

Séminaire « Soutenabilités »

Contribution - Covid-19 : pour un « après » soutenable

Nom : Cardot

Prénom : Patrice

Institution ou entreprise : ministère de la Défense

Axe(s) :

- Quelles attentes à l'égard de la puissance publique face aux risques ?
- Numérique : nouveaux usages, nouvelles interrogations

Intitulé de votre contribution : De l'adaptation de l'Etat de droit aux défis du numérique

Résumé de votre contribution :

La crise pandémique du Covid-19 a été l'occasion pour les Etats d'accélérer et d'amplifier le recours aux technologies numériques dans leur gestion des différents volets de leur intervention au profit des populations, soulevant alors de nombreuses interrogations et craintes quant aux risques encourus par un usage aussi systématisé, dans un contexte d'état d'exception suspecté de favoriser l'émergence de comportements erratiques en regard des valeurs et principes démocratiques les plus fondamentaux. En ces temps modernes si troublés où les nuits seraient enceintes, comme l'affirme le sociologue Edgar Morin, les Etats sont appelés à repenser leurs processus internes et externes pour répondre avec le plus d'efficacité et d'efficacités possible aux défis contemporains dans un univers public régi jusqu'ici exclusivement par la suprématie du droit - et notamment du droit positif - et de la chose jugée sur le factuel, de la règle et de la norme sur l'exception, de l'autorité sur l'administré, du secret, du général sur le particulier, et par un recours exclusif à la matérialisation 'papier'. Le numérique et l'intelligence artificielle, et la dématérialisation numérique à laquelle ils font de plus en plus appel, leur imposent une réforme globale concernant leurs structures, leurs pouvoirs, leurs compétences, leurs principes d'organisation, leurs outils de gestion, leurs mécanismes de coopération et d'évaluation de leurs rapports avec les citoyens et administrés, entre le centre et la périphérie, entre le public et le privé, entre les représentants élus et les électeurs, créant ainsi une nouvelle forme de démocratie, la démocratie 2.0. Mais que devient l'Etat de droit dans une démocratie 2.0 ? En France, où en est l'adaptation de l'Etat de droit aux défis numériques ?

*De l'adaptation de l'Etat de droit aux défis du numérique
- Analyse du cas particulier de la France -*

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

En ces temps modernes si troublés où les nuits seraient enceintes, comme l'affirme le sociologue Edgar Morin, les Etats sont appelés à repenser leurs processus internes et externes pour répondre avec le plus d'efficacité et d'efficacités possible aux défis contemporains dans un univers public régi jusqu'ici exclusivement par la suprématie du droit - et notamment du droit positif¹ - et de la chose jugée sur le factuel, de la règle et de la norme sur l'exception, de l'autorité sur l'administré, du général sur le particulier, et par un recours exclusif à la matérialisation 'papier'.

Le numérique et l'intelligence artificielle, et la dématérialisation numérique à laquelle ils font de plus en plus appel, leur imposent une réforme globale concernant leurs structures, leurs pouvoirs, leurs compétences, leurs principes d'organisation, leurs outils de gestion, leurs mécanismes de coopération et d'évaluation de leurs rapports avec les citoyens et administrés, entre le centre et la périphérie, entre le public et le privé, entre les représentants élus et les électeurs, créant ainsi une nouvelle forme de démocratie, la démocratie 2.0.

Mais que devient l'Etat de droit dans une démocratie 2.0 ?

La présente analyse a pour objectif :

- 1° de proposer une exploration des principaux défis posés à l'Etat de droit - et à la démocratie - par la révolution numérique à l'oeuvre, ainsi que des principales transformations qu'ils induisent en en dégageant les forces et les faiblesses en même temps que les exigences qu'elles emportent en termes de droit et d'éthique,
- 2° de présenter un état du droit applicable aux problématiques en jeu,
- 3° d'investiguer la manière dont l'Etat de droit français fait face à ces différents défis et enjeux de transformation, en proposant un état des lieux des principales initiatives entreprises et des avancées obtenues, de celles qui soulèvent des inquiétudes, des problématiques à l'égard desquels on peut déplorer une absence d'initiatives et/ou des lacunes importantes, ainsi que des effets attendus du droit européen sur les évolutions en cours ou à venir
- 4° de présenter les principales initiatives européennes et internationales entreprises pour y répondre,
- 5° de dégager quelques pistes de progrès sur le double registre du droit et de l'éthique de manière à ce que la promesse démocratique ne soit pas irréversiblement altérée par l'incapacité de l'Etat et des institutions européennes et internationales à anticiper les risques et menaces que font peser sur elle des usages inappropriés du numérique,
- 6° enfin, en conclusion, de soulever d'autres défis plus globaux ayant trait à l'avenir de la politique et de la place de l'homme dans le futur.

¹ Le droit positif est le droit posé par des autorités publiques, contrairement au droit naturel ou aux règles de morale. Il désigne l'ensemble des règles de droit en vigueur dans un Etat à un moment donné. Il s'agit d'un droit uniforme sur un territoire donné, qui évolue en fonction des mutations de la société. Le droit positif a plusieurs caractéristiques. Il est général, obligatoire et sanctionné. Ainsi, les règles du droit positif s'appliquent à un ensemble et non à un sujet de droit particulier. Aucune personne ne peut s'en exonérer. Si une personne enfreint la règle de droit positif, elle encourt une sanction. Le droit positif s'impose en tant que tel.

A - De la démocratie 2.0² : l'évolution de la démocratie à l'ère du numérique.

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

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

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

Il en est ainsi des démocraties libérales dont les gouvernances multiformes se trouvent soumises, bon gré mal gré, à des bouleversements considérables qui les conduisent à se métamorphoser en démocraties d'un nouveau type : des démocraties 2.0 où les pouvoirs, les compétences, les souverainetés, les transactions et les médiations traditionnels se trouvent bouleversés pour donner naissance à d'autres formes inconnues jusqu'ici³.

A – I Les attentes et les raisons d'espérer

Les nouvelles générations cherchent à établir des rapports plus horizontaux, plus interactifs et plus immédiats à la faveur du changement culturel qui s'opère, lentement mais sûrement, par un usage accru et sans cesse renouvelé des nouvelles technologies utilisant Internet.

Beaucoup d'espoirs sont placés dans l'avènement d'un nouveau monde au cœur duquel le numérique occuperait une place centrale, déchargeant l'humanité des tâches les plus ingrates tout en lui offrant des potentialités nouvelles pour repenser l'organisation du monde.

L'ancien Premier ministre français Michel Rocard relevait jadis⁴ :

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

C'est aussi la « puissance d'agir » dont parle Michel Serres. Internet et le numérique augmentent les capacités d'expression et d'action des individus et des groupes. Et démultiplient leur rayon d'action.

Ces capacités permettent à chacun et chacune de faire entendre sa voix. D'échanger avec d'autres et de coopérer. D'entreprendre. D'atteindre un public ou des marchés. D'entrer en contact avec un grand nombre de personnes, sur un territoire ou dispersées dans le monde. D'opérer sur une base géographique étendue. D'agir comme consommateur responsable et comme citoyen.

Jamais autant d'informations, de connaissances et de création n'ont été accessibles à un aussi grand nombre d'individus. Plus important encore, jamais autant de personnes n'ont été en mesure d'exprimer leurs opinions sur les affaires du monde, mais aussi de rendre leurs productions accessibles et réutilisables et ainsi d'en créer de nouvelles. ..."

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

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

³ voir en particulier celles décrites dans *Cinq expériences de démocratie 2.0* :

https://www.lemonde.fr/actualite-medias/article/2013/11/25/cinq-experiences-de-democratie-2-0_3519922_3236.html

⁴ République 2.0 : Vers une société de la connaissance ouverte :

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

Le sociologue Patrice Flich - cofondateur et directeur de *Réseaux* - note dans son ouvrage consacré à la démocratie 2.0⁵ : « *Au début des années 1990, alors qu'Internet commence à sortir du monde universitaire où il est né, les chantres de cette nouvelle technique y voient un dispositif capable de revitaliser la démocratie, un espace public accessible à tous qui permettrait aux citoyens non seulement de débattre des grandes questions politiques, mais aussi de s'inscrire dans le processus délibératif* ».

A - 2 Les défis posés à la gouvernance d'Internet et à la gouvernabilité des démocraties

Les Etats sont appelés à repenser leurs processus internes et externes pour répondre avec le plus d'efficacité et d'efficacités possible aux défis que leur pose l'avènement des technologies numériques et des données dans un univers public régi jusqu'ici exclusivement par la suprématie du droit - et notamment du droit positif⁶ - et de la chose jugée sur le factuel, de la règle et de la norme sur l'exception, de l'autorité sur l'administré, du secret, du général sur le particulier, et par un recours exclusif à la matérialisation 'papier'.

Fort du retour des expériences développées au sein des grands agents économiques et financiers, beaucoup d'Etats se sont engagés dans une profonde transformation de leurs modes d'administration et de gouvernement articulée sur un recours de plus en plus systématisé à la dématérialisation numérique, partant du principe - erroné - que tout citoyen dispose d'un accès instantané et d'un usage libre à Internet (citoyen 'connecté').

Des initiatives de gouvernement ouvert, souvent désigné comme l'e-gouvernement, l'administration numérique ou la démocratie 2.0, visent à rétablir le lien entre les citoyens, les élus et les fonctionnaires en augmentant la transparence des projets et des initiatives en même temps que les possibilités de collaboration 'top-down' et 'bottom-up' avec le plus grand nombre lors de leur concrétisation, les citoyens 'connectés' se trouvant dès lors en capacité de partager à titre individuel ou collectif leur vision de la société et de débattre des choix politiques dans des fora électroniques en ligne ou encore de surveiller l'intégrité des institutions démocratiques et la qualité des services publics.

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.* »

Le sociologue Dominique Cardon - spécialiste des enjeux de démocratie sur Internet -, défend la thèse selon laquelle Internet est une opportunité pour la démocratie, grâce aux fondements égalitaires qui ont présidé à sa naissance et à son développement, mais qu'il doit affronter deux tendances fortes qui risquent, si l'on n'y prend garde, de le transformer en média de masse vertical : le développement d'une logique d'audience par les industriels dominant le secteur et la massification de la fréquentation d'Internet, qui impose d'élargir le panel des interventions collaboratives du peuple du réseau⁷.

Pour Anne Bellon, "*le développement de l'Internet a souvent été étudié comme un phénomène déstabilisant les modes d'organisation bureaucratique et d'intervention des États : l'infrastructure décentrée du net permet en effet le contournement des législations nationales et la régulation technique opérée par le code informatique favorise l'intervention d'experts pour la gouvernance du réseau.*"^{8,9}

Christine Tréguier aborde cette question fondamentale au travers des initiatives dédiées à la gouvernance 'démocratique' d'Internet :

« *En 1996, c'était le rêve, en voie de concrétisation, de la toile libérée des « gouvernements du monde industriel » évoqué dans la célèbre Déclaration d'indépendance du cyberspace de John Perry Barlow, cofondateur de l'Electronic Frontier Foundation. C'était aussi, avant lui, celui des pionniers de l'internet et*

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

⁶ Le droit positif est le droit posé par des autorités publiques, contrairement au droit naturel ou aux règles de morale. Il désigne l'ensemble des règles de droit en vigueur dans un État à un moment donné. Il s'agit d'un droit uniforme sur un territoire donné, qui évolue en fonction des mutations de la société. Le droit positif a plusieurs caractéristiques. Il est général, obligatoire et sanctionné. Ainsi, les règles du droit positif s'appliquent à un ensemble et non à un sujet de droit particulier. Aucune personne ne peut s'en exonérer. Si une personne enfreint la règle de droit positif, elle encourt une sanction. Le droit positif s'impose en tant que tel.

⁷ *La démocratie Internet. Promesses et limites* : <https://journals.openedition.org/lectures/1162>

⁸ *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>

⁹ *Des outils numériques pour améliorer le fonctionnement de l'Etat : solutions ou problèmes ?* : <https://journals.openedition.org/pyramides/989>

de l'informatique des années 1960 comme Vannevar Bush et Alan Kay, puis de leurs alter ego de la Silicon Valley des années 1970 et 1980. D'emblée ils ont pensé la technologie comme un système de machines, d'interfaces au service de l'humain, et le ou les réseaux décentralisés et déhiérarchisés comme un écosystème communiquant, pour échanger et mutualiser les connaissances, voire élaborer d'autres perspectives sociales et politiques. Sans détailler les complexités de statuts et relations entre les divers organismes concernés, la volonté de gouverner mondialement l'Internet de la façon la plus démocratique possible est l'une des sources de la création de l'Internet Society¹⁰ (ISOC) en janvier 1992. [...] Bien que de droit américain, elle est à vocation internationale, et reste, aujourd'hui encore, l'autorité morale et technique la plus influente de l'univers Internet. La construction même de la gouvernance de la toile, tout comme son imaginaire en phase avec les rêves de ses pionniers, portent bel et bien une vision démocratique, qui renaît sans aucun doute dans ce qu'on appelle la Civic-tech¹¹ ou la "Social-tech"¹². »

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

Au-delà de l'euphorie qui accompagne parfois cette vision optimiste d'un nouveau monde technologique affranchissant l'humanité des handicaps inhérents aux limites techniques de jadis, des inquiétudes apparaissent devant l'absence de réponses suffisamment robustes aux interrogations que suscite une telle révolution civilisationnelle. L'implication des Etats dans cette profonde transformation de rupture ne s'est pas produite sans réticences ni difficultés, le recours à Internet apparaissant parfois davantage comme une menace que comme une opportunité.

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

Comment pourrions-nous ne pas admettre que le *technology-push*¹³ prend de plus en plus souvent le pas sur une demande sociétale prétexte, un vaste marché lucratif devant inéluctablement en résulter qui viendra ajouter aux bénéfiques attendus les atouts d'une économie numérique prolifère.

Même le registre monétaire est touché par la révolution numérique à l'oeuvre. Pas moins de 18 banques centrales, dont la Banque centrale européenne, réfléchissent et travaillent aujourd'hui sur des projets de monnaie numérique. Un vrai bouleversement va se produire dans ce domaine qui touche à la souveraineté même des nations autant qu'à la stabilité du système monétaire international.

Des alertes sont lancées, qui appellent à la vigilance.

En pleine crise mondiale du climat et de concentration des richesses, la communauté numérique internationale, réunie comme chaque année en janvier 2020 avant la tenue du Forum économique mondial de Davos, est en train d'admettre ce qu'elle ne voulait pas voir : la 'tech', qui devait émanciper le monde et libérer les énergies, a aggravé les problèmes.¹⁴

Le philosophe Bernard Stiegler – qui dirige l'Institut de recherche et d'innovation du centre Pompidou et est le fondateur de l'association Ars Industrialis -, nous interpelle à cet égard :

« Aujourd'hui, le numérique est une économie de prédation qui pille les secteurs au lieu de les cultiver. Ce n'est plus seulement l'épuisement des ressources naturelles, mais aussi l'épuisement des ressources humaines, intellectuelles, affectives, sensibles, artistiques qui sont anéanties à force d'être standardisées. [...] « De Google à Uber, la « disruption¹⁵ » bouleverse nos vies connectées. Mais à quel prix ? [...] Ce qui nous arrive de la Silicon Valley vient liquider l'Etat de droit en tant qu'état délibératif fondé sur des légitimités réfléchies. [...] La déstabilisation est devenue permanente. [...] Nous n'arrivons plus à élaborer des savoirs. Une technologie est un pharmakon (terme grec qui désigne ce qui est à la fois poison et remède). Le pharmakon technologique est porteur de promesses, mais il commence toujours par provoquer mille problèmes, parce qu'il commence par détruire les cadres constitués. Après cette phase de destruction apparaît

¹⁰ cf. <https://www.internetsociety.org/>

¹¹ cf. <https://digital-society-forum.orange.com/fr/les-forums/878-la-civic-tech-une-revolution-democratique>

¹² cf. <https://digital-society-forum.orange.com/fr/les-forums/882-la-social-tech-le-numerique-au-service-de-linnovation-sociale>

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

¹⁴ *Fallait-il aussi disrupter la démocratie ?* : https://www.meta-media.fr/2020/01/20/fallait-il-aussi-disrupter-la-democratie-dld20.html?fbclid=IwAR0H-zkrkwoApV4brJrITo_sH8JBtio6QT6Z1haORsUep4063GPNChocLZ8

¹⁵ « Le terme « disruptif » dérive du latin *disrumpere*, « briser en morceaux, faire éclater ». Dans le langage des entreprises du numérique, « l'innovation disruptive », c'est l'innovation de rupture, celle qui bouscule les positions établies, court-circuite les règles du jeu, impose un changement de paradigme.

ce que Rimbaud appelle « le nouveau », qui fait du pharmakon une remédiation : un autre mode de vie, une autre époque. C'est ce qui ne nous arrive plus : le processus disruptif systématiquement cultivé par les chevaliers d'industrie prend de vitesse toute socialisation. Or ce n'est pas soutenable. Cette fuite en avant produit une accélération colossale de l'anthropocène, cette ère dans laquelle l'humain est devenu un facteur géologique majeur, ce qui engendre la mélancolie collective et des formes diverses de désespérance. »

La régulation par la donnée devient la panacée. Comme l'ouverture des données publiques à la concurrence privée.

« Nous avons au moins deux exemples de textes européens sur l'ouverture des données. D'une part, le règlement sectoriel sur le cadre pour le déploiement de systèmes de transport intelligents¹⁶. D'autre part, la refonte de la directive concernant les données ouvertes et la réutilisation des informations du secteur public, qui a d'ores et déjà été adoptée, et ouvre une partie des données des entreprises du secteur public¹⁷. Une étude d'impact est en cours sur les conséquences économiques de cette nouvelle directive. Dans le même temps est conduite la procédure de comitologie. Il s'agit maintenant de déterminer dans quelles conditions les données industrielles, propriétés des entreprises, pourront être partagées à une échelle suffisante pour constituer des big data efficaces et réutilisées avec le développement de l'intelligence artificielle. Tel est l'enjeu de cette nouvelle régulation. » (Henri Thomé, membre du comité scientifique de la Fondation Robert Schuman¹⁸)

Le 11 octobre 2019, les Nations Unies ont publié un rapport sur les droits de l'homme et l'extrême pauvreté¹⁹, destiné à l'Assemblée générale de l'organisation, qui prend ses distances vis-à-vis du numérique.

Le rapporteur spécial sur les droits de l'homme et l'extrême pauvreté, Philip Alston, y a en effet dénoncé les dangers que la diffusion des technologies de l'information, et tout particulièrement l'IA, représentaient dans la gestion de l'aide sociale publique à l'échelle de la planète, le recours au numérique par les États et, à cette occasion, la mainmise sur une part croissante du fonctionnement des aides publiques par des acteurs privés étant devenus une réalité dans bon nombre de pays à revenus élevés ou moyens, et une tendance émergente dans les pays à bas revenus.²⁰

Pour Philip Alston, le domaine de l'aide sociale est facilement perçu comme une question technique avant que d'être politique. Il constitue une voie royale pour les acteurs du numérique qui ont déployé leurs arguments habituels : économie par la baisse des coûts de gestion, efficacité puisque seuls les véritables nécessiteux en bénéficieront grâce à l'identification biométrique, rapidité des transactions, transparence des systèmes à la mémoire infailible, rigueur dans l'utilisation des fonds publics, etc.

Hélas, l'enquête conduite par les Nations unies auprès de 34 États, dont l'Australie, les États-Unis, l'Inde et le Royaume-Uni, conduit à un constat bien éloigné de ces promesses. À l'inverse, les dysfonctionnements semblent la règle.

- *La multiplication des données récoltées sur nos actions en ligne offre dans le même temps plus de risques de fuites et d'utilisations à des fins malhonnêtes²¹.*

Les technologies émergentes, comme l'Internet des objets (IoT), la robotique, l'intelligence artificielle (IA) et l'informatique quantique, pourraient avoir des conséquences imprévues en rendant la société plus vulnérable aux cyberattaques, avertit le Forum dans son dernier rapport annuel sur les risques globaux²².

¹⁶ <https://ec.europa.eu/transparency/regdoc/rep/3/2019/FR/C-2019-1789-F1-FR-MAIN-PART-1.PDF>

¹⁷ <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/FR/TXT/PDF/?uri=CELEX:32019L1024&from=EN>

¹⁸ *Les données : carburant de la troisième révolution industrielle :*

<https://www.robert-schuman.eu/fr/questions-d-europe/0548-les-donnees-carburant-de-la-troisieme-revolution-industrielle>

¹⁹ *Droits de l'homme et extrême pauvreté :* <https://undocs.org/fr/A/74/493>

²⁰ Les systèmes de protection sociale sont désormais gouvernés par l'analyse des données et les technologies de l'information et de la communication. Qu'il s'agisse d'identifier les bénéficiaires, d'évaluer leur éligibilité, de calculer leurs droits, de prédire les besoins et de prévoir les ressources nécessaires, les technologies de l'information s'avèrent incontournables pour le traitement des éléments comptables et statistiques. Au-delà, ces mêmes technologies sont en mesure d'assurer la communication avec les demandeurs, comme de repérer les fraudeurs, de les cibler et de les punir par l'interruption des prestations et, le cas échéant, la mise en recouvrement des trop-perçus, voire des amendes.

