ6PlUzN6zkjlF_sCLns5cUr1Xxi8

[335] L'article 19 de la Constitution chilienne comporte désormais la disposition suivante : « *Le développement scientifique et technologique doit être au service des personnes et s'effectuer dans le respect de la vie et de l'intégrité physique et mentale. la loi réglemente les exigences, les conditions et les restrictions de son utilisation sur les personnes, et protège tout particulièrement l'activité cérébrale, ainsi que les informations qui en découlent.* ».

[336] *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

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'évaluation[337]. 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 fondamental[338], en particulier en mobilisant davantage, lorsque les circonstances le requièrent, sa capacité à entreprendre un revirement de sa propre jurisprudence.

Faut-il aller jusqu'à le transformer en une véritable Cour constitutionnelle[339] sur le modèle allemand ? L'heure est venue de trancher.

S'agissant du contrôle de conventionnalité (qui consiste à vérifier la conformité d'une loi aux traités internationaux ratifiés par la France), les juridictions compétentes pour l'exercer (Cour de Cassation et Conseil d'Etat) doivent pouvoir voir les résultats de leur contrôle prolongés par un processus de renvoi 'automatique' de la loi en cause devant le Parlement, en particulier lorsque cette loi comporte des dispositions ayant trait au numérique et/ou à l'intelligence artificielle.

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 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* - »[340], 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.

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.[341]

---

[337] *Le contrôle parlementaire en France :* https://www.senat.fr/role/fiche/controle_gouvernement.html

[338] *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

[339] *Vers une Cour suprême ?* https://www.conseil-constitutionnel.fr/les-membres/vers-une-cour-supreme

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

[341] *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

« Sur le plan intellectuel, la France dispose d'atouts pour faire entendre la voix d'une culture numérique éthiquement soutenable, par exemple avec les travaux menés à l'Institut de Recherche et d'Innovation ou plus amplement avec le courant des études digitales. Mais, pour les faire valoir, elle doit réaffirmer, dans les processus d'innovation eux-mêmes, les valeurs auxquelles elle est démocratiquement attachée. » (Pierre-Antoine Chardel)

Plus que jamais la France a besoin du souffle d'une République des solutions.

" La sauvegarde de notre monde humain n'est nulle part ailleurs que dans le coeur humain, la pensée humaine, la responsabilité humaine."

(Vaclav Havel)