²¹ *Fuites de données 2019 : rétrospective des pires Data Leaks de l'année :*

https://www.lebigdata.fr/top-fuites-de-donnees-2019?fbclid=IwAR0_bvS-86aBnIvzFdK5Dumuy6Boy_-CnClczPHj3w63Iv8tYbp1uOiNUU

²² *Global Risks Report 2020 :* http://www3.weforum.org/docs/WEF_Global_Risk_Report_2020.pdf

Dans ce contexte, la cyberdélinquance se développe de façon exponentielle, dans tous les domaines^{23,24,25,26}.

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

"Si vous êtes mal intentionné et à la recherche de forfaits à faire, Internet est un paradis vous offrant 3 milliards de personnes, des millions d'entreprises ou d'organismes privés ou publics à potentiellement ciblés depuis votre canapé.", constate Michel Bruley²⁷.

Les malfrats prennent pour cible des applications et des services Cloud populaires, profitant de la confiance accordée par les entreprises à ces plateformes et du manque de sécurité général du nuage²⁸. Selon l'étude « *Cloud and Threat Report* » publiée par Netskope en février 2020, 44% des attaques de cybersécurité utilisent désormais des services Cloud à divers niveaux du processus.

Cette cyberdélinquance est en croissance continue, la monétisation des données constituant un facteur aggravant.

« *Les informations peuvent être monétisées à quiconque souhaite les exploiter* » (Benjamin Faraggi, CEO de Spuro Blockchain).

« *Tout est exploitable ! Même le fait que je sois là en train de vous parler, peut intéresser quelqu'un. Monétiser des données d'une certaine complexité est de plus en plus rentable !* » (Liviu Apolozan, CEO de Docprocess²⁹).

- *Le piège de la gratuité des services*

« *Si les robots dits sociaux sont encore loin d'accompagner notre quotidien, on peut d'ores et déjà s'interroger sur le projet dont ils sont porteurs. A l'heure où les pratiques numériques confortent plus que jamais l'analyse*

²³ Dans le domaine de la santé, des radiographies, des IRM, des scanners, mais aussi d'autres données de santé ont été laissés en libre accès sur internet. On estime à 5 millions de personnes les individus touchés par cette 'fuite' de données aux Etats-Unis, et à plusieurs autres millions de personnes celles qui seraient affectées dans le monde entier. Et nombreuses autres illustrations de ce phénomène se multiplient déjà, hélas.

²⁴ Le spécialiste tchèque de la cybersécurité Avast, par exemple, a vendu les données de millions de ses utilisateurs à des marques comme Google, Pepsi, Microsoft ou Sephora : <https://www.usine-digitale.fr/article/avast-a-vendu-les-donnees-de-navigation-de-plusieurs-millions-de-ses-utilisateurs-via-sa-filiale-jumpshot.N912304>

²⁵ Selon une nouvelle étude publiée récemment par l'université allemande de Bochum, une faille de sécurité sur les réseaux 4G/LTE pourrait être exploitée pour souscrire des abonnements ou des services de site web payants aux frais de quelqu'un d'autre. Cette faille permettrait de fait l'usurpation d'identité des utilisateurs de smartphone, en donnant aux attaquants le pouvoir de « *démarrer un abonnement aux frais d'autrui ou de publier des documents secrets de l'entreprise sous l'identité de quelqu'un d'autre* ». Cette attaque, baptisée IMP4GT, toucherait « *tous les appareils qui communiquent avec le LTE* », ce qui inclut « *pratiquement tous* » les smartphones, les tablettes et certains appareils connectés.

LTE VULNERABILITY - Attackers can impersonate other mobile phone users :

<https://news.rub.de/english/press-releases/2020-02-17-lte-vulnerability-attackers-can-impersonate-other-mobile-phone-users>

²⁶ Après les révélations du *New York Times* sur l'extraction de 3 milliards de photos d'individus sur Internet afin de constituer ses bases de données, la start-up de reconnaissance faciale Clearview a été victime d'une importante fuite de données en février 2020. L'entreprise a informé ses clients via une notification qu'un individu avait eu un « *accès non autorisé* » à différentes informations issues de son système interne. Les documents transmis au média *BuzzFeed News* ont révélé que la société Clearview avait travaillé avec plus de 2 228 agences gouvernementales et sociétés dans 27 pays. Parmi ses comptes clients, plusieurs organisations étatiques américaines, anglaises et australiennes, des établissements scolaires et universités ainsi que plus de 200 entreprises dont Walmart, Khol's, Eventbrite ou des fonds d'investissement et banques comme Wells Fargo et Bank of America. La start-up née il y a à peine trois ans comptabiliserait près de 500.000 recherches effectuées par ses clients. Alors que certaines de ces entités ont des contrats formels avec Clearview, la majorité de ses clients auraient essayé son outil de reconnaissance faciale via des essais gratuits de 30 jours. <https://www.lefigaro.fr/secteur/high-tech/reconnaissance-faciale-clearview-ai-fait-scandale-avec-ses-3-milliards-de-visages-aspires-20200124>

²⁷ *Le monde merveilleux de l'internet et des big data : GAFAM, HACKERS, NSA ... et usurpation d'identité :*

https://www.decideo.fr/Le-monde-merveilleux-de-l-internet-et-des-big-data-GAFAM-HACKERS-NSA-et-usurpation-d-identite_a11441.html?fbclid=IwAR3e5bRvNgkKtVWHmoQKELxIvSFN8J2zNNZTbe2VUd9BkBuCi5oSQCLM6jI

²⁸ *Cybersécurité : la moitié des attaques de cybersécurité passent désormais par le Cloud public :* https://www.lebigdata.fr/cybersecurite-moitie-attaques-cloud?fbclid=IwAR1-jPG2Tdya-vZPIPFviKG5Qc0SnLSXoDSf2ZWV_yNQgMu9_8jMUr87SU

²⁹ *Monétisation des données : un nouveau modèle économique en préparation :*

https://www.archimag.com/univers-data/2019/10/02/monetiser-donnees-nouveau-modele-economique-prepare?fbclid=IwAR2qy1kkGteYpR9l44VVw3lMR6rF0stqZaGSlo8VBMPKo_p76gJGkwOiuVE

deleuzienne sur les sociétés de contrôle, la tentation est grande pour la robotique sociale, encore très malléable, de chercher son modèle économique du côté d'un capitalisme cognitif datavore et peu scrupuleux. » (Julien de Sanctis³⁰)

« Beaucoup a été écrit sur la dépendance de l'internaute moyen aux services gratuits, performants et pratiques offerts par ceux que l'on désigne comme les « GAFAM ». Un aspect moins connu est en revanche la dépendance d'Internet lui-même à ces très grandes entreprises privées. Car le réseau mondial a opéré sa mue industrielle et s'appuie désormais beaucoup sur les technologies et infrastructures développées par Google, Amazon et, dans une moindre mesure, Facebook et Microsoft. A tel point que des questions inédites se posent désormais sur la dépendance du Web dans son ensemble à cette poignée d'entreprises. » (Gary Dagorn et Maxime Ferrer³¹)

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

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.

- *Le numérique génère des risques élevés de manipulation de l'information et de l'opinion*

Un des grands défis de ces prochaines années concerne l'information et les médias.

Pour Valérie Négrier, DGA du département Prospective de Dentsu Consulting³² :

« Le trio 'intelligence artificielle, information et éthique' est particulièrement à surveiller avec par exemple le déploiement des « deepfakes », ces vidéos modifiées par l'intelligence artificielle tant redoutées en période électorale ». « Au risque des « deepfakes » et autres « fake news » s'ajoute celui des « bulles de filtres », ce filtrage de l'information qui s'impose à l'internaute par des algorithmes et l'isole dans ses convictions. Cela constitue une forme de manipulation de l'opinion qui devient une préoccupation majeure. Un phénomène trop grave et important pour que cela ne bouge pas dans les années à venir. »

La professeure Solange Ghernaouti, qui dirige le Swiss Cybersecurity Advisory & Research Group (UNIL) nous alerte :

« La cybernétique dont l'origine renvoie à l'art de gouverner, est en train de s'imposer et de prendre le commandement de toute chose, de tout acte. Le numérique instaure un nouvel ordre du monde. L'IA, avec ses capacités à prendre des décisions ou à y contribuer, dans une logique de performance et de rationalité économique, se situe dans le prolongement du transfert des capacités de l'humain vers la machine. Elle entraîne une perte de compétences, une réduction d'autonomie et une dépendance, voire une addiction aux systèmes. L'IA en réduisant l'erreur et donnant l'illusion qu'elle supprime l'incertitude conduit à une normalisation des comportements et à la ruine de la diversité. Elle permet de prédire et d'orienter des choix pour consommer et faire faire. Des prédictions et propositions engendrent des manipulations psychologiques et pilotent les actions. Les fausses informations (infox) peuvent renforcer le pouvoir de manipulation. L'IA, dont la finalité est déterminée par ses concepteurs et propriétaires a des mode opératoire, qualité et sécurité opaques et souvent incontrôlables. »³³

- *Le numérique est devenu l'instrument clé de la surveillance et du contrôle des populations*

³⁰ L'avenir de la robotique sociale : assistance ou surveillance ? :

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

³¹ Publicité, hébergement, open-source : comment le Web est devenu dépendant des GAFA :

https://www.lemonde.fr/les-decodeurs/article/2019/10/27/publicite-hebergement-open-source-comment-le-web-est-devenu-dependant-des-gafa_6017082_4355770.html

³² Nouvelles technologies : quelle confiance leur accorder en 2030 ?

<https://www.orange.com/fr/Human-Inside/Mag/Gardons-une-confiance-d-avance/Magazine-confiance/Nouvelles-technologies-quelle-confiance-leur-accorder-en-2030>

³³ La cybersécurité selon Sun-Tzu :

<https://blogs.letemps.ch/solange-ghernaouti/2020/02/23/la-cybersecurite-selon-sun-tzu/>

Joan Greenbaum, ex-programmeuse d'IBM ayant milité pour une technologie plus éthique dès les années 1960, et désormais professeur émérite de la City University of New York et affiliée à l'*AI Now Institute*³⁴, affirme : « *L'idée de "rendre le monde meilleur" est une farce.* »

En décembre 2019, des chercheurs américains de ce même institut ont appelé à l'instauration d'un cadre strict.

"Il apparaît de plus en plus clairement que dans divers domaines, l'IA amplifie les inégalités, place les informations et les moyens de contrôle dans les mains de ceux qui ont le pouvoir, démunissant du même coup ceux qui n'en ont déjà pas", peut-on lire dans le rapport.

La sociologue américaine Shoshana Zuboff pose le constat suivant :

*« Alors que la division du travail était le principe organisateur de la société industrielle, c'est la division du savoir qui organise la société numérique. Mais elle est prise en otage par le capitalisme de la surveillance qui traduit l'expérience humaine en données informatiques à son profit. Un tel mouvement historique exige une réponse démocratique. »*³⁵

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

Les liens qu'entretiennent certains membres du club des GAFAM (Google, Apple, Facebook, Amazon, Microsoft) et des BATX (Baidu, Alibaba, Tencent, Xiaomi) et certains de leurs satellites avec les Etats profonds – à l'image de Palantir, dont le président a confirmé publiquement à Davos son implication quotidienne dans ce type de relations - comme l'opacité des processus à l'oeuvre dans les technologies numériques qui utilisent l'IA suscitent bon nombre d'interrogations sur l'évolution à l'oeuvre des régimes démocratiques illibéraux comme libéraux.

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

Ce qui ne constituerait pas un problème en soi si des révélations inquiétantes ne venaient pas apporter de l'eau au moulin des plus sceptiques à l'égard des motivations en jeu³⁶.

« Nous sommes confrontés à des systèmes techniques d'une puissance sans précédent, qui impactent très rapidement tous les secteurs, de l'éducation à la santé, de l'économie à la justice... Et la transformation en cours est concomitante à la montée de l'autoritarisme et du populisme », constate Kate Crawford, chercheuse à Microsoft Research et professeure à l'Université de New York³⁷.

Or, même si certains analystes s'emploient à dresser un état de l'art de l'IA qui permet de relativiser les avancées actuelles et leurs impacts actuels sur la société³⁸, cette puissance ne cesse de croître à la faveur des disruptions qui tireront demain parti des avancées de l'informatique quantique^{39,40}.

- *L'avènement de la robotique intelligente prend de vitesse l'élaboration du droit*

³⁴ L'*AI Now Institute* a été fondé par Meredith Whittaker et Kate Crawford, deux ingénieures de Google et Microsoft qui ont dénoncé le manque d'éthique de leurs entreprises et entendent questionner l'impact social de l'intelligence artificielle

³⁵ *Le capitalisme de la surveillance - Un nouveau clergé :*

<https://esprit.presse.fr/article/shoshana-zuboff/le-capitalisme-de-la-surveillance-42084?fbclid=IwAR3DqO3fN5kSeOTG4LwlpMAc-hXBy6SKwnNWKveOltEXnoxePUc5u5wgg6c>

³⁶ Cf. par exemple *Comment en achetant une société de cryptage, la CIA et les Allemands ont pu espionner pendant 50 ans le monde entier :* <https://www.latribune.fr/entreprises-finance/industrie/aeronautique-defense/comment-en-achetant-une-societe-de-cryptage-la-cia-et-les-allemands-ont-pu-espionner-pendant-50-ans-le-monde-entier-839513.html>

³⁷ *L'IA est une nouvelle ingénierie du pouvoir :* http://www.internetactu.net/2019/09/30/kate-crawford-lia-est-une-nouvelle-ingenierie-du-pouvoir/?fbclid=IwAR2CHDLEiQ5zXp2Ty9pTcvbFFaaT1zbeurZUOOM0llzxF8uhVL1415OlfZg*

³⁸ Cf. *L'intelligence artificielle est-elle vraiment intelligente ?*

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

³⁹ *Ordinateur : les promesses de l'aube quantique :*

https://lejournal.cnrs.fr/articles/ordinateur-les-promesses-de-l'aube-quantique?fbclid=IwAR1dNzQ6-uKPub_R5cc42bkzZBqKBK17lz3aJATmQ8B8OrXsiDyYYOs79AA

⁴⁰ Un internet quantique est sur le point d'apparaître, qui permettra de communiquer instantanément sur de grandes distances sans contact électrique ou physique entre les informations échangées - Cf. <https://www.nature.com/articles/s41567-019-0727-x>

Pour Alain et Jérémy Bensoussan, avocats technologies à la Cour d'appel de Paris spécialisés dans le droit des technologies avancées⁴¹ :

« La singularité du robot dans l'espace juridique a vocation à s'accroître ; 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 vases communicants 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 bientôt le robot, elle-même continuellement renforcée par ses capacités d'apprentissage –, le droit n'aura d'autre choix que de s'aligner. »

- *Le domaine de la justice pourrait être prochainement impacté par l'avènement du numérique*

L'algorithmique est en passe de pénétrer l'univers si singulier de la justice.

Pour preuve, permettre à un algorithme de régler les conflits judiciaires autour des contrats commerciaux est une idée poursuivie par des chercheurs de l'Université de Tokyo et de l'Université de la Colombie-Britannique. Des chercheurs qui vont jusqu'à envisager la création d'un tribunal numérique s'appuyant sur la blockchain et l'intelligence artificielle pour faire gagner beaucoup de temps et d'argent aux parties.⁴²

S'il reste encore bien du chemin avant l'utilisation d'un tribunal digital dans le monde réel, petit à petit, néanmoins, l'utilisation de la 'blockchain' et des 'smart contracts' se normalise. Le 'Blockchain Technology Act' pourrait bien accélérer le déploiement de cette technologie aux États-Unis. Qu'en sera-t-il en Europe ?

⁴¹ 'IA, robots et droit' : Cet ouvrage complète le Minilex *Droit des robots* publié en 2015 en passant en revue toutes les disciplines : droit de la personne, droit de la consommation, contrat, responsabilité, assurance, propriété intellectuelle, droit pénal, données personnelles, sécurité, éthique, droit à la transparence des algorithmes, neurodroit, etc., mais également des technologies (chatbots, blockchain, bionique, neurosciences, etc.) et des secteurs d'activité (usine 4.0, armement, banque et finance, justice, santé, etc.).

Il comporte en outre une analyse comparative de 21 chartes éthiques et codes de conduite, qui permettent dans un premier temps d'accompagner ces mutations technologiques dans la zone Europe, Asie, États-Unis et France.

⁴² Des chercheurs ont créé une cour de justice digitale qui fonctionne en combinant IA et blockchain

<https://www.presse-citron.net/des-chercheurs-ont-cree-une-cour-de-justice-digitale-qui-fonctionne-en-combinant-ia-et-blockchain/>

B – Rappel de quelques éléments de droit

B – 1 L'Etat de droit dans le système international des Nations Unies

La notion d'Etat de droit est inscrite dans la Charte des Nations Unies. Le préambule de la Charte indique que l'un des buts de l'ONU est de « *créer les conditions nécessaires au maintien de la justice et du respect des obligations nées des traités et autres sources du droit international.* »

L'Etat de droit se définit comme « *un principe de gouvernance en vertu duquel l'ensemble des individus, des institutions et des entités publiques et privées, y compris l'État lui-même, ont à répondre de l'observation de lois promulguées publiquement, appliquées de façon identique pour tous et administrées de manière indépendante, et compatibles avec les règles et normes internationales en matière de droits de l'homme. Il implique, d'autre part, des mesures propres à assurer le respect des principes de la primauté du droit, de l'égalité devant la loi, de la responsabilité au regard de la loi, de l'équité dans l'application de la loi, de la séparation des pouvoirs, de la participation à la prise de décisions, de la sécurité juridique, du refus de l'arbitraire et de la transparence des procédures et des processus législatifs.* »⁴³

La Déclaration universelle des Droits de l'homme de 1948 accorde également une place centrale à l'Etat de droit lorsqu'elle souligne qu'« *il est essentiel que les droits de l'homme soient protégés par un régime de droit pour que l'homme ne soit pas contraint, en suprême recours, à la révolte contre la tyrannie et l'oppression* ».

L'Assemblée générale des Nations Unies a tenu, le 24 septembre 2012, lors de sa soixante-septième session, une Réunion de haut niveau sur l'Etat de droit aux niveaux national et international. Une occasion unique a ainsi été donnée à tous les États Membres, organisations non gouvernementales et organisations de la société civile représentés au plus haut niveau de s'engager à renforcer l'Etat de droit.

Cette Réunion de haut niveau s'est achevée par l'adoption par consensus d'une déclaration⁴⁴ dans laquelle les États Membres ont réaffirmé leur attachement à l'Etat de droit et défini les mesures à prendre pour en garantir les différents aspects.

Ils constatent, dans cette déclaration, « *que l'Etat de droit vaut aussi bien pour tous les États que pour les organisations internationales, y compris l'Organisation des Nations Unies et ses organes principaux, et que le respect et la promotion de l'Etat de droit et de la justice devraient guider toutes leurs activités et conférer certitude et légitimité à leurs actions. Ils déclarent considérer également que « toutes les personnes, institutions et entités publiques ou privées, y compris l'État lui-même, sont tenues de respecter les lois justes et équitables et ont droit sans distinction à l'égal protection de la loi ».*

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

B - 2 La situation du droit – et notamment du droit constitutionnel - en France

- La Constitution

En France, la Constitution est le texte fondamental qui détermine la forme du gouvernement du pays. Elle organise et structure les relations de pouvoir, puisqu'elle définit les rapports des membres selon des règles leur conférant des droits et des garanties sur le respect de ces droits. La Constitution est donc la condition de possibilité de l'Etat de droit, c'est-à-dire d'un Etat dont l'action publique est encadrée par la loi.

Outre la définition internationale présentée *supra*, l'Etat de droit se définit également en France par référence à l'article 16 de la Déclaration de 1789, qui stipule que *"toute société qui ne sépare pas les pouvoirs, ni ne garantit les droits, n'a point de Constitution"*.

« *Dans la déclaration de 1789, les droits dits naturels et imprescriptibles sont la liberté, la propriété, la sûreté, pas la sécurité. La sûreté, c'est l'assurance pour les individus qu'ils pourront avoir un recours contre l'Etat s'il a une pratique abusive, excessive et arbitraire. La sûreté garantit la liberté des citoyens contre un pouvoir invasif, arbitraire et excessif de l'Etat.* »

⁴³ Cf. le [Rapport du Secrétaire général sur le rétablissement de l'état de droit et administration de la justice pendant la période de transition dans les sociétés en proie à un conflit ou sortant d'un conflit](#) (S/2004/616)

⁴⁴ Cf. la [déclaration](#)

« *Le deuxième pilier, c'est l'Etat qui respecte et fait respecter dans sa production législative et dans son organisation juridictionnelle les droits des citoyens.* ».

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

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

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

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

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

- *Le Président de la République*

La Constitution de 1958 octroie au président de la République d'importantes responsabilités. Pour les exercer, il dispose de pouvoirs divisés en deux catégories distinctes. La première concerne les pouvoirs personnels, c'est-à-dire propres au président de la République et dont il est seul décideur. On parle également de « domaine réservé ». La seconde concerne les pouvoirs partagés, que le président ne peut exercer sans contreseing ministériel.

En proclamant que « *le président de la République veille au respect de la Constitution* », l'article 5 lui accorde un « *pouvoir d'interprétation de la Constitution* ». En tant que garant des institutions, il a ainsi un pouvoir de garantie d'arbitrage en matière constitutionnelle. Pour ce faire, il nomme trois des neuf membres du Conseil constitutionnel et dispose d'un droit de saisine permanent sur cette institution.

Comme défini par l'article 64 de la Constitution, le président est également le garant de l'indépendance judiciaire. Il est assisté par le Conseil supérieur de la magistrature dans cette fonction. Il peut demander une deuxième lecture de la loi, dissoudre le Parlement, et dans certaines conditions, décider d'un référendum. Ces dispositions de la Constitution ont pour but de permettre, en cas de blocage institutionnel, au président de la République de se retourner vers le peuple.

Parmi les responsabilités attribuées au chef de l'État figurent les « pouvoirs de crise ». L'article 16 de la Constitution lui confère à ce titre des pouvoirs exceptionnels de « salut public ». Deux conditions doivent néanmoins être réunies pour permettre au président de la République d'avoir recours à ces pouvoirs exceptionnels : une « menace grave et immédiate » doit peser sur « les institutions de la République, l'indépendance de la nation, l'intégrité de son territoire ou l'exécution de ses engagements internationaux » et le « fonctionnement régulier des pouvoirs publics constitutionnels doit être interrompu ». Ce pouvoir de crise concerne avant tout les temps de guerre et tout autre mouvement insurrectionnel. Alors qu'il est considéré comme l'une des dispositions les plus controversées de la Constitution, son usage a été encadré par la révision de 2008.

- *Le pouvoir judiciaire*

Le pouvoir judiciaire s'exerce au travers de quatre ordres de juridictions constitutionnel, judiciaire, administratif, financier, coiffés chacune par une forme de Cour suprême. C'est le seul « *ordre judiciaire* » celui coiffé par la Cour de cassation qui est qualifié dans la Constitution « *d'Autorité judiciaire* ». Mais ce sont les quatre qui exercent chacun pour sa part la mission de contrôle global que l'on peut qualifier de « *pouvoir judiciaire* ». Qui est là justement pour assurer les équilibres voulus par le principe de séparation des pouvoirs. Enfin, des limites sont données à ces pouvoirs grâce aux garanties et aux voies de recours offertes en cas de non-respect des dispositions constitutionnelles. La Constitution rend nécessaire la mise en place d'un contrôle juridictionnel de l'administration, qui en France, est assuré par le Conseil d'Etat⁴⁵.

⁴⁵ Particularité française, le Conseil d'État coiffe l'ordre de juridiction chargée de juger et de contrôler la sphère publique. Les juridictions administratives contrôlent la régularité des actes de l'exécutif de l'État central et des collectivités locales. En appliquant le droit administratif français, création en grande partie prétorienne, c'est-à-dire issu d'une jurisprudence interprétative abondante.

La division entre le domaine de la loi et le domaine du règlement est une caractéristique importante de la Constitution de la Ve République. Désormais, on ne règle pas tout par la loi. Dans son esprit, la loi doit être sacralisée, porter sur les libertés, les droits fondamentaux etc. Tout ce qui n'est pas du domaine de la loi est du domaine du règlement.

Autre caractéristique, le pouvoir donné au président de la République de prendre par ordonnance un certain nombre de mesures qui sont normalement du domaine de la loi, à partir du moment où le Parlement a délégué ce pouvoir.

- *Le Conseil constitutionnel*

L'objectif initial de ce Conseil était d'éviter les errements du régime d'assemblée observés pendant la quatrième République : « *La création du Conseil constitutionnel manifeste la volonté de subordonner la loi, c'est-à-dire la décision du Parlement, à la règle supérieure édictée par la Constitution. La Constitution crée ainsi une arme contre la déviation du régime parlementaire* » (Discours de Michel Debré du 27 août 1958 devant le Conseil d'État).

Ses attributions, augmentées en 1971, 1974 et 2008, consistent désormais à veiller au respect de la Constitution, des principes démocratiques et des droits fondamentaux, et à la régularité des élections.

La relation entre les droits fondamentaux et les lois qui en encadrent l'exercice relève de la responsabilité du Conseil constitutionnel. Avant de déclarer conforme à la Constitution une loi ou un traité pour lequel son avis est sollicité, il compare les restrictions des droits fondamentaux prévues dans la loi à l'intérêt général qui en est l'objet. Cette comparaison repose donc sur le concept d'intérêt général.

C'est le Conseil d'État qui donne la définition de l'intérêt général : « *L'intérêt général, qui exige le dépassement des intérêts particuliers, est d'abord, dans cette perspective, l'expression de la volonté générale, ce qui confère à l'Etat la mission de poursuivre des fins qui s'imposent à l'ensemble des individus, par-delà leurs intérêts particuliers.* »

- *Les objectifs de valeur constitutionnelle*

En droit français, un objectif de valeur constitutionnelle (ou objectif à valeur constitutionnelle) est un objectif dégagé par le Conseil constitutionnel auquel ce dernier reconnaît une valeur constitutionnelle.

On dénombre treize objectifs de valeur constitutionnelle : l'accessibilité et l'intelligibilité de la loi, la clarté de la loi, la sauvegarde de l'ordre public, le respect de la liberté d'autrui, la préservation du pluralisme des courants d'expression socio-culturels, la transparence des entreprises de presse, la protection de la santé publique (qui est également un principe constitutionnel), la recherche des auteurs d'infractions, la lutte contre la fraude fiscale, la possibilité pour toute personne de disposer d'un logement décent, l'équilibre financier de la sécurité sociale, l'égal accès des femmes et des hommes aux mandats électoraux et fonctions électives, l'égalité entre les collectivités territoriales.

Ces objectifs trouvent leurs fondements dans la Constitution elle-même, dans la déclaration des droits de l'homme et du citoyen ou dans le préambule de la Constitution de 1946.

La place des objectifs de valeur constitutionnelle dans la hiérarchie des normes juridiques est très discutée. Les objectifs de valeur constitutionnelle ne sont pas des droits mais des buts assignés par la Constitution au législateur, qui constituent des conditions objectives d'effectivité des droits fondamentaux constitutionnels. Ils découlent des droits et libertés et servent à en déterminer la portée exacte. Ils servent moins à les limiter qu'à les protéger. La « clef d'interprétation » des objectifs réside ainsi dans l'effectivité des droits et libertés.

En pratique, Le Conseil constitutionnel accorde aux objectifs une protection inférieure à celle des droits et libertés constitutionnels, même si cette protection varie selon les objectifs et les circonstances⁴⁶.

- *La hiérarchie des normes*

Voir ses missions : <https://www.conseil-etat.fr/le-conseil-d-etat/missions>

⁴⁶ Les objectifs de valeur constitutionnelle

<https://www.conseil-constitutionnel.fr/nouveaux-cahiers-du-conseil-constitutionnel/les-objectifs-de-valeur-constitutionnelle>

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

La hiérarchie des normes comporte 3 niveaux juridiques : le bloc fondamental constitutionnel, le bloc législatif et réglementaire et le bloc des actes conventionnels. Ainsi, une norme inférieure doit absolument être conforme avec la totalité des règles qui lui sont supérieures. Un décret devra être conforme à une Loi, un contrat, un décret, etc. De plus, la liberté est de principe du droit français. Ainsi, tout ce qui n'est pas formellement interdit par la loi est autorisé.

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

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

- la DDHC : elle contient les principes essentiels utilisés par le Conseil constitutionnel pour son contrôle, notamment ceux de la liberté d'expression, de l'égalité de tous devant la loi, devant les emplois publics, devant l'impôt, de la non-rétroactivité des lois pénales, de la proportionnalité des peines ou encore de la propriété ;
- le Préambule de la Constitution de 1956 : il réaffirme l'attachement du peuple français à la DDHC, telle qu'elle est complétée par le Préambule de 1946. En 2005, une loi constitutionnelle a modifié ce préambule pour y introduire un renvoi à la Charte de l'environnement. Les droits et devoirs définis dans cette Charte font donc désormais partie du bloc de constitutionnalité ;
- le Préambule de la Constitution de 1946 : il réaffirme les droits consacrés par la DDHC, les principes fondamentaux reconnus par les lois de la République (PFRLR) que le Conseil constitutionnel va désormais pouvoir dégager et proclame les principes politiques, économiques et sociaux apparaissant comme "*particulièrement nécessaires à notre temps*", au titre desquels il faut mentionner l'égalité des droits hommes-femmes, le droit d'asile, le droit à l'emploi, la liberté syndicale, le droit de grève et le droit à la santé. Ces principes ont été décrits comme des droits-créances impliquant de la part de l'État des prestations positives et non plus la simple obligation de s'abstenir d'y porter atteinte ;
- la Charte de l'environnement de 2004 : elle est composée de dix articles dont le plus célèbre est l'art. 5 qui consacre le principe de précaution selon lequel "*lorsque la réalisation d'un dommage, bien qu'incertaine en l'état des connaissances scientifiques, pourrait affecter de manière grave et irréversible l'environnement, les autorités publiques veillent, par application du principe de précaution et dans leurs domaines d'attributions, à la mise en œuvre de procédures d'évaluation des risques et à l'adoption de mesures provisoires et proportionnées afin de parer à la réalisation du dommage*".

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

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

Ce bloc comprend trois types de normes :

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

En ce qui concerne les traités internationaux, pour la première fois sous la V^e République, le Conseil décida en 1992 que l'autorisation de ratifier en vertu d'une loi le Traité - dit de Maastricht - portant sur l'Union européenne, ne pouvait intervenir qu'après révision de la Constitution. Il prit une position identique en 1997 sur le Traité - dit d'Amsterdam - portant sur la libre circulation des personnes dans ses dispositions portant sur le droit d'asile et la politique d'immigration, en 1999 sur le Traité portant statut de la Cour pénale internationale et en 2007 sur le Traité de Lisbonne transformant l'architecture institutionnelle de l'Union européenne. Ces quatre décisions du Conseil constitutionnel conduisirent à chaque fois à réviser la Constitution.

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

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

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

Contrôler la conformité des lois à la Convention européenne des droits de l'homme est désormais une tâche quotidienne des juridictions judiciaires et administratives⁴⁷. Celles-ci n'hésitent plus à écarter la loi ou le règlement qu'elles estiment contraire à la Convention⁴⁸.

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

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

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

Dans une décision du 30 novembre 2006 (DC 2006-543), le Conseil a accompli un pas décisif supplémentaire, fondé sur l'idée que « *La République participe aux Communautés européennes et à l'Union européenne, constituées d'États qui ont choisi librement, en vertu des traités qui les ont instituées, d'exercer en commun certaines de leurs compétences* » et que dès lors, « *la transposition en droit interne d'une directive communautaire résulte d'une exigence constitutionnelle* »⁴⁹.

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

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

« En refusant d'exercer lui-même le contrôle de conformité des lois par rapport aux traités internationaux, le Conseil constitutionnel a conduit l'ensemble des juridictions françaises, tant judiciaires qu'administratives, à développer un contrôle de conventionnalité qui s'apparente, en fait, à une autre forme de contrôle de constitutionnalité.

[...] Contrôler la conformité des lois à la Convention européenne des droits de l'homme est donc désormais une tâche quotidienne des juridictions judiciaires et administratives. Celles-ci n'hésitent plus à écarter la loi ou le règlement qu'elles estiment contraire à la convention. Le Conseil d'Etat le fait par exemple dans 20 % des affaires.

Or ce contrôle de conventionnalité a, en pratique, la même portée et les mêmes effets qu'un contrôle de constitutionnalité par voie d'exception.

⁴⁷ *La France et la Convention Européenne des Droits de l'Homme (CEDH) :*

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

⁴⁸ *L'influence de la Cour européenne des droits de l'homme sur le Conseil constitutionnel :*

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

⁴⁹ Cf. à ce sujet le dossier réalisé par le Conseil constitutionnel et intitulé : *'De l'intégration des ordres juridiques : droit constitutionnel et droit de l'Union européenne'* : <https://www.conseil-constitutionnel.fr/publications/titre-vii/avril-2019-2>

Sur le plan juridique, le contrôle de conventionnalité est exactement de même nature qu'un contrôle de constitutionnalité par voie d'exception. Le raisonnement tenu par un juge français pour écarter l'application d'une loi contraire aux stipulations d'un traité, même antérieur, est exactement le même que le raisonnement tenu par le Chief Justice Marshall en 1803 dans l'arrêt Marbury contre Madison.

Sur le plan pratique, les deux types de contrôle ont une portée identique. En effet, sauf peut-être en matière sociale, la Convention européenne des droits de l'homme englobe et même dépasse le catalogue des droits fondamentaux tel qu'il résulte, en France, de la Constitution de 1958 et de son Préambule, de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789, du Préambule de la Constitution de 1946 et des principes fondamentaux reconnus par les lois de la république auxquels il renvoie.

Les deux types de contrôle ont, enfin, les mêmes effets pratiques. Même si les décisions rendues en matière de conventionnalité n'ont que l'autorité relative de la chose jugée, elles font jurisprudence et aboutissent, en pratique, à une paralysie des lois jugées contraires à la Convention européenne des droits de l'homme. L'expérience des pays qui, comme les États-Unis, connaissent un contrôle de constitutionnalité par voie d'exception est là pour confirmer les effets puissants d'un tel contrôle.

C'est d'ailleurs la raison pour laquelle la Cour constitutionnelle italienne a jugé en 2007, par deux arrêts de principe, que le contrôle de la conformité des lois aux traités internationaux et notamment à la Convention européenne des droits de l'homme, dont la primauté est désormais expressément prévue par la révision constitutionnelle de 2001, relevait de sa compétence exclusive. »⁵⁰ (Olivier Duthéillet de Lamothe, Conseiller d'Etat alors membre du Conseil Constitutionnel)

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

- *La question prioritaire de constitutionnalité*

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

Avant cette réforme, il n'était pas possible à des justiciables de contester la conformité à la Constitution d'une loi déjà entrée en vigueur. Désormais, les justiciables jouissent de ce droit en vertu de l'article 61-1 de la Constitution. Si les conditions de recevabilité de la question sont réunies, il appartient au Conseil constitutionnel, saisi sur renvoi par le Conseil d'État ou la Cour de cassation, de se prononcer et, le cas échéant, d'abroger la disposition législative.

- *Le Défenseur des droits*

Par la loi organique n° 2011-333 du 29 mars 2011 relative au Défenseur des droits⁵¹, le droit fondamental de la République française instaure un Défenseur des droits chargé :

- De défendre les droits et libertés dans le cadre des relations avec les administrations de l'Etat, les collectivités territoriales, les établissements publics et les organismes investis d'une mission de service public ;
- De défendre et de promouvoir l'intérêt supérieur et les droits de l'enfant consacrés par la loi ou par un engagement international régulièrement ratifié ou approuvé par la France ;
- De lutter contre les discriminations, directes ou indirectes, prohibées par la loi ou par un engagement international régulièrement ratifié ou approuvé par la France ainsi que de promouvoir l'égalité ;
- De veiller au respect de la déontologie par les personnes exerçant des activités de sécurité sur le territoire de la République ;

⁵⁰ *Contrôle de conventionnalité et contrôle de constitutionnalité en France* - <https://www.conseil-constitutionnel.fr/les-membres/controle-de-conventionnalite-et-controle-de-constitutionnalite-en-france>

⁵¹ <https://www.legifrance.gouv.fr/affichTexte.do?cidTexte=JORFTEXT000023781167>

- D'orienter vers les autorités compétentes toute personne signalant une alerte dans les conditions fixées par la loi, de veiller aux droits et libertés de cette personne [Dispositions déclarées non conformes à la Constitution par la décision n° 2016-740 DC du 8 décembre 2016.]

Le Défenseur des droits peut être saisi des agissements de personnes publiques ou privées. Il peut en outre se saisir d'office ou être saisi par les ayants droit de la personne dont les droits et libertés sont en cause.

La saisine du Défenseur des droits est gratuite. Elle est précédée de démarches préalables auprès des personnes publiques ou des organismes mis en cause, sauf lorsqu'elle est présentée au titre des compétences mentionnées aux 2° à 4° de l'article 4. Elle n'interrompt ni ne suspend par elle-même les délais de prescription des actions en matière civile, administrative ou pénale, non plus que ceux relatifs à l'exercice de recours administratifs ou contentieux. 500 Défenseurs des droits délégués sont répartis sur le territoire national pour assister les citoyens dans leurs démarches, notamment celles ayant trait aux difficultés rencontrées en raison de la dématérialisation des services publics.

- *Nouvelles formes de l'action publique et émergence de nouveaux procédés normatifs*

La transformation du rôle de l'État et l'émergence de nouvelles problématiques globales ont donné naissance à de nouveaux procédés normatifs dont le contenu et la mise en œuvre reposent sur des acteurs distincts des États régaliens classiques, sans que ceux-ci ne soient pour autant placés hors-jeu ou mis sur la touche. Ils peuvent en effet toujours édicter des règles de fond, émettre ou valider des recommandations et, enfin, inciter ou contraindre les opérateurs à mettre en œuvre des procédures de conformité, le cas échéant sous peine de sanctions.

L'évolution des politiques et relations économiques et sociales, notamment internationales, a progressivement modifié les formes de l'action publique et favorisé l'émergence de nouveaux procédés normatifs. Le droit public et le juge administratif doivent par conséquent s'adapter aux conséquences que ces évolutions engendrent.

Le Vice-président du Conseil d'Etat, Jean-Marc Sauvé, relève à cet égard⁵² :

« L'action de l'État qui, en principe, se limite à l'édition de normes générales, se met de plus en plus en œuvre par le biais de régulateurs, surtout dans le champ économique. En France, ce sont les autorités administratives ou publiques indépendantes, émanations de la puissance publique, qui interviennent dans plusieurs secteurs économiques présentant un fort caractère d'intérêt général, notamment en raison de la menace de risques systémiques. Elles ont recours à des procédés normatifs plus souples et participatifs. De cette manière, elles associent les acteurs concernés à l'élaboration des règles applicables, avec la volonté d'influer de manière moins contraignante sur les rapports économiques et sociaux et de provoquer ou de favoriser les évolutions recherchées de manière plus consentie et donc plus efficace. En outre, dans un certain nombre de cas, les lois et les règlements renvoient aux autorités de régulation ou aux acteurs eux-mêmes le soin de définir les règles de bonne conduite ou les exigences déontologiques et éthiques d'un secteur. Le droit souple permet ainsi de pallier les insuffisances du droit classique, soit que ce dernier soit confronté à des phénomènes qui dépassent le cadre étatique – par exemple, lorsque la conclusion d'accords contraignants entre États n'est pas envisageable, faute pour eux de s'accorder sur les objectifs poursuivis et les modalités de leur réalisation -, soit que le droit classique rencontre des problématiques nouvelles qu'il ne maîtrise pas ou qui nécessitent l'adhésion du public visé, comme en matière de laïcité ou de lutte contre la corruption.

[...] l'internationalisation des rapports économiques, la multiplication des échanges et l'interdépendance croissante des économies et des États ont mis en lumière des problématiques dont le traitement dépasse le strict champ des frontières nationales et que des normes purement nationales ne sont plus en mesure de réguler : le développement durable, la protection des droits de l'homme ou la lutte contre le terrorisme, par exemple. Le phénomène des multinationales, c'est-à-dire la présence de grandes et puissantes entreprises dans une multitude de pays, a aussi fait émerger des enjeux relatifs à la protection des consommateurs et des travailleurs, ainsi qu'à la lutte contre la corruption ou la préservation de la stabilité de l'économie mondiale que des normes seulement nationales ou étatiques ne sont plus en mesure d'encadrer efficacement. Les États,

⁵² *Conformité, droit public et juge administratif*

<https://www.conseil-etat.fr/actualites/discours-et-interventions/conformite-droit-public-et-juge-administratif>

dont les leviers d'action classiques, et notamment le droit interne, s'arrêtent le plus souvent aux frontières nationales, se sont ainsi révélés peu aptes à répondre par leurs seuls moyens à ces problématiques globales. Ils ont par conséquent recours collectivement à des procédés normatifs nouveaux pour contourner l'impossibilité de recourir aux instruments traditionnels ou pour offrir une réponse mieux adaptée à des phénomènes nouveaux ou encore mal maîtrisés, comme la gouvernance d'Internet ou les préoccupations environnementales. Leur action est complétée par celle des acteurs économiques qui précisent le contenu et assurent le respect de ces règles en internalisant certaines contraintes pour montrer qu'ils participent eux aussi à la réalisation de ces objectifs globaux. L'accent est ainsi progressivement porté sur les actions mises en place par les acteurs économiques pour assurer en toutes circonstances l'application ou le respect des normes, recommandations, lignes directrices ou bonnes pratiques et, à tout le moins, pour en limiter les risques de méconnaissance. Il est un peu moins mis sur les règles du jeu en tant que telles. Les objectifs poursuivis répondent pourtant, pour certains d'entre eux, à une exigence morale ou éthique que les acteurs économiques ne sont pas naturellement enclins à prendre en charge : la prévention des conflits d'intérêts, la fourniture d'un niveau élevé de qualité de service à tous ou la poursuite d'un développement durable, par exemple. Sous la pression des pairs, mais surtout des régulateurs du système économique, et désireux de créer et de préserver une image vertueuse ou d'éviter des sanctions, les acteurs économiques adoptent par conséquent de plus en plus des comportements et des procédures par lesquels ils se donnent les moyens de respecter, alors même qu'ils n'y sont pas toujours contraints, des règles de toute nature qui leur sont extérieures.

[...] Les entreprises défendent souvent des formes d'autorégulation qui seraient mieux adaptées à la spécificité de leurs missions, au contraire de normes générales contraignantes jugées moins pertinentes qui pourraient susciter de surcroît une volonté de contournement. Elles sont notamment favorables à la détermination de règles de référence dont elles peuvent s'écarter en cas de nécessité justifiée, plutôt qu'à l'édiction et l'imposition de règles générales. En s'imposant de respecter ces règles de droit souple ou de moindre normativité, les acteurs économiques et sociaux s'inscrivent spontanément, sous l'effet d'incitations externes ou par l'effet de la loi, dans des processus de « conformité » qui permettent de mieux appréhender certains problèmes auxquels le droit classique n'apporte qu'une réponse incomplète. La validité du recours au droit souple a dans ce cadre été reconnue par le Conseil d'Etat qui y voit, dans certaines hypothèses, l'opportunité de pallier des insuffisances du « droit dur » ou même de s'y substituer de manière pérenne lorsque les circonstances l'exigent.

Les codes de bonnes pratiques, lignes directrices, recommandations, normes de référence et avis, pour ne citer que quelques-uns des termes utilisés, se sont ainsi multipliés. Ils reposent en partie sur deux principes, là encore empruntés à la langue anglaise, dont l'efficacité dans la définition d'expressions percutantes est redoutable : « name and shame » et « comply or explain ». [...]

B – 3 La Convention européenne de sauvegarde des droits de l'Homme et des libertés fondamentales occupe une place fondamentale dans le fonctionnement de l'Etat de droit

La Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales consacre, d'une part, une série de droits et libertés et organise, d'autre part, un mécanisme visant à garantir le respect par les Etats des obligations contractées par eux.

Elle dispose de deux institutions : une Cour unique fonctionnant à plein temps (la CEDH), et le Comité des Ministres du Conseil de l'Europe, composé des ministres des Affaires étrangères des Etats membres ou de leurs représentants.

S'il ne s'agit pas d'une institution de l'Union européenne, c'est la Cour qui interprète la Convention. Or « *les droits fondamentaux, tels qu'ils sont garantis par la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'Homme et des libertés fondamentales et tels qu'ils résultent des traditions constitutionnelles communes aux Etats membres, font partie du droit de l'Union en tant que principes généraux.* » (article 6, par. 3, du Traité sur l'Union européenne).

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

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

La Convention énonce :

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

La question se pose alors de la prise en compte de l'identité constitutionnelle d'un Etat dans la jurisprudence conventionnelle.

A cet égard le professeur David Szymczak relève :

« la Convention européenne des droits de l'homme affiche une apparente neutralité à l'égard de la structure constitutionnelle des Etats parties. Par exemple, il importe peu qu'un Etat soit une République ou une Monarchie, un Etat fédéral ou un Etat unitaire, qu'il repose sur un régime présidentiel ou sur un régime parlementaire... du moment qu'il respecte la prééminence du droit et qu'il garantisse les droits de la Convention à toute personne placée sous sa juridiction. Une telle neutralité se manifeste d'ailleurs ab initio, la Convention ne prescrivant pas – contrairement au droit de l'Union européenne – une obligation d'incorporation ou encore un rang hiérarchique déterminé. A priori, l'identité constitutionnelle serait donc peu susceptible d'être remise en cause par la Convention européenne, ultima ratio qui non seulement repose sur le principe de subsidiarité mais qui en outre semble exclure de son champ d'application la plupart des questions constitutionnelles. En seconde approche toutefois, ce principe de neutralité tend assez souvent à devenir l'exception et « l'indifférence » cède alors le pas à d'autres types de rapports entre les organes conventionnels de contrôle et les divers droits nationaux.

« L'autonomie constitutionnelle » se retrouve ainsi « aux prises » avec la Convention et les Etats parties perdent en cette occasion la possibilité de définir librement ce qui relève de leur identité constitutionnelle.

Deux cas de figure peuvent cependant se présenter. Dans certaines affaires, la nécessité de préserver son identité constitutionnelle a pu constituer un « argument de défense » efficace pour un Etat désireux de justifier une atteinte à la Convention. En résulte alors une « prise en compte positive de l'identité constitutionnelle » par la Cour de Strasbourg, respectueuse des intérêts essentiels de l'Etat et/ou de ses particularismes. Cependant, la Cour européenne ne reconnaît pas d'« exception constitutionnelle » permettant aux Etats de déroger, par principe, aux droits de la Convention « au nom » de leur Constitution. En découle alors parfois une « prise en compte négative de l'identité », justifiée par la garantie effective des droits. C'est à cette aune et sous cette limite que peut s'envisager la façon dont le juge européen appréhende l'identité constitutionnelle. Ou, pour le dire encore autrement, la Cour de Strasbourg viendra, en fonction des affaires, tantôt valoriser l'identité constitutionnelle, tantôt la neutraliser. »⁵³

Dernier à être entré en vigueur (août 2018), le protocole n°16 annexé à la Convention prévoit la possibilité pour les plus hautes juridictions des Etats parties (Conseil constitutionnel, Conseil d'Etat et cour de cassation en France) d'adresser des demandes d'avis consultatif à la Cour européenne des droits de l'Homme (CEDH)

⁵³ L'identité constitutionnelle d'un Etat dans la jurisprudence conventionnelle <http://pedone.info/Iredies/Szymczak.pdf>

sur des questions relatives à l'interprétation ou à l'application des droits et libertés définis par la Convention ou ses protocoles.

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

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

B – 4 L'Union européenne dispose d'un socle de droits fondamentaux ainsi que d'une panoplie d'initiatives et de sanctions à l'égard des violations de l'Etat de droit

L'UE dispose dans le Traité de Lisbonne de dispositions relatives à l'Etat de droit, dans un cadre très général. Ce traité précise les valeurs de l'UE, à savoir le respect de la dignité humaine, la liberté, la démocratie, l'égalité, l'Etat de droit, le respect des droits de l'homme, y compris des droits des personnes appartenant à des minorités. Elles sont dites communes aux États membres dans une société caractérisée par le pluralisme, la non-discrimination, la tolérance, la justice, la solidarité et l'égalité entre les femmes et les hommes.

Affirmées pour la première fois par le Traité sur l'Union européenne (TUE) signé à Maastricht en 1992, ces valeurs ont été par la suite confirmées et complétées par la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne (2000)⁵⁴. Mais ce n'est qu'avec le Traité de Lisbonne (2007) que la Charte s'est vu reconnaître une même valeur juridique et qu'elle a acquis un caractère obligatoire (art. 6 TUE).

Les principes fondateurs ont tout d'abord été largement reconnus par la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme. Mais ils avaient également été consacrés par le droit communautaire aussi bien que par les traités, les directives ou règlements et par la jurisprudence. C'est ainsi que l'article 6 §1 du traité d'Amsterdam a érigé en principe directeur de l'UE celui de la démocratie.

Les dispositions relatives aux droits fondamentaux sont articulées sur la Charte des droits fondamentaux. Les droits énoncés peuvent être invoqués par les citoyens européens à l'encontre d'un acte de l'UE ou d'un des Etats membres qui leur serait contraire.

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

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

- L'article 7 du Traité sur l'Union européenne

L'article phare dans ce registre est l'article 7 TUE qui vise à sanctionner un Etat membre pour violation grave et persistante des droits fondamentaux, ou plus précisément des valeurs de l'Union telles qu'énumérées au frontispice du Traité (article 2). Pour réagir contre ce type de violations, l'UE dispose d'une panoplie de moyens :

1. l'article 7 TUE lui-même avec ses propres limitations (contrairement à ce qui est parfois affirmé, la sanction de suppression des droits de vote de l'Etat concerné au sein du Conseil *n'est pas l'unique mesure possible* : le texte de l'article 7 dispose que "*le Conseil peut suspendre certains des droits découlant de l'application des traités à l'Etat membre en question, y compris les droits de vote (...) de cet Etat membre*").

2. des sanctions d'ordre budgétaire⁵⁵,

⁵⁴ *Cf.* <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/FR/TXT/?uri=CELEX%3A12008E%2FPRO%2F30>

⁵⁵ La situation prévalant dans certains États membres en matière de respect de l'Etat de droit a conduit la Commission à proposer un mécanisme spécifique de protection des intérêts financiers de l'UE en cas de telles violations généralisées. Voir le texte officiel de la proposition : https://ec.europa.eu/commission/sites/beta-political/files/protection-union-budget-rule-law-may2018_en.pdf

3. les positions prises par la Cour de justice européenne lorsqu'elle est saisie - notamment par voie de question préjudicielle - sur l'éventuelle situation de non-respect de l'État de droit dans un Etat membre (plusieurs affaires sont actuellement concernées).

4. les procédures d'infraction intentées par la Commission, gardienne des traités, visant, de façon indirecte, certains aspects des législations nationales attentatoires à l'État de droit (par exemple, la mise à la retraite de magistrats ou certaines réformes judiciaires).

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

La Hongrie comme la Pologne sont régulièrement rappelées à l'ordre par la Cour de justice de l'UE et ont dû essuyer ces dernières années de nombreux jugements défavorables censurant par exemple leurs réformes contestées en matière de justice ou de politique d'immigration.

Au cours du printemps 2020, une quatrième procédure d'infraction a été ouverte par la Commission européenne contre la Pologne pour les 'réformes judiciaires' qui y sont menées. Les trois précédentes sont allées jusqu'à la Cour de justice de Luxembourg ; à chaque fois, la Commission a gagné.

Ce mécanisme s'est avéré *in fine* parfaitement opérant. Dans le cas contraire, il aurait été alors paradoxal que la protection de l'UE contre la plus grave des violations (celle de ses valeurs fondamentales) s'avère moins efficace que sa protection contre des violations des règles de n'importe quelle politique commune.

Mais cet article 7 TUE présente néanmoins un certain nombre de lacunes⁵⁶.

S'il est clair que l'esprit même de cet article est à la fois d'exercer une pression (politique et morale) croissante sur le gouvernement concerné - tout en laissant le temps nécessaire au dialogue et à l'action diplomatique, il était *a priori* difficilement concevable que des Etats membres aussi importants que la France ou l'Allemagne puisse faire le cas échéant l'objet d'une telle procédure, jusqu'à ce que la Commission l'envisage à l'égard de l'Allemagne après que sa Cour constitutionnelle a rendu le 5 mai 2020 une décision critique vis-à-vis de la politique de rachat de titres de dettes engagée par la Banque centrale européenne en 2015.

Un jugement qui pourrait aussi compromettre la politique initiée par l'institution face au Covid-19, et même mettre en cause l'ordre juridique de l'Union européenne.

Saisie sur la validité de cette politique de rachat, la Cour de justice de l'Union européenne (CJUE) avait donné raison à la BCE dans un arrêt de décembre 2018. Les juges allemands ont trouvé là le moyen de remettre en cause à la fois l'indépendance de la BCE et la suprématie du droit communautaire, en "*qualifiant d'intenable d'un point de vue méthodologique*" l'arrêt de la CJUE.

Franz Mayer, professeur de droit à l'université de Bielefeld en Allemagne, voit quant à lui dans cette décision une "*boîte de Pandore ouverte*", ainsi qu'un argument mobilisable par les juridictions des autres Etats membres.

« *Que va-t-on dire à un juge polonais qui dira que la loi européenne ne s'impose pas à lui ? (...) La CJUE ne peut pas laisser faire, elle doit réagir, c'est une question de survie. C'est une guerre des juges* ».

« *Consciente de la menace* », la Commission européenne a martelé que « *les arrêts de la Cour de justice européenne sont contraignants pour toutes les juridictions nationales* ».

⁵⁶ La première faille réside dans la succession des étapes à franchir - au moins quatre - avant toute prise de sanctions effectives. La deuxième faille est la nécessité d'obtenir un vote unanime du Conseil européen pour constater "*l'existence d'une violation grave et persistante des valeurs de l'UE*", ouvrant la voie à de possibles sanctions. La troisième faille est d'un ordre plus général qui explique les précédentes : le processus tout entier est de caractère politique. Il laisse aux gouvernements en place - réunis au sein du Conseil européen - la maîtrise de la décision principale (la "constatation" d'une violation). Or, par nature, cet organe est amené à procéder à des arbitrages de caractère quasi-diplomatique - même si, en la circonstance, ceux-ci doivent être basés sur des faits relevés par la Commission.

Or une action intentée en justice par la Commission auprès de la CJUE à l'encontre de l'Allemagne viserait exclusivement l'exécutif allemand, pourtant indépendant de la Cour constitutionnelle en vertu du principe de la séparation des pouvoirs. Elle pourrait alors faire courir le risque de braquer les juges allemands.

Une phase de dialogue a donc été engagée avec les autorités allemandes soucieuses de recentrer le débat autour de la question de l'articulation entre droit national et droit européen, et ainsi d'éviter qu'il ne se polarise sur le rôle de la BCE, qui divise la grande coalition.

L'Allemagne étant appelée à exercer la présidence tournante du Conseil de l'UE du 1^{er} juillet au 31 décembre 2020, elle a d'autant plus à cœur de voir trancher un tel débat qu'elle a été mandatée par l'UE pour boucler la très stratégique négociation sur le cadre financier pluriannuel de l'UE pour la période 2021 – 2027, dont elle constitue le premier contributeur net – ce qui lui confère un poids particulièrement élevé dans toute négociation –, et d'engager les travaux de la Convention sur l'avenir de l'Union qui s'achèveront lors de la présidence tournante assurée par la France au cours du premier semestre 2022.

Alors que le Conseil cherche encore sa position commune à l'égard de cette Convention, le 'couple' franco-allemand sous la forme d'un '*non paper*', dès décembre 2019⁵⁷, puis la Commission européenne⁵⁸ ainsi que le Parlement européen⁵⁹, en janvier 2020, ont élaboré les leurs et les ont rendues publiques.

Parmi les thèmes retenus en commun figurent en bonne place la transformation numérique, ainsi que la promotion des valeurs européennes et la consolidation des fondements démocratiques de l'Union.

- *Le Règlement général sur la protection des données (RGPD)*

S'agissant plus spécifiquement des questions de droit relatives aux enjeux objets de la présente analyse, le RGPD⁶⁰, le règlement général sur la protection des données, instauré en mai 2018 au sein de l'UE, est censé permettre au consommateur de reprendre la main sur sa vie privée en ligne.

Bien que d'application directe, le RGPD contient plus d'une cinquantaine de marges de manœuvre, qui autorisent les États membres à préciser certaines dispositions.

⁵⁷ *Conference on the Future of Europe - Franco-German non-paper on key questions and guidelines*
<https://www.politico.eu/wp-content/uploads/2019/11/Conference-on-the-Future-of-Europe.pdf>

⁵⁸ La Commission propose deux volets parallèles pour les débats. Le premier, axé sur les priorités de l'UE et sur les objectifs que l'Union devrait s'employer à atteindre : en font notamment partie la transformation numérique de l'Europe, la promotion de nos valeurs européennes, ainsi que la consolidation des fondements démocratiques de l'Union. Le second volet devrait porter sur des sujets spécifiquement liés aux processus démocratiques et aux questions institutionnelles.

⁵⁹ *Position du Parlement européen concernant la conférence sur l'avenir de l'Europe*
https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/TA-9-2020-0010_FR.html

⁶⁰ cf. <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/FR/TXT/HTML/?uri=CELEX:32016R0679&from=FR>

C - La transformation numérique à l'œuvre en France

A titre d'illustration des processus à l'œuvre au sein d'une démocratie 2.0, sont proposés *infra* 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.

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

La France, qui souffre de difficultés considérables sur le registre de la médiation entre citoyens et administrations⁶¹ 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^{62,63,64}, et celles développées autour du numérique au service des territoires⁶⁵ ou autour de l'open data⁶⁶).

Qu'il s'agisse du grand débat initié par le gouvernement français en 2019 qui repose sur une consultation en ligne, des consultations publiques proposées par les institutions européennes ou les institutions parlementaires nationales (notamment lors des phases d'élaboration des études d'impact des projets et propositions de loi⁶⁷), le recours à la démocratie 2.0 est désormais entrée 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.

Aux quatre coins du territoire, le recours à la dématérialisation numérique est devenu l'alpha et l'oméga de tout projet de modernisation au coeur de la puissance publique (bien au-delà de l'Etat central), l'innovation autour de l'intelligence artificielle est mobilisée tout azimut, des laboratoires d'innovation ou des démarches qui s'en approchent qui ambitionnent de repenser l'action publique fleurissent : ce que ceux-ci font vraiment, pour qui et comment reste parfois un mystère ... Des *Legal-tech*⁶⁸ apparaissent ... Les technologies et les services qui se développent autour du protocole novateur de la blockchain émergent à un rythme effréné.

⁶¹ 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>

⁶² *Le numérique : instrument de la transformation de l'État* :

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

⁶³ *La direction interministérielle du numérique et du système d'information et de communication de l'État (DINSIC)* :

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

⁶⁴ *franceconnect.gouv.fr* : <https://franceconnect.gouv.fr/>

⁶⁵ *Administration numérique : un nouveau programme DCANT 2018-2020* :

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

⁶⁶ cf. www.lebigdata.fr/open-data-definition

⁶⁷ Depuis 2009, le Gouvernement doit joindre une étude d'impact à tous les projets de loi qu'il présente au Parlement. Cette étude d'impact est publique et publiée sur le site de l'Assemblée nationale. Ce document définit les objectifs poursuivis par le projet de loi, il présente le droit en vigueur, le droit européen, et les changements proposés par le gouvernement. L'étude d'impact évalue surtout les conséquences économiques, financières, sociales et environnementales attendues par le projet de loi et ses différents articles. En effet, l'étude d'impact permet aux parlementaires de disposer de l'ensemble des éléments pour comprendre et se prononcer sur un projet de loi. C'est un outil démocratique important pour le Parlement. Concrètement, qui rédige une étude d'impact ? Le contenu d'une étude d'impact est strictement défini par une loi organique relative à l'application de l'article 39 de la Constitution (article 8 de la loi organique n°2009-403 du 15 avril 2009 :

<https://www.legifrance.gouv.fr/affichTexteArticle.do?idArticle=JORFARTI000020521885&cidTexte=JORFTEXT000020521873&categorieLien=id&fbclid=IwAR1BywK1jh017A3doZ0f6w802yCpc5TMvTkswe30laLlHkGO4vyFOJ5am0>).

Elle est rédigée sous la responsabilité du ministre chargé de présenter le projet de loi. Concrètement, le ministre concerné rédige une trame et décide au besoin de solliciter un autre ministère et/ou une administration. C'est ensuite le Secrétariat général du Gouvernement (SGG), sous l'autorité du Premier ministre, qui valide l'étude d'impact. Une fois écrite, une étude d'impact est définitive. Elle ne peut être actualisée en cours de procédure législative, ni à son issue. Elle est présentée par le Gouvernement en même temps que le projet de loi et est contrôlé par le Conseil d'Etat. Le Conseil d'Etat évalue la complétude et la qualité de l'étude d'impact.

⁶⁸ cf. <http://legal-tech.fr/legaltech>

L'État est, en France, le premier producteur de données et, progressivement, avec l'open data, d'immenses quantités de données de qualité vont être mises à disposition du public.

« *Mais, pour Thomas Andrieu, directeur des affaires civiles et sceau au sein du ministère de la Justice, il faut que l'État apprenne à les exploiter pour lui* ».

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

Car, selon France Stratégie, 28 % des Français sont en difficulté numérique. Ils sont 14 millions concernés par l'*illectronisme* (parce qu'ils ne sont pas équipés de smartphone, tablette ou ordinateur, ne les maîtrisent pas, ou ne disposent pas d'accès internet). Et un Français sur cinq a déjà abandonné avant la fin une démarche administrative entreprise en ligne.

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

Au début du quinquennat, le président de la République annonçait un Plan France Très Haut Débit visant à couvrir l'intégralité du territoire en très haut débit d'ici 2022, mais également à garantir un accès au bon haut débit pour tous d'ici 2020⁶⁹.

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 au travers des cinq familles de critères suivantes⁷⁰ :

- Connectivité (Haut débit fixe, haut débit mobile, vitesse de connexion et tarifs)
- Capital humain (Utilisation de l'Internet, compétences numériques élémentaires et avancées)
- Utilisation de l'Internet (Utilisation par les citoyens des services de contenu, de communication et de transactions en ligne)
- Intégration de la technologie numérique (Passage des entreprises au numérique et commerce en ligne)
- Services publics en ligne (Administration en ligne)

« [En 2017] La France appartient au groupe des pays obtenant des résultats moyens.

Parmi les 28 États membres de l'UE, la France se classe en 16e position, soit un classement globalement inchangé et une légère amélioration de sa note. La France a obtenu de bons résultats en ce qui concerne les compétences numériques élémentaires et avancées, notamment grâce à une très forte proportion de diplômés dans les matières scientifiques et techniques (2e position). La France affiche également de bonnes performances en matière d'administration en ligne (services proposés en ligne et utilisation de ces services) et de données ouvertes. Néanmoins, son niveau de connectivité est inférieur à la moyenne européenne, notamment en raison d'un faible taux de couverture de la bande mobile 4G et du haut débit rapide. Les entreprises en France présentent également un niveau d'intégration des technologies numériques (facturation électronique, nuage) inférieur à la moyenne ; leur note relative à l'identification électronique est faible. En ce qui concerne le commerce électronique, la France occupe une position moyenne. Enfin, la France est en retard pour ce qui est de l'utilisation de l'internet, tant sur le plan des contenus (actualités, musique et vidéo) que

⁶⁹ Initié en 2013 par le Gouvernement, le Plan France Très Haut Débit (PFTHD) vise à couvrir d'ici 2022 l'intégralité du territoire en très haut débit (supérieur à 30 Mbit/s). France Stratégie doit en mesurer l'impact économique en termes d'investissement et d'emploi mais aussi en termes d'attractivité des territoires. Au cœur de l'évaluation, figurent également la réduction de la fracture numérique dans les territoires et l'impact du plan en matière d'innovation et de croissance.

⁷⁰ Cf. <https://www.arcep.fr/cartes-et-donnees/nos-publications-chiffrees/les-rapports-de-la-commission-europeenne-sur-letat-davancement-de-leurope-numerique.html>

sur le plan de la communication (réseaux sociaux), et ce, bien que les transactions en ligne (opérations bancaires, achats) soient très courantes. »⁷¹

Depuis, l'État a doté un nouveau dispositif appelé « Cohésion Numérique des Territoires » de 100 millions d'euros. L'idée : subventionner chaque foyer français jusqu'à 150 euros du coût d'équipement, d'installation ou de mise en service.

250 démarches administratives « phares » accessibles en ligne pour les citoyens, avec un haut niveau de qualité : c'est la promesse du Gouvernement pour 2022, rappelée lors du 3e comité interministériel de la transformation publique⁷² (CITP), qui s'est tenu le 20 juin 2019.

Pour tenir cet objectif, la direction interministérielle du numérique (DINSIC) a lancé un observatoire de la qualité des services numériques, ainsi qu'un dispositif pour recueillir la satisfaction des usagers. Ces deux outils permettront d'identifier les pistes d'amélioration prioritaires^{73,74}.

Le ministère de l'Économie, des Finances, de l'Action et des Comptes publics, comme le ministère de la Justice (voir *infra*), développent actuellement leurs propres algorithmes, illustrant la volonté de l'État de mobiliser ces données. En particulier, l'Autorité de la concurrence a ouvert en janvier 2020 un nouveau service dédié à l'économie numérique, directement rattaché au Rapporteur général, et appelé à collaborer avec les administrations de l'État en charge du numérique, avec les autres autorités administratives indépendantes françaises et étrangères, ainsi qu'avec le monde universitaire et celui de la recherche.

Sa mission : développer une expertise poussée sur les sujets numériques et collaborer aux investigations sur les pratiques anticoncurrentielles dans l'économie numérique. En marge de la publication de sa feuille de route 2020⁷⁵, le gendarme de la concurrence se concentrera cette année sur l'impact de la révolution numérique sur le secteur financier, à travers les fintechs, le monde des plateformes, la technologie blockchain et l'arrivée des géants du numérique dans les services de paiement. Il s'intéressera en particulier au secteur de la publicité en ligne, à la collecte et à l'exploitation des données personnelles et à l'usage des algorithmes.

Signaux faibles, une start-up d'État fruit d'une coopération entre la Direction générale des entreprises (DGE), la Banque de France, la Délégation générale à l'emploi et à la formation professionnelle (DGEFP), l'Agence centrale des organismes de sécurité sociale (ACOSS), la Direction interministérielle du numérique et du système d'information et de communication de l'État (DINSIC) et une équipe dédiée, a développé une intelligence artificielle qui analyse des données relatives aux entreprises pour détecter, le plus en amont possible, des signes précoces de fragilité et prévenir leur défaillance.⁷⁶

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

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

Ayant à faire face à des démocraties qui agonisent, à des administrations qui se délitent, à des gouvernances qui se détériorent, à une méfiance qui s'installe parmi les citoyens et à un pouvoir qui perd du sens, les Etats, à l'instar de la France, cherchent à tirer parti du numérique et de l'intelligence artificielle pour proposer des

⁷¹ Cf. DESI country profile : <https://ec.europa.eu/digital-single-market/en/scoreboard/france>

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

⁷³ 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/>

⁷⁴ 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/>

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

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

pistes nouvelles pour un projet de gouvernance doté de nouvelles légitimités et de nouveaux outils d'efficacité porteurs d'une autre culture de service public, d'intérêt général et de gestion du bien public.

- *La République française 2.0 s'organise pour protéger la nation et le citoyen contre les dérives et les risques potentiels ou avérés du numérique.*

S'agissant de l'adaptation du droit et de l'Etat de droit aux nouveaux défis posés à la démocratie par l'avènement tout azimut de la donnée dans l'espace public comme dans l'espace privé, les initiatives ont longtemps été engagées à droit constant, l'Etat agissant fréquemment comme s'il partait du principe erroné que le numérique ne bouleversait pas les règles générales du droit. Or, cela n'est pas le cas. Et les voies de recours étaient souvent inadaptées.

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

- *Protection des données personnelles*

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 »⁷⁷, a été promulguée le 20 juin 2018.

Cette loi n'aménage que quelques points de la précédente dite « loi CNIL » de 1978, afin notamment de répondre aux évolutions technologiques et sociétales. Les missions de la CNIL (Commission nationale de l'informatique et des libertés) évoluent afin de les adapter à la nouvelle logique de responsabilisation et d'accompagnement des acteurs traitant des données (entreprises, administrations, etc.) instaurée par le RGPD. Les formalités préalables auprès de la CNIL sont quasiment toutes supprimées. En complément des missions qu'elle exerce déjà, la CNIL est désormais chargée :

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

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

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

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

⁷⁷ 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>.

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

Conformément au RGPD, cette loi étend le champ des données sensibles (sur l'origine raciale, les opinions politiques, etc.) aux données génétiques et biométriques ainsi qu'aux données relatives à l'orientation sexuelle d'une personne.

En principe, ces données ne peuvent pas faire l'objet d'un traitement en raison de leur nature même.

Des dérogations à cette interdiction sont toutefois prévues par le droit européen (si la personne a expressément consenti au traitement de ses données ou si elle les a rendues publiques, en matière de sécurité sociale, etc.).

La loi du 20 juin 2018 ajoute d'autres dérogations.

Sont notamment permis les traitements de données biométriques (empreintes digitales, etc.) strictement nécessaires aux contrôles d'accès sur les lieux de travail, aux ordinateurs et aux applications utilisés au travail. Sont de même autorisés les traitements portant sur la réutilisation d'informations figurant dans les décisions de justice diffusées dans le cadre de l'open data.

S'agissant des droits des personnes, la loi utilise une fois encore les marges de souplesse permises par le RGPD. Elle fixe à 15 ans la majorité numérique, c'est-à-dire l'âge à partir duquel un enfant peut consentir seul au traitement de ses données, typiquement sur les réseaux sociaux.

La loi ouvre, par ailleurs, plus largement la possibilité pour l'administration de recourir à des décisions individuelles automatisées. Les décisions fondées exclusivement sur un algorithme ne sont plus interdites. Néanmoins, de nouvelles garanties sont données aux administrés : droits à l'information et à l'explication (déjà consacrés par la loi pour une République numérique de 2016), droit à recours avec une intervention humaine *a posteriori*, obligation pour l'administration de maîtriser l'algorithme et ses évolutions (prohibition des algorithmes auto-apprenants) 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 sensibles⁷⁸.

- *L'identité numérique*

Le sujet épineux de l'identité numérique est un véritable serpent de mer auquel l'Etat a déjà consacré quatre projets de réglementation et a décidé d'entreprendre en 2020 une cinquième démarche législative.

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

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

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.

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. C'est ainsi que le Conseil constitutionnel a retoqué en 2012 le projet du

⁷⁸ *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>

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'identité⁷⁹.

Afin d'éviter de nouveaux blocages, une consultation publique a été engagée sur le sujet en mars 2020⁸⁰.

Par ailleurs, en lien avec ce sujet délicat, les arrêts du Conseil d'Etat en date du 6 décembre 2019 - pris à la lumière de l'arrêt de la Cour de Justice de l'UE rendu le 24 septembre 2019 – définissent les conditions dans lesquelles doit être respecté le droit au référencement sur Internet prévu par le RGPD⁸¹.

Dans une décision de la haute juridiction administrative rendue le 27 mars 2020, le Conseil d'Etat estime que le droit de déréférencement doit s'appliquer au sein de l'UE. Le Conseil donne ainsi raison à Google face à la CNIL, qui obtient l'annulation d'une sanction prononcée par la CNIL en 2016, qui avait condamné à l'époque la firme technologique à une amende de 100 000 euros pour avoir limité le droit au déréférencement aux frontières de l'UE.

Le Conseil d'Etat a suivi la recommandation de la Cour européenne de justice (CJUE) en la matière. Le tribunal de première instance de l'Union européenne avait en effet statué, en septembre 2019, que Google n'était pas tenu de respecter la politique européenne du "droit à l'oubli" à l'échelle mondiale.

« Le droit à la protection des données à caractère personnel n'est pas un droit absolu, mais il doit être considéré par rapport à sa fonction dans la société et être mis en balance avec d'autres droits fondamentaux, conformément au principe de proportionnalité » a déclaré la CJCE dans un communiqué de presse⁸².

« En outre, l'équilibre entre le droit à la vie privée et la protection des données à caractère personnel, d'une part, et la liberté d'information des internautes, d'autre part, est susceptible de varier considérablement dans le monde ».

L'affaire découle d'un arrêt de 2014 de cette même Cour, selon lequel les Européens peuvent demander à n'importe quel moteur de recherche de supprimer certains résultats d'une recherche sur le nom d'une personne. Google a collaboré avec les autorités européennes à la mise en œuvre de cette politique. Au départ, cependant, le géant américain de la technologie n'a fait qu'effacer les résultats de ses sites Web européens, arguant qu'il créerait un dangereux précédent pour interférer avec les résultats de recherche dans les pays ayant des lois différentes. Dans son arrêt, la Cour a déclaré que les opérateurs de moteurs de recherche ne sont pas tenus d'effectuer un déréférencement sur toutes les versions de leur moteur de recherche. Toutefois, cette même Cour a également déclaré que les opérateurs de moteurs de recherche sont également tenus d'effectuer ce déréférencement sur les versions de leur moteur de recherche correspondant à l'ensemble des États membres de l'UE. Ils doivent également mettre en place des mesures dissuadant les internautes d'accéder, à partir de n'importe quel État membre de l'UE, aux liens en question qui apparaissent sur les versions de ce moteur de recherche en dehors de l'UE.

« La Cour souligne que, dans un monde globalisé, l'accès des internautes - y compris en dehors de l'UE - au référencement d'un lien renvoyant à des informations concernant une personne dont le centre d'intérêts est situé dans l'UE est susceptible d'avoir des effets immédiats et substantiels sur cette personne dans l'UE même, afin qu'un dé-référencement global réponde pleinement à l'objectif de protection visé par la législation européenne ». « Cependant, elle déclare que de nombreux Etats tiers ne reconnaissent pas le droit au déréférencement ou ont une approche différente de ce droit. »

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'oubli⁸³.

⁷⁹ Cf. <https://www.conseil-constitutionnel.fr/actualites/communiquede/decision-n-2012-652-dc-du-22-mars-2012-communiquede-presse>

⁸⁰ Cf. <https://consultation.democratie-numerique.assemblee-nationale.fr/identitenumérique>

⁸¹ Cf. <https://www.numerama.com/politique/329191-rgpd-tout-savoir-sur-le-reglement-sur-la-protection-des-donnees-si-vous-etes-un-internaute.html>

⁸² Cf. <https://curia.europa.eu/jcms/upload/docs/application/pdf/2019-09/cp190112en.pdf>

⁸³ *Droit à l'oubli : le Conseil d'Etat donne le mode d'emploi* : http://www.globalsecuritymag.fr/Droit-a-l-oubli-le-Conseil-d-Etat_20191206_93567.html?fbclid=IwAR0XLscBxcF_6a5kxofYfDsDDZ7eDmb7aGCKSx2KtgjJS_mRCTCugJEKQmE

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

« *La CNIL adaptera [...] contenus de son site consacrés au "droit à l'oubli" pour tenir compte des précisions données par le Conseil d'Etat sur ce droit essentiel consacré au profit des personnes par le RGPD* ».

- *La manipulation de l'information*

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

Une loi contre la manipulation de l'information a donc été adoptée en novembre 2018 puis validée par le Conseil constitutionnel en décembre 2018.

Le texte s'attaque à la diffusion massive et extrêmement rapide des fausses nouvelles *via* les outils numériques, notamment les tuyaux de propagation que sont les réseaux sociaux et les médias sous influence d'un État étranger.

Si l'attention est particulièrement portée sur les périodes de campagne électorale, juste avant et durant les élections, pour concentrer les outils sur le vrai danger, c'est-à-dire les tentatives d'influencer les résultats d'élections, elle s'est également penchée sur la déontologie de la presse, en invitant à instaurer une instance de déontologie de la presse associant journalistes, éditeurs et société civile – cette proposition pouvant se traduire par un texte législatif ou réglementaire.⁸⁴

- *La haine sur les réseaux sociaux*

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 États 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 son rapport "*Créer un cadre français de responsabilisation des réseaux sociaux : agir en France avec une ambition européenne*"⁸⁵ au secrétaire d'État en charge du numérique.

Ce rapport préconise la mise en place d'une régulation reposant sur les cinq piliers suivants :

- Premier pilier : une politique publique de régulation garante des libertés individuelles et de la liberté d'entreprendre des plateformes.
- Deuxième pilier : une régulation prescriptive et ciblée sur la responsabilisation des réseaux sociaux mise en oeuvre par une autorité administrative indépendante, reposant sur trois obligations incombant aux plateformes : transparence de la fonction d'ordonnancement des contenus ; transparence de la mise en oeuvre des CGU (conditions générales d'utilisation) et de modération des contenus ; un devoir de diligence vis-à-vis des usagers des réseaux sociaux.
- Troisième pilier : un dialogue politique informé entre les acteurs, le Gouvernement, le législateur, le régulateur et la société civile.
- Quatrième pilier : une autorité administrative indépendante partenaire des autres branches de l'Etat et ouverte sur la société civile.
- Cinquième pilier : une ambition européenne pour renforcer la capacité des Etats membres à agir face à des plateformes globales, et réduire le risque politique lié à la mise en oeuvre dans chaque Etat membre.

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*'.

Cette loi 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

⁸⁴ Cf. <https://www.gouvernement.fr/action/lutte-contre-la-manipulation-de-l-information>

⁸⁵ 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>

plateforme militante, d'un petit hébergeur associatif ou de tout nœud d'un réseau social décentralisé...) de supprimer dans l'heure tout contenu terroriste ou pédopornographique sur simple injonction de la police, en dehors de tout contrôle par un juge.

Alors que la loi initiale ne prévoyait que des sanctions financières, les nouvelles mesures prévoient des sanctions concrètes, particulièrement drastiques.

Si une plateforme ne censure pas un contenu dans l'heure qui suit sa notification par la police, la police pourra exiger que les fournisseurs d'accès à Internet empêchent l'accès à cette plateforme depuis la France.

C – 3 De nombreuses sources d'inquiétude nourrissent des réserves à l'égard de l'action de l'Etat

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

D'abord, au sein de l'exécutif.

La dématérialisation accélérée des services publics interroge par son caractère impératif.

Dans un article publié sur le site du Conseil constitutionnel⁸⁶, 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. »^{87,88}

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 utilisateurs⁸⁹ 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 ...

Or est apparu en novembre 2019 que contraindre les usagers des services publics à passer par Internet pour leurs démarches pourrait bien être illégal.

⁸⁶ *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>

⁸⁷ *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/>

⁸⁸ *Les outils numériques et la réinvention du fonctionnement de l'Etat :* <https://journals.openedition.org/pyramides/988>

⁸⁹ Entendu comme l'ensemble des utilisateurs finals des services sur le marché de détail (consommateurs, usagers, professionnels, etc.)

Juge administratif suprême, le Conseil d'Etat estime cependant inutile de modifier le décret du 27 mai 2016, qui autorise la prise de rendez-vous par Internet, car ce décret ne rend pas obligatoire, mais seulement optionnelle, la dématérialisation. Autrement dit, il suggère que ce soit les décisions préfectorales qui mettent en place les téléservices sans autre recours possible, qui sont illégales. Des associations attaquent en justice les préfetures concernées.

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 administrations⁹⁰.

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 sentiment de ne pas disposer des moyens nécessaires est renforcé par le fait que l'application du cadre juridique par les administrations implique une multitude d'acteurs aux positions parfois divergentes (directions des affaires juridiques - DAJ/directions des systèmes d'information - DSI/directions métiers) sans qu'aucun ne soit clairement désigné comme responsable* », peut-on également lire.

Ce qui explique probablement pourquoi (très) rares sont les acteurs publics à s'être pliés à ce nouveau cadre légal.

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

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

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

Le rapport évoqué *supra* s'arrête également sur les problématiques liées à l'explicitation du fonctionnement des algorithmes publics :

« *Les informations fournies à la demande de l'intéressé dans le cadre d'une décision individuelle prise sur le fondement d'un algorithme (article R.311-3-1-2 du CRPA) sont mal appréhendées par les administrations. Celles-ci sont nombreuses à faire état de leur difficulté à traduire de manière opérationnelle les obligations 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* ».

⁹⁰ *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>

« 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 ».

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 dans ce cadre à être enrichi, estiment les élèves de l'ENA, « afin de répondre aux interrogations des administrations et assurer une application homogène des dispositions relatives aux algorithmes ».

Pour les auteurs du rapport, la mise en conformité avec les nouvelles obligations nées notamment de la loi Lemaire doit aussi « être l'occasion de sensibiliser plus largement les administrations aux questions de responsabilité et d'éthique liées à l'usage des algorithmes ».

Les futurs 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 œuvre « d'un véritable management des algorithmes publics », qui passerait notamment par la constitution d'un réseau de « référents éthiques », dotés d'une certaine indépendance.

Il est également recommandé de « former les encadrants » (secrétaires généraux, directeurs et chefs de service des ministères) aux enjeux de l'ouverture des données et des algorithmes, de même qu'un maximum d'agents : « La performance des algorithmes étant étroitement corrélée à la qualité des données disponibles, elle implique que les producteurs des données (bien souvent les agents les plus près du terrain ; un conseiller Pôle emploi ou un personnel soignant, par exemple) soient sensibilisés à cet enjeu. La transparence et la pédagogie sur les utilisations possibles des données sont aussi un facteur de motivation pour une tâche qui peut parfois

être perçue comme accessoire par rapport au cœur de métier, ou redondante par rapport à d'autres tâches déjà effectuées. »

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

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

Le Conseil d'Etat a transmis le 16 janvier 2020 au Conseil constitutionnel une question prioritaire de constitutionnalité⁹¹ concernant les algorithmes locaux employés par les universités dans le cadre de Parcoursup⁹². C'est un point rédactionnel de l'article L.612-3 du Code de l'éducation qui est en cause. Une réponse est attendue au cours du printemps 2020.

Ensuite, au sein de la Représentation nationale.

La parution le 24 octobre 2019 d'un rapport sénatorial démontrant la persistance d'importantes failles de sécurité numériques au sein de l'Assemblée Nationale et du Sénat rappelle l'importance critique de ce sujet pour les pouvoirs publics⁹³.

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

D'une part, la trop grande dépendance des institutions aux GAFAM. Héberger toutes les applications sur Google, Apple, Facebook ou Microsoft s'avère être problématique quant à l'accès et la protection des informations. Toutes les informations sensibles et confidentielles des parlementaires et des sénateurs sont vulnérables, et cette vulnérabilité s'est accrue avec le Cloud Act voté aux Etats-Unis en mars 2018, qui concède le droit au gouvernement américain d'obliger les entreprises américaines et leurs filiales à l'étranger à fournir les données de leurs utilisateurs, y compris lorsqu'elles sont stockées hors des Etats-Unis, en cas de demandes émanant de la justice américaine dans le cadre d'une enquête.

D'autre part, chaque sénateur choisi son propre matériel de travail, sans contrôle préalable ni recommandation particulière. Leur maintenance pour protéger les équipements ou pour évaluer les défauts de sécurité de chaque appareil est d'autant plus difficile. Même si les systèmes sont relativement bien protégés grâce à l'action de l'ANSSI, les protections numériques ne sont pas infaillibles. Or la sensibilisation des sénateurs à la sécurité informatique est extrêmement faible.

Mais alors, est-il raisonnable qu'un media en ligne comme *Acteurs publics*, un media 2.0 très spécialisé sur les affaires publiques et parfaitement bien informé sur les enjeux et les projets du gouvernement relatifs à la réforme de l'Etat⁹⁴, entretienne des liens aussi étroits avec certaines sociétés américaines - comme *Eventbrite*⁹⁵ - pour organiser des événements publics portant sur les différents aspects de la réforme de l'Etat alors que, un peu partout en France et en Europe, avec beaucoup de retard ..., s'élèvent des voix appelant l'Etat français - et l'Union européenne - à faire la démonstration de sa/leur détermination à reconquérir tout ou partie de sa/leur souveraineté numérique ?

A l'occasion de la crise pandémique du Covid 19, le gouvernement a autorisé les administrations, et notamment les préfetures, à s'affranchir des normes en vigueur, suivant en cela les recommandations suivantes formulées par Alain Lambert, le président du Conseil national d'évaluation des normes (CNEN) :

« La seule solution est en chacun de nous, et dans le courage de nous sentir, chacun, légitimes dans nos fonctions et responsabilités, pour nous affranchir de certaines règles à raison de circonstances dont notre droit s'épuise à chercher la qualification. »

⁹¹ Cf. https://www.conseil-constitutionnel.fr/sites/default/files/2020-01/2019834qpc_saisinece.pdf

⁹² <https://parcoursup.fr/index.php>

⁹³ https://www.senat.fr/rap/r19-082/r19-082_mono.html#toc0

⁹⁴ Cf. notamment sa newsletter : <https://www.acteurspublics.com/newsletter>

⁹⁵ La politique de confidentialité d'Eventbrite : [Politique de confidentialité d'Eventbrite](#), le [Cadre du Bouclier de protection des données Union européenne/États-Unis](#), ou encore son guide de la sécurité : [Guide de la sécurité Eventbrite](#) attestent bien évidemment du très grand professionnalisme et de la notoriété exceptionnelle de cette société américaine pour mener à bien l'organisation d'événements de cette ampleur ... en même temps qu'ils révèlent les obligations qui sont les siennes à l'égard du gouvernement américain !

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.

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

« Que veut, que cherche la Nation dans l'œuvre de la Constitution qu'elle attend de nous ? La conciliation, la consolidation de l'ordre et de la liberté, cet éternel problème que poursuivent depuis si longtemps les sociétés humaines »

« À l'appui d'une interprétation constructive de la Constitution, le Conseil constitutionnel a progressivement indiqué les sources textuelles de l'ordre public. L'article 34 de la Constitution constitue le fondement principal à l'appui duquel est exposée la conciliation législative entre les exigences de l'ordre public et les droits garantis. À partir de cette clause, combinée avec les dispositions comprenant une réserve spécifique de compétence législative, les articles 4 et 5 de la Déclaration de 1789, ou encore la consubstantialité de l'ordre public et des libertés inhérente à la Constitution, le Conseil précise les composantes de l'objectif de valeur constitutionnelle de sauvegarde de l'ordre public. Outre la sécurité des personnes et des biens et la prévention des atteintes à l'intégrité physique des personnes, il comprend la lutte contre le terrorisme et l'immigration irrégulière, la nécessité de garantir l'exécution des mesures 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. »⁹⁶

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

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

Lors d'une conférence prononcée au Collège France au cours de laquelle il examina l'impact croissant du droit de la numérisation et de l'intelligence artificielle⁹⁷, le professeur Simon Deakin interrogea la capacité du droit à canaliser la technologie, tout en s'interrogeant sur la capacité du droit à maintenir l'autonomie de ses opérations face à un changement technologique global, résultat qui est loin d'être garanti.

« Qu'il s'agisse d'une simple automatisation des tâches, d'une aide à la décision, ou de prédiction, l'utilisation d'algorithmes et de l'intelligence artificielle dans le domaine de la justice pose des questions d'ordre technique et éthique. Si l'introduction des outils numériques dans ce champ régalién offre des perspectives d'amélioration (rapidité, impartialité...), les risques de dérives éthiques sont néanmoins nombreux (perte d'humanité et de dialogue, renforcement des stéréotypes...). Afin d'en tirer le maximum de bénéfices pour la société sans risquer de mettre en péril les principes fondamentaux de la justice et de la démocratie, il

⁹⁶ *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>

⁹⁷ *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=IwAR3iMXmjYReCYBgTGLGCl-Olv5TrDk1IEbGQBIrHb243_kxTeGahIFzZow0

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. »⁹⁸

Si les trois premières étapes de l'open data des décisions de justice sont bien connues⁹⁹, la quatrième à savoir, le décret d'application de cet article 33 de la Loi de programmation pour la Justice, l'est un peu moins, contenu comme calendrier.

Concrètement, où en est-on ?

« À l'horizon du quinquennat, nous développerons les grands systèmes, en matière civile (PORTALIS) et en matière pénale (PPN) ; ce sont ces systèmes centraux qui produiront des décisions de justice nativement numériques et permettront d'un point de vue technique une exploitation massive, précise Stéphane Hardouin, secrétaire général adjoint au ministère de la Justice.

« Mais cela se fera par étape de sorte que la libération des données se fera progressivement en fonction de l'état des développements (CPH : fin 2019-2020, puis contentieux familial, puis contentieux général (avec toutes les précautions d'usage que la gestion de projet requiert). Il doit être précisé que les décisions des tribunaux de commerce, gérés par Infogreffe, pourront faire l'objet d'une mise à disposition anticipée, compte tenu de l'autonomie informatique du système qui est déjà centralisé ». Restera en parallèle à numériser tout le stock de décisions antérieures.

En pratique, plusieurs points doivent encore être tranchés.

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

L'occultation des éléments de nature à porter atteinte à la sécurité ou au respect de la vie privée des parties de leur entourage, tout d'abord. L'article 33 de la loi de programmation pour la justice¹⁰⁰, prévoit, en effet, que *« Les éléments permettant d'identifier les personnes physiques mentionnées dans la décision, lorsqu'elles sont parties ou tiers, sont occultés si leur divulgation est de nature à porter atteinte à la sécurité ou au respect de la vie privée de ces personnes ou de leur entourage. Un décret en Conseil d'État fixe, pour les décisions de premier ressort, d'appel ou de cassation, les conditions d'application du présent article ».*

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

Mais qui va faire ce travail ?

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

⁹⁸ Justice algorithmique : s'assurer de l'éthique et préserver l'équité ? :

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

⁹⁹ octobre 2016 : articles 20 et 21 de la loi n° 2016-1321 du 7 octobre 2016, dite Loi Lemaire, novembre 2017 : rapport Cadiet et, enfin, mars 2019, article 33 de la loi n° 2019-222 du 23 mars 2019 de programmation 2018-2022 pour la justice, dite LPJ

¹⁰⁰ Cf. L. n° 2019-222, 23 mars 2019, JO 24 mars

l'ordre administratif dans la mesure où le Conseil d'État dispose déjà d'une autonomie informatique et d'une base centrale regroupant toutes les décisions ».

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

Autre point à trancher, qui aura accès aux flux intègres, c'est-à-dire aux décisions brutes, telles qu'elles apparaissent avant leur mise en conformité ?

L'État, d'abord : « *L'administration est parfaitement fondée, pour le secrétaire général adjoint, à accéder aux bases intègres, non pas tellement en raison d'une question de propriété des données, mais parce qu'il s'agit d'une finalité légitime au regard de ses missions, en particulier pour l'évaluation des politiques publiques, ou procéder à l'étude d'impact d'une réforme* ».

Mais *quid* des éditeurs ? Et des avocats ?

Pour Stéphane Hardouin : « *Entre l'acte, la production de la décision brute et la mise à disposition d'une décision anonymisée, pourrait-on imaginer un espace de coopération entre la puissance publique et le monde de la recherche sur le modèle de ce qui existe en matière de données de santé ? C'est en tout cas un débat qui ne manquera pas de s'ouvrir* ».

Et côté diffusion des décisions au public : quel sera le portail qui organisera la mise à disposition ? Est-ce que ce sera Legifrance ? Le portail de la Cour de cassation ou du Conseil d'État ?¹⁰¹

De son côté, le Conseil national des Barreaux lance en février 2020 un appel retentissant :

« Constatant et dénonçant l'inertie et le désengagement de l'Etat, les représentants des magistrats, des avocats et des fonctionnaires de justice se réuniront le 12 mai 2020 pour faire remonter les doléances et formaliser leurs propositions pour une réforme d'ampleur de la justice. La justice française est à bout de souffle. Malgré les alertes répétées de tous les acteurs qui font vivre la justice au quotidien, elle reste le parent pauvre des politiques publiques. En 2011 déjà, un mouvement d'ampleur avait secoué l'institution. Les professionnels de justice dénonçaient à l'unisson leurs conditions dégradées d'exercice, au détriment des citoyens. Dernière réforme en date, la loi de programmation et de réforme pour la justice adoptée en mars 2019 prend acte, en quelque sorte, de la misère de la justice et prévoit un fonctionnement en mode dégradé adapté à cet état : obstacles à l'accès au juge, en première instance et en appel, déshumanisation de la justice par l'utilisation débridée de la dématérialisation, fin de la proximité du juge et mutualisation des fonctionnaires de greffe (y compris des conseils de prud'hommes), par la fusion des TI et des TGI... sans parler de sa mise en œuvre non anticipée, non financée et sans logiciels prêts à l'emploi. C'est la place même de la justice dans les équilibres démocratiques qui est aujourd'hui en danger. À ce constat alarmant, s'ajoute l'épuisement de professionnels de justice, sommés d'appliquer des textes constamment modifiés, sans disposer ni des outils informatiques adéquats ni des textes d'application à jour et en temps voulu : c'est par exemple quinze jours avant l'entrée en vigueur de la fusion des TI et des TGI qu'a ainsi été publié le décret modifiant profondément le mode de saisine des juridictions judiciaires en matière civile. Face à cette réalité, les acteurs du monde judiciaire ne se résolvent pas à voir disparaître l'idée de justice qui les anime tous ensemble : leurs actions convergent depuis deux ans pour interpeller les citoyens et les parlementaires, et se faire entendre du gouvernement. C'est ensemble aujourd'hui qu'ils prennent l'initiative, devant l'inaction des pouvoirs publics, d'organiser la première Journée nationale pour la justice, afin de proposer ensemble les réformes à même de permettre son fonctionnement, et de sauvegarder l'accès libre, simple et gratuit à la justice pour les citoyens et justiciables. »

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

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

¹⁰¹ Cf. <https://www.actualitesdudroit.fr/browse/tech-droit/intelligence-artificielle/21517/gouvernance-des-donnees-et-algorithmes-publics-quelle-strategie-pour-l-etat?fbclid=IwAR0IjzaC0LNcljg4koyQu6QJAnYTVbBy-IJEkwGGT PxHOWo-TStD078eA>

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. »

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

Insidieusement, de nombreuses mesures législatives ou réglementaires, en organisant la disparition progressive des liquidités monétaires au profit des transactions numériques, participent à consacrer la disparition d'un droit fondamental : la propriété de ce qui a été légitimement acquis et matérialisé par la monnaie sous sa forme matérielle, en contravention avec l'article 17 de la Déclaration universelle des Droits de l'homme de 1948 qui stipule :

« 1. Toute personne, aussi bien seule qu'en collectivité, a droit à la propriété. 2. Nul ne peut être arbitrairement privé de sa propriété. »

Pour l'économiste Simone Wapler :

« La disparition des espèces comme option de paiement parmi d'autres menace les libertés fondamentales.

En premier lieu, elle nous soumet au lobby bancaire. Rappelons que des liquidités sur notre compte en banque ne sont plus « notre » argent mais une créance qu'une banque reconnaît nous devoir. En cas de crise financière, que vaut cette créance ?

En second lieu, elle institue un droit de regard de l'Etat sur toutes nos transactions, heures et lieux compris. Bien entendu, le réflexe normal de l'individu normal en temps normal consiste à dire : « je suis honnête, je n'ai rien à cacher ». Mais parfois, les temps deviennent moins « normaux », politiquement ou même techniquement. Que se passe-t-il lorsqu'une grande panne de réseau interdit toute transaction comme cela s'est produit au Royaume-Uni et au nord de l'Europe continentale en juin 2018 ? Qui n'a jamais eu à subir les effets d'un bug informatique ? Qui n'a jamais été victime d'une erreur de l'administration ? Dans l'hypothèse où le cash deviendrait hors-la-loi, la mise au ban de la société d'un individu devient instantanément possible. Sans aucune procédure contradictoire, avec seulement le bon vouloir d'un fonctionnaire de Tracfin ou d'un agent de la nouvelle police fiscale (entité habilitée à pratiquer des écoutes téléphoniques, des perquisitions, des géolocalisations, des filatures ou des gardes à vue), chacun risquera de se voir « coupé de son argent » et même de la charité puisqu'il sera impossible de lui donner autrement qu'en nature. »

- « La transition énergétique et la transition numérique sont-elles alliées ou ennemies ?

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

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

Le ministère français de l'Education nationale, qui – il n'est pas inutile de le souligner - a par ailleurs contracté un important contrat de partenariat avec Microsoft, a pris la décision de faire numériser et corriger en ligne dès cette année 2020 les copies des épreuves de contrôle continu du baccalauréat. Certains dénoncent un gâchis écologique et s'inquiètent de l'usage qui pourrait être fait de cette masse de données désormais accessibles aux algorithmes de l'IA.

En particulier, le collectif 'Enseignant.e.s pour la planète' dénonce :

« une aberration écologique, signe que les pouvoirs publics n'ont pas encore compris la nécessité absolue de la sobriété numérique. [...] Il y a d'abord le coût écologique de fabrication des appareils, c'est-à-dire des

scanners, puis celui du stockage des données sur des serveurs, et enfin celui de la connexion car les copies ne peuvent être corrigées qu'en ligne. »¹⁰²

« Numériser n'est pas dématérialiser. [...] On met juste les copies sur une autre infrastructure. Au lieu de les déplacer physiquement, on les transporte par des réseaux. Il aurait donc fallu évaluer l'impact de cette mesure, ce qui n'a pas été fait. », affirme Maxime Efoui-Hess, chargé de projet numérique au Shift Project, un groupe de réflexion qui œuvre en faveur d'une économie libérée de la contrainte carbone. Son rapport de 2018 souligne que « la consommation d'énergie du numérique est aujourd'hui en hausse de 9 % par an » et que « la contribution nette du numérique à la réduction de l'impact environnemental reste à démontrer. »¹⁰³

L'expérience - décevante - déplorée au cours de la crise du COVID 19, lorsque les connexions au site du ministère de tous les jeunes appelés à travailler depuis leur domicile – alors que peu de foyers disposent d'un ordinateur par enfant - ont été rendues impossible en raison de leur afflux simultané n'a pas eu les réponses appropriées.

« La transition énergétique et la transition numérique sont-elles alliées ou ennemies ? » s'interroge Éric Vidalenc, chef du projet Prospective Energie Ressources à l'ADEME¹⁰⁴.

A ses yeux :

« la première option a des allures d'évidence. La dématérialisation n'est-elle pas économe en kilomètres de transport et en matières premières ? Ne peut-on, grâce à des outils « intelligents », régler au mieux nos consommations de chauffage ou d'électricité ? Le papier ne s'efface-t-il pas derrière les données stockées sur un cloud ? Ce serait oublier la dimension énergivore des infrastructures matérielles nécessaires à cet enveloppement numérique de nos vies : réseaux, centres de stockage, utilisation de métaux rares, obsolescence rapide, etc. sans compter tous ces « besoins » de consommation créés par les possibilités numériques [...]. Alors, face à l'urgence climatique, que faire ? »

En détaillant les atouts et les écueils de nombreuses pistes (*smart cities*, voitures connectées, industries 4.0...), Éric Vidalenc nous invite plutôt à « remettre le numérique à sa place » : celle qui pourra nous apporter un mieux-être réel et davantage d'autonomie dans un monde plus juste et plus sobre.^{105,106,107}

Le dilemme est ici de nature stratégique autant que politique et juridique, l'évocation devant le juge constitutionnel du principe de précaution attaché à la protection de l'environnement pouvant créer en la circonstance une entrave rédhitoire à la poursuite sans réserve de la transformation numérique de la puissance publique prise dans sa globalité.¹⁰⁸

¹⁰² Numérisation des copies du bac : une décision énergivore et liberticide https://reporterre.net/Numerisation-des-copies-du-bac-une-decision-energivore-et-liberticide?fbclid=IwAR1RRtfl-HEFFYOsB20TGNeTxZ6bPq7Y2RTgIkWVuhn6k2CE_iZbg0Quqis

¹⁰³ Pour une sobriété numérique : <https://theshiftproject.org/article/pour-une-sobriete-numerique-rapport-shift/>

¹⁰⁴ Pour une écologie numérique : <https://livre.fnac.com/a13662287/Eric-Vidalenc-Pour-une-ecologie-numerique>

¹⁰⁵ Equipements numériques: les autres poids lourds du climat : <https://www.euractiv.fr/section/climat/news/equipements-numeriques-les-autres-poids-lourds-du-climat/?fbclid=IwAR0oQn7sj5xxsroKZOC-RSrFtDPUFVDFYn7hDONqTMUp01WJcVRYWJrBho>

¹⁰⁶ Quand le stockage de données consommera plus d'énergie que le monde n'en produit :

<https://www.usinenouvelle.com/article/wmf2018-quand-le-stockage-de-donnees-consommer-plus-d-energie-que-le-monde-n-en-produit.N714019>

¹⁰⁷ Le numérique, un univers énergivore en expansion : <https://www.connaissancedesenergies.org/le-numerique-un-univers-energivore-en-expansion-191025?fbclid=IwAR3UOGRxwC8KHmeXYANyCsuUvLVX6jn7zeT-oC3DRhPHezRlBkWLdBoqmPk>

¹⁰⁸ Le principe de précaution devant le Conseil constitutionnel : <https://www.conseil-constitutionnel.fr/les-membres/le-principe-de-precaution-devant-le-conseil-constitutionnel>

C – 4 L'Etat 2.0 français est-il encore un Etat de droit ?

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 ? »

La Constitution offre-t-elle des garanties suffisantes ? Est-elle scrupuleusement respectée ?

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

Les initiatives et la panoplie des sanctions de l'UE et de la CEDH à l'égard des violations de l'Etat de droit contribuent-elles à améliorer la performance institutionnelle ? Garantissent-elles à tous les citoyens, sans exclusive, les mêmes droits et les mêmes libertés ? Sont-elles de nature à créer de la confiance ?

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

Seule certitude formelle, à ce jour, l'UE n'a pas souhaité activer à l'encontre de la France quelque disposition que ce soit de son arsenal 'coercitif' à l'égard d'un Etat membre exerçant des violations généralisées de l'Etat de droit par un Etat membre (*cf. supra*).

Dans un article publié en janvier 2020 dans un grand quotidien national, Irénée Régnault et Yaël Benayoun déplorent le cruel manque de démocratie dans les décisions ayant trait au numérique :

« Les controverses liées au numérique se multiplient. Cependant, prises unes à unes, elles ne permettent pas de voir un enjeu plus global : le cruel manque de démocratie dans ces décisions. [...]

Pas une semaine ne passe sans qu'un scandale lié aux nouvelles technologies n'éclate. A peine voit-on les dégâts qu'a produit la numérisation à marche forcée de certains services de l'Etat que nous voilà rattrapés par le débat à propos de la reconnaissance faciale, talonné de près par le procès à venir de la 5G. Les choix technologiques sont devenus des sujets de société, et non plus seulement des questions réservées aux experts. Pourtant, ces choix restent cantonnés à des sphères très restreintes, pour ne pas dire qu'ils échappent complètement aux citoyens. [...]

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

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. »¹⁰⁹

Parfois les termes de 'démocrature', de démocratie illibérale et de 'dictocratie' sont utilisés pour qualifier l'état de la France aujourd'hui¹¹⁰.

Si ces termes semblent excessifs en regard des éléments du droit fondamental exposés *supra*, de nombreux signes indiquent un préoccupant déclin démocratique dans ce pays qui permit jadis l'émergence des Lumières et l'avènement de la République.

¹⁰⁹ Reconnaissance faciale, 5G : les choix technologiques ne doivent plus échapper aux citoyens : https://www.liberation.fr/debats/2020/01/30/reconnaissance-faciale-5g-les-choix-technologiques-ne-doivent-plus-echapper-aux-citoyens_1776194?fbclid=IwAR1m_5j5Smvb3azWOqegNrxtB2VO8WQmbokBZljG0lfqgeHFuhHxBh98Po

¹¹⁰ Dictocratie (ou démocrature) : désigne un régime qui, sous l'apparence d'une démocratie, fonctionne en réalité comme une dictature. Une constitution est en place, des élections ont lieu régulièrement, la liberté d'expression est garantie dans les textes, cependant les élites en place manipulent ces institutions afin de conserver leurs privilèges. Cela peut être aussi le cas lorsqu'il existe une collusion entre les médias et le pouvoir en place.

Le 23 janvier 2020, le président Macron a vigoureusement dénoncé « *les discours politiques extraordinairement coupables* » qui affirment que la France est devenue une dictature et qui justifieraient, selon lui, la violence politique et sociale :

« *S'est installé dans notre société l'idée que nous ne serions plus dans une démocratie. Mais allez en dictature ! Une dictature c'est un régime où une personne ou un clan décide des lois. Une dictature c'est un régime où on ne change pas les dirigeants, jamais. Si la France c'est ça, essayez la dictature et vous verrez !* ».

La politiste et juriste Eugénie Mériaux, chercheuse au Centre d'Études du Droit Asiatique à l'Université Nationale de Singapour, publiait, à la fin de l'année 2019, *La dictature, une antithèse de la démocratie ?*¹¹¹, un ouvrage en forme de déconstruction de 20 idées reçues sur les régimes autoritaires, qui démontre qu'en réalité, la dictature ne renvoie pas à une catégorie d'analyse que l'on pourrait définir à la manière d'Aristote, par des critères nécessaires et suffisants, qui correspondraient à la négation de l'idéal démocratique : absence d'élections, impossibilité d'un changement de leader... Caractéristiques qui d'ailleurs n'ont qu'un fondement empirique des plus ténus au XXI^e siècle.

Tout comme le terme « populisme », celui de dictature renvoie davantage à un discours politique dénonçant une pratique illégitime du pouvoir. Et l'illégitimité est une appréciation contextuelle, située historiquement et socialement par rapport à l'expérience d'une société donnée.

Il existe en réalité entre les États démocratiques et autoritaires une parenté des formes d'exercice du pouvoir : des instances de légitimation et des instances de répression, qui prennent des formes variées mais néanmoins apparentées.

Aujourd'hui, la majorité des régimes autoritaires organisent des élections, qui ne sont « truquées » que si par truchage s'entend l'optimisation en amont des règles du jeu électoral : conditions d'éligibilité des candidatures, découpage des circonscriptions, choix du mode de scrutin, loi sur les fake news, régulation des médias indépendants, chantage au chaos, à la guerre civile ou à l'effondrement économique en cas de « mauvais choix » par les électeurs...

C'est ainsi que le *People Action's Party* est réélu régulièrement à Singapour tous les cinq ans depuis 1965. Les démocraties ne procèdent pas fondamentalement autrement.

Eugénie Mériaux relève que, de 2015 à 2017, au cours des deux années d'état d'urgence, l'Etat français a procédé à 4 500 perquisitions administratives et 750 assignations à résidence, sans parler de l'interdiction administrative de manifester pour le climat lors de la COP21 ; de 2018 à 2020, au cours du mouvement dit « *des gilets jaunes* », les services de police et les tribunaux ont procédé à 10 000 gardes à vue, 400 condamnations à des peines de prison ferme.

Ce qui la conduit à déplorer un recul de l'Etat français à l'égard des droits humains, recul également « *noté avec une profonde inquiétude* » par le Haut-Commissariat aux Droits de l'Homme des Nations Unies, ainsi qu'une détérioration de la qualité de la démocratie en France, telle qu'enregistrée par les indicateurs de V-Dem mesurant les évolutions dans le temps des régimes politiques à travers le monde¹¹².

- *Certains comportements erratiques de l'Etat sont préjudiciables au fonctionnement même de la société*

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

Lors de la pandémie du Covid-19, l'article 15 de la Convention européenne des droits de l'Homme ouvrant la possibilité aux États contractants de déroger à leurs obligations en invoquant des circonstances exceptionnelles, les autorités françaises ont établi un « *état d'urgence sanitaire* » s'inspirant de celui prévu par la loi n° 55-385 du 3 avril 1955. Plutôt que de recourir à ce système, le pouvoir a élaboré un dispositif *ad hoc*.

Aux termes de l'exposé des motifs du projet de loi d'urgence, la crise sanitaire, « *sans précédent depuis un siècle, fait apparaître la nécessité de développer les moyens à la disposition des autorités exécutives pour faire face à l'urgence* » et, du fait de son « *ampleur jamais imaginée jusqu'ici* », appelait une réponse « *d'une*

¹¹¹ *La dictature, une antithèse de la démocratie ? - 20 idées reçues sur les régimes autoritaires*

<http://www.lecavalierbleu.com/livre/dictature-antithese-de-democratie/>

¹¹² Cf. <https://www.v-dem.net/fr/>

ampleur qui n'a pu elle-même être envisagée lorsque les dispositions législatives et réglementaires existantes ont été conçues ».

Le gouvernement a fondé un nouvel état d'exception en vue de répondre au défi inédit.

Sur le fondement des lois n° 2020-290 du 23 mars 2020 et 2020-365 du 30 mars 2020, la déclaration de l'état d'urgence sanitaire a autorisé le Premier ministre à prendre par décret des mesures limitant la liberté d'aller et venir, la liberté d'entreprendre et la liberté de réunion, des mesures de réquisition de tous biens et services nécessaires pour mettre fin à la catastrophe sanitaire, ainsi que des mesures temporaires de contrôle des prix. Ces mesures devaient être proportionnées aux risques encourus. Le ministre de la Santé eut le pouvoir de prescrire par arrêté motivé toutes les autres mesures qui s'inscrivent dans le cadre défini par le Premier ministre.

On assista donc à une concentration du pouvoir au bénéfice du gouvernement, même si, durant la procédure législative (anormalement rapide du point de vue constitutionnel), le Parlement est parvenu à imposer certaines de ses vues à l'exécutif.

A la manière de ses homologues espagnol et italien qui ont eu recours aux décrets-lois, le gouvernement français a massivement légiféré par voie d'ordonnances, comme l'a habilité le Parlement par la loi du 23 mars. En un mois, pas moins de 66 ordonnances ont été prises pour faire face à cette pandémie.

Le consensus politique étant alors total, le Conseil constitutionnel n'a pas été saisi de la loi du 23 mars 2020.

Alors que le processus de déconfinement a débuté le 11 mai, l'exécutif a souhaité proroger l'état d'urgence sanitaire jusqu'au 10 juillet en vertu des dispositions de la loi adoptée par les deux Assemblées le 9 mai, sans débat préalable aux votes respectifs.

Le 11 mai, le Conseil constitutionnel a rendu sa décision relative à la constitutionnalité de cette loi prorogeant l'état d'urgence sanitaire et complétant ses dispositions.¹¹³

Il en ressort que, 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, ...), la conformité à la Constitution et au droit a été établie.

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 notamment de cette épisode important de la vie démocratique nationale 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 1955.¹¹⁴

Pour Alain Lambert, le président du Conseil national d'évaluation des normes (CNEN) :

¹¹³ *Décision n° 2020-800 DC du 11 mai 2020 relative à la Loi prorogeant l'état d'urgence sanitaire et complétant ses dispositions*
<https://www.conseil-constitutionnel.fr/decision/2020/2020800DC.htm>

¹¹⁴ *La fin des apparences à propos du contrôle parlementaire en état d'urgence sanitaire*
<https://journals.openedition.org/revdh/9022>

« 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 position non ambiguë a conduit le gouvernement à autoriser les administrations, et notamment les préfets, à s'affranchir des normes en vigueur pour improviser des initiatives éparées, plus ou moins heureuses !

Cette situation exceptionnelle a conduit le philosophe *Slavoj Žižek*¹¹⁵ à établir le constat suivant :

« De nombreux commentateurs de gauche ou de sensibilité libérale ont souligné comment l'épidémie causée par le coronavirus sert à justifier et légitimer des mesures de contrôle et de régulation des populations qui, jusqu'à présent, étaient impensables dans une société démocratique occidentale – le confinement total de l'Italie n'est-il pas un fantasme totalitaire devenu réalité ? Il n'est pas étonnant que la Chine (qui utilisait déjà massivement les nouvelles technologies à des fins de contrôle social) se révèle être la mieux équipée pour affronter une épidémie catastrophique – à en juger du moins par ce que semble désormais être la situation sur place. Faut-il en conclure que la Chine incarne notre avenir, au moins à certains égards ? Entrons-nous dans un état d'exception global, de sorte que les analyses du philosophe italien Giorgio Agamben gagneraient une nouvelle actualité ?

Il n'est pas surprenant qu'Agamben lui-même tire cette conclusion en réagissant à l'épidémie de façon radicalement différente de la plupart des commentateurs. Déplorant les « mesures d'urgence frénétiques, irrationnelles et totalement injustifiées pour une supposée épidémie », parlant d'elle comme d'une sorte de grippe, il pose la question suivante : « Pourquoi les médias et les autorités s'efforcent-ils de répandre un climat de panique, provoquant un véritable état d'exception, avec de graves limitations des mouvements et une suspension du fonctionnement normal des conditions de vie et de travail dans des régions entières ? » La raison principale de ce qu'il considère être une réponse disproportionnée doit à ses yeux être trouvée dans « une tendance grandissante à utiliser l'état d'exception comme un paradigme normal du gouvernement ».

Pour Luc Rouban¹¹⁶ :

« [...] Tous les observateurs ont enregistré le fait que le président a utilisé un vocabulaire dans la lutte contre l'épidémie, se positionnant en chef suprême de la nation et ravivant la mémoire du long terme des périodes d'union nationale où s'imposaient des figures historiques comme celle de Georges Clémenceau qui a conduit l'effort de guerre de 1914.

C'est donc bien la question de l'autorité qui resurgit [...].

Si la question de l'autorité se pose en termes de légitimation politique, elle se pose aussi très concrètement dans les rapports sociaux comme dans les représentations que suscite l'épidémie.

Plusieurs observations peuvent être faites : l'inertie d'une culture de consommation et d'hédonisme face aux demandes pressantes de confinement du gouvernement, car « comment abandonner son jogging quotidien ? », ce qui en dit long sur la capacité réelle de faire adopter spontanément, et par la seule pédagogie, des comportements protecteurs de l'environnement ; la défaillance de la « gouvernance », comme mode d'action partenarial plus ou moins privatisé, et le retour en force de l'État, de ses ordonnances et de l'action unilatérale ; la réapparition des frontières nationales et l'affaiblissement de l'Union européenne comme centre de décision.

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

¹¹⁵ *Surveiller et punir ? Oh oui, s'il vous plaît !*

<https://www.nouvelobs.com/coronavirus-de-wuhan/20200318.OBS26237/tribune-surveiller-et-punir-oh-oui-s-il-vous-plait.html>

¹¹⁶ *Les effets politiques de l'épidémie : l'efficacité contre la démocratie ?*

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

du Baromètre de la confiance politique du Cevipof¹¹⁷ 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. [...]

La priorité donnée à l'efficacité est aussi liée à l'autoritarisme. On a créé un indice d'autoritarisme qui s'appuie sur les réponses positives à trois questions. Un bon système politique est celui qui :

- a à sa tête un homme fort qui n'a pas à se préoccuper du parlement ni des élections,
- est celui où ce sont des experts et non un gouvernement qui décident ce qui leur semble le meilleur pour le pays,
- est celui où l'armée dirige le pays.

La première question réunit en moyenne l'assentiment de 33 % des enquêtés, la seconde 52 % et la troisième 15 %. L'indice d'autoritarisme, qui va donc de 0 à 3, constitue une échelle statistique assez solide (alpha de Cronbach de 0,485). On peut ensuite le dichotomiser entre « autoritarisme faible » (niveaux 0 et 1) et « autoritarisme fort » (niveaux 2 et 3). Le croisement entre la demande d'efficacité et l'autoritarisme est particulièrement significatif puisque 46 % de ceux qui défendent la thèse de l'efficacité sont fortement autoritaires contre 15 % seulement de ceux qui la réfutent. [...] »

Evolution confirmée au cours de la période de confinement par le fait que 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 insuffisances du droit constitutionnel participent à l'affaiblissement 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 de cette juridiction suprême de la République.

Mais force est de déplorer que le droit fondamental lui-même comme les modalités de son élaboration et de son application sont en retard en France pour encadrer ces développements technologiques particulièrement rapides et les dérives et risques qui y sont associés, et notamment ceux que favorise l'intelligence artificielle, quand bien même le droit constitutionnel ne fait pas uniquement que subir ou s'adapter aux effets de la révolution numérique, car il tente, depuis quelques années, de se saisir du phénomène pour l'encourager, le protéger, l'utiliser, l'encadrer ou le 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

¹¹⁷ 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>

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. ¹¹⁸

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.

« *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.

Thierry Foucart¹¹⁹ relève, s'agissant de la notion d'intérêt général, que la première difficulté concerne le contenu de ce concept :

« *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.* »

La définition qu'en propose le Conseil d'Etat est celle de Rousseau, dont Simone Weil explique ainsi le raisonnement :

« *Rousseau partait de deux évidences. L'une, que la raison discerne et choisit la justice et l'utilité innocente, et que tout crime a pour mobile la passion. L'autre, que la raison est identique chez tous les hommes, au lieu que les passions, le plus souvent, diffèrent. Par suite si, sur un problème général, chacun réfléchit tout seul et exprime une opinion, et si ensuite les opinions sont comparées entre elles, probablement elles coïncideront par la partie juste et raisonnable de chacune et différeront par les injustices et les erreurs.* »

Ce raisonnement n'est pas celui de Montaigne et de Pascal, qui affirment la fragilité de la raison humaine. Leur position contraire à celle de Rousseau montre que des penseurs même de grande envergure peuvent avoir des opinions opposées sur ce problème général. Le raisonnement tenu par Rousseau n'est que la conséquence de sa pensée sur l'homme naturellement bon. En considérant comme position initiale celle de Pascal : « *L'homme est donc si heureusement fabriqué qu'il n'a aucun principe juste du vrai et plusieurs excellents du faux* », ce raisonnement aboutit à la conclusion inverse de celle de Rousseau.

La définition de l'intérêt général par l'expression de la volonté générale choisie par le Conseil d'État est donc contestable : il n'est pas du tout sûr que ce soit une *partie juste et raisonnable* qui émerge de la diversité des opinions individuelles, ce qui donne au Conseil constitutionnel le rôle d'arbitrer entre un intérêt général pour le moins incertain et les droits fondamentaux du bloc de constitutionnalité.

Une autre difficulté est la connaissance de la volonté générale.

Rousseau compare les opinions individuelles pour en déduire la partie commune et critique les partis politiques qui, en les synthétisant, en réduisent la diversité. Simone Weil en préconise la suppression totale, tandis que d'autres philosophes cherchent à les multiplier pour augmenter le nombre d'opinions exprimées. Mais plus la diversité des opinions est grande, moins leurs points communs sont nombreux.

La volonté générale peut contredire le pouvoir politique en place et le placer devant un dilemme par des manifestations massives dont certaines ont d'ailleurs conduit au retrait de lois votées et promulguées, comme celle instaurant le Contrat Première Embauche en 2006.

Elle peut aussi être exprimée par une consultation populaire, comme c'est souvent le cas en Suisse.

Mais parfois l'intérêt général n'est plus l'expression de la volonté du peuple, mais celui de ses représentants.

Le referendum instituant l'élection du président au suffrage universel, décidé en 1962 par le général De Gaulle, a été déclaré par de nombreux spécialistes en droit constitutionnel non conforme à la Constitution, mais le

¹¹⁸ *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>

¹¹⁹ *Intérêt général et droits fondamentaux* : <https://fr.irefeurope.org/Publications/Articles/article/Interet-general-et-droits-fondamentaux>

Conseil constitutionnel n'a pas voulu s'opposer au général, et le résultat a été suffisamment significatif pour que l'on ne puisse contester qu'il exprimât la volonté générale. En 1969, De Gaulle démissionne après l'échec du referendum sur la régionalisation. Mais cette réforme sera progressivement reprise par la voie législative.

Le traité instituant une Constitution pour l'Europe, rejeté par 55 % des Français lors du referendum de 2004, est revenu sous la forme du Traité de Lisbonne au prix d'une révision de la Constitution déclarée nécessaire par le Conseil constitutionnel (DC n° 2007-560 du 20 décembre 2007). Cette révision a été adoptée par le Parlement, qui a ainsi contredit le résultat du referendum.

Les gouvernements prétendent connaître la volonté générale sur des sujets qu'ils ont abordés lors des élections. Pourtant, leurs électeurs n'approuvent pas nécessairement l'ensemble de leurs propositions. Ils ne cherchent pas toujours à connaître la volonté générale pour ne pas la contredire. La politique migratoire n'a par exemple jamais fait l'objet d'une consultation populaire, et la volonté générale sur ce sujet n'est que celle du gouvernement et d'une catégorie de citoyens (intellectuels, journalistes, universitaires, artistes etc.) dont les opinions sont largement diffusées par les médias et réseaux sociaux. Les élites politiques et culturelles expriment de cette façon une certaine méfiance vis-à-vis de l'opinion publique qu'elles considèrent exposée à des prises de position démagogiques. Elles s'attribuent ainsi une responsabilité politique particulière contraire à l'égalité démocratique.

Rousseau a lui-même successivement proposé trois versions de la volonté générale : la première est nettement libérale, très proche de celle d'Adam Smith ; la seconde est fondée sur une classification administrative et anonyme des citoyens permettant une inégalité de traitement lorsque les situations sont inégales ; et la troisième est une « *fiction démocratique qui assimile la majorité (entendue comme principe de décision) à l'unanimité (entendue comme principe de justification)* ».

La volonté générale et l'intérêt général qui en est l'expression sont des concepts fondés sur une idéalisation de l'homme et du peuple.

L'application de ces concepts les confronte à la société réelle et montre leurs limites, largement dépassées par suite de la complexité des sociétés démocratiques modernes.

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

De son côté, l'Académie des Technologies, dans son avis rendu public en avril 2020¹²⁰, 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. 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 générale et ne pas remettre en cause les valeurs fondamentales de notre société.

Elle déplore que cette circulation existe sous des formes variées et largement sous-contrôlées, que ces données sont thésaurisées le plus souvent dans des les entrepôts numériques de quelques grands groupes mondiaux, et que le « Cloud Act » américain permet au gouvernement américain d'avoir accès à toutes les données numériques situées sur son sol.

Elle alerte sur le risque qu'à l'occasion de la crise pandémique du Covid-19 qui participe à accélérer le recours au numérique, soit confié implicitement à quelques plate formes numériques mondiales le soin d'organiser les échanges constitutifs de notre société.

Elle souligne l'importance du développement de solution de fédération de clouds européens, et appelle à la labellisation ses solutions de circulation des données en Europe par des standards européens.

- *Les villes du futur favorisent une prolifération des outils informatiques dans l'espace public urbain pour surveiller, analyser, prédire et contrôler les flux de personnes et de marchandises*

¹²⁰ 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>

Félix Tréguier, chercheur et membre de La Quadrature du Net alerte¹²¹ :

« Les projets de « ville intelligente » (smart city) essaient dans le monde. Après les Etats-Unis, la Chine, les pays du Golfe ou le Royaume-Uni, c'est en France que de grands groupes industriels se positionnent sur ces marchés en s'alliant à des élus locaux adeptes du solutionnisme technologique.

Comme en écho aux prédictions de Dubarle, ils entendent faire proliférer les outils informatiques dans l'espace public urbain pour surveiller, analyser, prédire et contrôler les flux de personnes et de marchandises. Le gouvernement des villes passe ainsi à l'ère de la gouvernance algorithmique. Et, en dehors de quelques initiatives en matière de mise à disposition des données, de gestion « intelligente » de l'éclairage public ou des bennes à ordures, la « ville intelligente » se définit surtout par son volet sécuritaire. À tel point que les industriels parlent désormais de « ville sûre » (safe city).

Les documents administratifs liés à ces projets témoignent de la porosité entre la gouvernance urbaine et les doctrines issues du monde militaire. Ainsi, la convention d'expérimentation conclue en juin 2018 entre la mairie de Nice et un consortium de quinze entreprises dirigé par Thales part du constat d'une « urbanisation galopante à la surface du monde ». Évoquant des « menaces de plus en plus importantes », elle met sur le même plan les « risques naturels », qui peuvent être liés au dérèglement climatique, et les « risques d'origine humaine » (criminalité, terrorisme, etc.). Pas question de s'interroger sur les ressorts économiques, sociaux, politiques de ces phénomènes, et encore moins d'agir sur eux. Il importe avant tout d'« évaluer chaque situation pour pouvoir anticiper les incidents et les crises », d'identifier les « signaux faibles » afin de fournir une « aide à la planification », de proposer des « prédictions sur base de scénarios », le tout dans le cadre d'une « gestion en temps réel » à travers l'exploitation du « maximum de données existantes » au sein d'un « centre d'hypervision et de commandement ».

Les « risques » sont ainsi réduits à un état de fait dont la puissance publique se contente de gouverner les effets. Chez les concepteurs de la « ville sûre », la police recouvre sa vieille fonction théorisée au XVIII^e siècle : produire un savoir sur la population, orienter sa conduite en agissant sur les variables qui la déterminent, assurer sa docilité et sa productivité. La nouveauté tient à l'abandon de l'horizon décidément trop fuyant de l'« ordre public ». On se contente désormais de gérer le désordre. Grâce à la surenchère technologique, les technocrates croient pouvoir repérer dans la nuée du chaos certaines caractéristiques ou régularités statistiques à partir desquelles on pourra catégoriser, trier, corrélérer et, in fine, anticiper, prévenir, préempter, ajuster — mais aussi, quand cela sera nécessaire, cibler et réprimer.

Pour ce faire, la « ville sûre » s'appuie sur deux grandes innovations technologiques. D'abord, la possibilité de réunir et d'analyser divers jeux de données, comme les fichiers de police, les informations personnelles glanées en ligne — et en particulier sur les réseaux sociaux —, etc., afin de produire des statistiques et de l'aide à la décision dans une logique de police prédictive. Les outils de surveillance expérimentés depuis dix ans par les grandes agences de renseignement se généralisent à l'ensemble des activités policières...

[.] la « ville sûre » engage une privatisation sans précédent des politiques de sécurité. L'expertise technique est tout entière confiée aux acteurs privés, tandis que les paramètres qui président à leurs algorithmes resteront selon toute vraisemblance soumis au secret des affaires. Sur le plan juridique, il n'existe à ce jour aucune analyse sérieuse de la conformité de ces dispositifs avec le droit au respect de la vie privée ou avec la liberté d'expression et de conscience, pourtant directement mis en cause. Pour l'heure, seuls les juristes des entreprises concernées veillent, sans zèle excessif, au respect de la législation en vigueur, révisée en 2018 mais déjà dépassée. Les effets politiques de tels déploiements s'annoncent significatifs : surenchère dans le traitement policier de certains quartiers, aggravation des discriminations que subissent déjà certaines catégories de personnes, répression des mouvements sociaux. Ils ne sont, bien entendu, jamais évoqués par les promoteurs.

Quant à la [CNIL], elle s'en tient à un laisser-faire indolent. Abrisée derrière son manque de moyens et derrière le fait que le règlement européen sur la protection des données personnelles lui a ôté son pouvoir d'autorisation a priori, elle appelle à un « débat démocratique » afin que « soient définis les encadrements appropriés ». Et reconnaît par-là l'absence de tout cadre juridique spécifique, ce qui, en vertu de la

¹²¹ La « ville sûre » ou la gouvernance par les algorithmes : <https://www.monde-diplomatique.fr/2019/06/TREGUER/59986>

jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme, suffit pourtant à démontrer l'illégalité pure et simple de ces projets.

Le gouvernement, qui a annoncé une révision de la loi relative au renseignement pour 2020, pourrait quant à lui profiter de ce texte pour blanchir sur le plan législatif les expérimentations en cours, et préparer la généralisation de ces dispositifs de surveillance policière. À moins que des mobilisations citoyennes ne parviennent à les tenir en échec. »

- *Le processus législatif connaît une évolution qui inquiète*

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 Castelnaud, avocat au Barreau de Paris).

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

" Le projet de loi s'y prêtant, la secrétaire d'État chargée du numérique, Axelle Lemaire, a livré du 26 septembre au 18 octobre 2015 aux internautes son texte préparatoire (préalablement dégraissé de 90 à 30 articles). Charge à eux, pendant les trois semaines de la consultation publique, de l'étudier, de l'amender voire de l'améliorer. Ce recours à une nouvelle forme de démocratie participative a été salué, et la participation, dans un laps de temps pourtant court, a été à la hauteur des espérances : plus de 21 000 personnes ont déposé 8500 commentaires et contributions sur le site.

Mieux : la plupart des propositions se sont révélées constructives, concernant par exemple la priorité au logiciel libre, les recours contre les ventes liées ou contre l'obsolescence programmée, le maintien de la neutralité du net, l'ouverture des données publiques et semi-publiques, y compris pour le code source des applications administratives, ou encore la définition d'un domaine protégé des « communs ». Mais la « co-rédaction » promise a vite trouvé ses limites, et les suites données à cette consultation ont déçu. [...]

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

Quant à la loi contre les contenus haineux sur Internet, outre l'antiparlementarisme que révèle la 'brutalité' de son processus d'élaboration, ce texte de loi suscite les quatre motifs d'inquiétude suivants : 1° sans juge, ce texte représente une menace pour la liberté d'expression ; 2° le développement de l'arbitraire de l'État ; 3° un engorgement judiciaire ; 4° une mise en application quasiment impossible¹²².

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

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

¹²² Cf. *Loi Avia : le droit à l'information menacé au nom de la lutte contre la haine* (Pierre Farge, avocat au barreau de Paris, expert en droit de la presse) : https://www.contrepoints.org/2020/01/28/363125-loi-avia-le-droit-a-linformation-menace-au-nom-de-la-lutte-contre-la-haine?utm_source=Newsletter+Contrepoints&utm_campaign=27236fec18-Newsletter+auto+Mailchimp&utm_medium=email&utm_term=0_865f2d37b0-27236fec18-114147713&mc_cid=27236fec18&mc_eid=2fd436b3f2

- *La perspective d'une dématérialisation du processus électoral suscite des interrogations*

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

Si une Sénatrice de la Seine-Maritime a tenu, en décembre 2017, à en souligner les atouts (facilitation du vote pour les handicapés, accélération du recensement des votes) : « *Leur usage n'a jamais posé de difficultés. Les électeurs, les élus, les agents municipaux s'accordent sur la simplicité et la fiabilité du dispositif. Malgré cela, ces machines suscitent des oppositions souvent très doctrinales* », tout en pointant l'approbation du Conseil constitutionnel¹²³ et du Conseil d'Etat¹²⁴ 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* »¹²⁵, Laurent Nuñez, secrétaire d'Etat auprès du ministre de l'Intérieur, ancien patron de la DGSI, fait valoir la position suivante du gouvernement :

« *Le moratoire gelant depuis onze ans paraît constituer, à ce jour, un point d'équilibre. Cela explique d'ailleurs probablement que le ministère de l'Intérieur reçoive autant de demandes d'élus voulant interdire strictement ces machines que d'élus voulant au contraire développer leur usage et faire homologuer de nouveaux modèles* ».

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

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

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)¹²⁶, 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.

Autre source d'inquiétude : l'expérimentation nationale préconisée par le Secrétaire d'Etat au numérique en exercice dans le domaine de la reconnaissance faciale. 80 organisations rassemblant des associations, observatoires, syndicats, collectifs, et entreprises, se sont mobilisées en décembre 2019 pour saisir le gouvernement ainsi que le Parlement afin que soit interdit tout usage sécuritaire de dispositions de reconnaissance faciale actuels ou futurs¹²⁷.

Et quid du droit à l'image¹²⁸ dans ce dossier ?

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*

¹²³ Cf. <https://www.conseil-constitutionnel.fr/decision/2012/2012154PDR.htm>

¹²⁴ Cf. <https://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriAdmin.do?idTexte=CETATEXT000023493752>

¹²⁵ Cf. <http://questions.assemblee-nationale.fr/q14/14-88162QE.htm>

¹²⁶ <https://www.conseil-constitutionnel.fr/decision/2019/2019796DC.htm>

¹²⁷ Cette tendance se généralise au sein de l'UE. Le ministre allemand de l'Intérieur prévoit également d'installer la reconnaissance faciale automatique dans 134 gares et 14 aéroports, selon l'hebdomadaire Der Spiegel. Mais, comme en France, des voix s'élèvent en Allemagne pour demander l'interdiction de cette technologie de surveillance.

¹²⁸ *Droit à l'image en France* :

https://www.service-public.fr/particuliers/vosdroits/F32103?fbclid=IwAR3j_p64h0FeeK9Z0RPXSfDTzlhUACyYy_ik4203k8AxxnTGold2d1_4A760

les données recueillies pour surveiller et prévenir tout dérapage oppositionnel à la vision mondialiste car le numérique ne promet pas seulement une nouvelle économie pour réformer le monde, il promet aussi au gouvernement de lui permettre de mieux comprendre le comportement de ses citoyens pour les surveiller et les contrôler en permanence. Cette nouvelle réalité citoyenne offrirait ainsi aux gouvernants une alternative possible à la démocratie libérale d'hier restée trop gênante parce que source d'oppositions argumentatives. Il ne s'agirait plus d'éduquer mais de formater, à la lettre une éducation non plus critique à la Condorcet mais de la confiance à la Blanquer, soit la confiance en l'autorité immuable de l'administration des choses, prélèvement à la source et contrôle du privé par impôt et compteur Linky en prime, par solde de toute monnaie papier, par suivi informatique des déplacements et des pensées. »¹²⁹.

- *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.*

Au moment où, en France, l'Etat s'organise pour repenser son rôle de régulateur en l'articulant autour de la donnée¹³⁰, 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^{131,132,133}.

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

Pourtant, depuis qu'il est en vigueur, peu de plaintes d'internautes sont enregistrées.

La défense des citoyens en matière de protection des données personnelles se fait en grande partie contre leur gré. La fatale attraction de la gratuité, les biais cognitifs dont celui qui consiste à penser que « *je n'ai rien à cacher* » ont raison de tout discours d'alerte considéré comme catastrophiste et rétrograde.

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

Or cette situation est générale.

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

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

Bernard E. Harcourt, professeur de philosophie politique et de droit, affirme que nous avons tort de comparer les sociétés de surveillance à 1984 :

« Nous ne sommes pas face à une dictature cherchant à atténuer nos désirs, au contraire. C'est pour cela que nous n'allons pas résister en limitant notre accès aux écrans, ceux de nos proches ou de nos enfants. Ça ne va pas marcher et ça ne peut pas marcher car nous éprouvons tellement de jouissance dans ce nouveau monde, tellement de plaisir dans le numérique, qu'on ne peut l'arrêter en remontant le temps et décélérant... Chez

¹²⁹ Cf. *La Post-démocratie, une démocratie sans liberté ?* : <https://www.polemia.com/post-democratie-liberte/>

¹³⁰ *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>

¹³¹ *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=IwAR0phvVADiJnbaP-uSNziWzjt23hlxNzxRtqtzBA4N6ejIhDqrmuybnYOE

¹³² *Black Hat 2019 : comment le RGPD facilite le vol de données personnelles* : <https://www.lebigdata.fr/black-hat-2019-rgpd>

¹³³ *Cloud Act, l'offensive américaine pour contrer le RGPD* : https://portail-je.fr/analysis/1902/cloud-act-loffensive-americaine-pour-contrer-le-rgpd?hash=0c8ded38-333b-4310-a215-c6d0484882dd&utm_medium=social&utm_source=facebook

Orwell, les résistances sont rendues possibles car les habitants avaient envie d'autre chose : ils voulaient du café, du thé, du rouge à lèvres, une chambre à eux pour voir leurs amants, tous nos petits plaisirs qui leur étaient défendus. Aujourd'hui, c'est non seulement autorisé, mais même encouragé ! C'est comme ça que ça marche : en nous séduisant et en nous incitant à exposer nos désirs [...] c'est effrayant que la résistance doit dépendre de vouloir, et non de devoir, changer le monde. Or, c'est le plus grand défi puisque nous sommes face à un système reposant sur le désir. »¹³⁴

- *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, rappelle dans un rapport publié en 2019¹³⁵, à la suite d'enquêtes menées en commun avec l'Institut national de la Consommation (INC), les enjeux qui président à la fabrication d'une vraie démocratisation du numérique, à savoir l'égalité devant l'accès aux services des publics, de plus en plus dématérialisés, en pointant le véritable souci social et culturel derrière la question de l'accès à Internet à l'heure où, indique-t-il, « *le taux de connexion varie ainsi de 54 % pour les non diplômés à 94 % pour les diplômés de l'enseignement supérieur* ».

Il alerte sur la nécessité de renforcer l'accompagnement des personnes en précarité numérique et de maintenir les modes alternatifs d'accès aux services publics.

Il s'est à nouveau exprimé publiquement le 1^{er} mars 2020 pour réaffirmer que la dématérialisation des services publics est un progrès, mais à la condition qu'elle se fasse en respectant les principes fondamentaux du service public à la française – égalité et continuité – et de l'accès des usagers à leurs droits, sans pour autant contester l'objectif de l'agenda « Action publique 2022 ».

D'ici 2022, parmi les trois écueils qui doivent être évités selon Jacques Toubon, on peut en dégager les principaux éléments suivants : d'abord, la dématérialisation ne doit pas être utilisée comme une simple substitution à la disparition des services publics pour des raisons budgétaires. C'est là un choix politique et social majeur qui relève du pouvoir. Ensuite, elle ne doit pas être faite à marche forcée, en ignorant toute une frange de la population – 20 % selon l'Insee – qui maîtrise mal, ou pas du tout, les nouvelles technologies et les formalités administratives dématérialisées. Enfin, les réponses apportées aux citoyens doivent être respectueuses de la dignité des personnes, autant que de leurs droits.

Pour Alain Lambert, qui préside le 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”.

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, sa position se résume en ces termes simples : « *Il faut remettre de l'humain dans la machine France* ».

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

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. »¹³⁶

¹³⁴ *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=IwAR3pUKHqaOktDBO9D9Btk0RKeX2t0oc02QTSh4PTFFucgOITlysdTnJdNoQ>

¹³⁵ *Dématérialisation et inégalités d'accès aux services publics* : <https://www.defenseurdesdroits.fr/sites/default/files/atoms/files/dp-rappdemat-16.01.19-num.pdf>

¹³⁶ *Le numérique, nouvel objet du droit constitutionnel* :

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 numérique¹³⁷ 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.

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

¹³⁷ <http://www.mediation-numerique.fr/>

D - Les initiatives internationales à l'œuvre sont encore insuffisantes

Bien qu'en France comme en Europe et dans le monde, les cadres réglementaire et éthique commencent déjà à se dessiner, de plus en plus d'experts alertent sur le manque de réglementation autour de l'IA.

Devant l'accélération de la dynamique d'innovation mondiale dans les registres du numérique et de l'intelligence artificielle à l'image de cette ambition affichée par IBM de construire des ordinateurs capables de prendre en charge des applications toujours plus sophistiquées de l'IA¹³⁸, aucune réponse nationale ou régionale ne parviendra seule à résoudre les problématiques soulevées en matière d'éthique ou de droit.

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

Soixante-dix ans après l'adoption à Paris de la Déclaration universelle des droits de l'Homme, la Déclaration internationale sur l'information et la démocratie pose les principes fondamentaux de l'espace global de l'information et de la communication, un "bien commun de l'humanité" est-il déclaré dans le préambule. Ce texte de 6 pages publié en novembre 2018¹³⁹ précise les garanties démocratiques pour la liberté, l'indépendance, le pluralisme et la fiabilité de l'information, dans un contexte de mondialisation, de digitalisation et de bouleversement de l'espace public.

Dans une recommandation intitulée « *Décoder l'intelligence artificielle : 10 mesures pour protéger les droits de l'homme* »¹⁴⁰, le Conseil de l'Europe met l'accent sur 10 grands domaines d'action : l'évaluation de l'impact sur les droits de l'homme ; les consultations publiques ; les normes des droits de l'homme dans le secteur privé ; l'information et la transparence ; le contrôle indépendant ; la non-discrimination et l'égalité ; la protection des données et le respect de la vie privée ; la liberté d'expression, la liberté de réunion et d'association, et le droit au travail ; les possibilités de recours ; la promotion de la connaissance et de la compréhension de l'intelligence artificielle. La recommandation contient aussi, en annexe, une liste destinée à aider les autorités à mettre en œuvre les mesures recommandées dans chaque grand domaine.

En avril 2019, la Commission européenne a publié une communication intitulée « *Renforcer la confiance dans l'intelligence artificielle axée sur le facteur humain* »¹⁴¹ en s'appuyant sur les travaux du groupe d'experts indépendants désignés en juin 2018 dont les lignes directrices ont été publiées le même jour¹⁴².

Ces lignes directrices articulent 3 axes : le respect du droit applicable et des réglementations ainsi que d'une série d'exigences, l'adhésion à des valeurs et principes éthiques directement issus de la Charte des Droits fondamentaux de l'UE (art. 24 à 27 et 38), et la robustesse technique et sociale des systèmes d'IA.

La Commission européenne a choisi d'adopter une approche en trois étapes :

- définir les exigences clés pour une IA digne de confiance¹⁴³,

¹³⁸ *Le dernier supercalculateur d'IBM sera utilisé... pour construire plus d'ordinateurs :*

<https://www.zdnet.fr/actualites/le-dernier-supercalculateur-d-ibm-sera-utilise-pour-construire-plus-d-ordinateurs-39895705.htm>

¹³⁹ *L'espace global de l'information et de la communication : un bien commun de l'humanité :*

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

¹⁴⁰ *Décoder l'intelligence artificielle : 10 mesures pour protéger les droits de l'homme :*

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

¹⁴¹ *Renforcer la confiance dans l'intelligence artificielle axée sur le facteur humain :*

<https://ec.europa.eu/digital-single-market/en/news/communication-building-trust-human-centric-artificial-intelligence>

¹⁴² *Lignes directrices éthiques pour une intelligence artificielle digne de confiance :*

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

¹⁴³ Facteur humain et contrôle humain : les systèmes d'IA devraient être les vecteurs de sociétés équitables en se mettant au service de l'humain et des droits fondamentaux, sans restreindre ou dévoyer l'autonomie humaine.

Robustesse et sécurité : une IA digne de confiance nécessite des algorithmes suffisamment sûrs, fiables et robustes pour gérer les erreurs ou les incohérences dans toutes les phases du cycle de vie des systèmes d'IA.

Respect de la vie privée et gouvernance des données : il faut que les citoyens aient la maîtrise totale de leurs données personnelles et que les données les concernant ne soient pas utilisées contre eux à des fins préjudiciables ou discriminatoires.

Transparence : la traçabilité des systèmes d'IA doit être assurée.

Diversité, non-discrimination et équité : les systèmes d'IA devraient prendre en compte tout l'éventail des capacités, aptitudes et besoins humains, et leur accessibilité devrait être garantie.

Bien-être sociétal et environnemental : les systèmes d'IA devraient être utilisés pour soutenir des évolutions sociales positives et renforcer la durabilité et la responsabilité écologique.

- lancer à l'été 2019 une phase pilote à grande échelle pour recueillir les réactions et retours d'informations des parties prenantes (cette phase pilote concerne également les entreprises d'autres pays et les organisations internationales),
- et élaborer un consensus international pour une IA centrée sur l'humain.

La Commission souhaite porter son approche en matière d'IA sur la scène internationale parce que les technologies, les données et les algorithmes ne connaissent pas de frontières. Elle renforcera sa coopération avec les partenaires partageant les mêmes idées, comme le Japon, le Canada ou Singapour, et continuera à jouer un rôle actif dans les discussions et initiatives internationales, y compris au sein du G7 et du G20.

Malheureusement, si ce processus confirme les craintes qui pèsent aujourd'hui sur les dérives éthiques de l'IA, il n'offre pas réellement de solution à ce stade¹⁴⁴.

Selon Didier Renard, ancien vice-président d'Orange, fondateur du premier cloud français Cloudwatt, qui présida l'Institut de souveraineté numérique français :

« Six des sept principes d'éthique proposés par le groupe de travail sont incompatibles avec le design actuel des réseaux neuronaux. Est-ce volontaire de leur part que de se cantonner à l'incantation et à une forme de populisme ou manquaient-ils des savoirs de base pour s'attaquer au sujet ? Dans les deux cas, le dilemme est clair. La volonté de combattre et de protéger, d'une part, et, d'autre part, le constat d'une grande impuissance au fond, paraissent très difficiles à intégrer par ceux qui sont investis du pouvoir de gouverner. »

Puis, le 19 février 2020, la Commission européenne a dévoilé son *Livre blanc sur l'intelligence artificielle*¹⁴⁵, point d'orgue d'une longue série de documents censés cadrer l'approche européenne en IA. Trois axes se détachent assez nettement de ce texte : la volonté de « préserver » le leadership technologique de l'UE ; en le fondant sur les « valeurs communes » de l'Europe ; et en opérant au moyen d'une approche mêlant régulation et investissement. La Commission insiste sur le fait que la stratégie de l'Union ne vise pas à déclarer la guerre aux États-Unis et à la Chine.

« En termes de responsabilité ou de sécurité, quelle que soit l'origine de ces produits, un certain nombre de règles devront être acceptées pour pouvoir opérer dans l'UE », a déclaré le commissaire à la Justice, Didier Reynders. Ces projets visent tout autant à donner l'exemple qu'à faire respecter les règles de l'UE.

Charles Thibout, analyste de l'IRIS, déçu par son contenu, y voit un « *coup d'épée dans l'eau* »¹⁴⁶ :

« L'impression qui ressort à la lecture de ce Livre blanc est celle d'un immense gâchis. Très vite, sa lecture soulève de nombreuses questions, moins d'ailleurs par son contenu que par ses carences.

D'abord, le document admet à mots couverts que le cadre européen en matière d'IA peine à se structurer ; la faute à la fragmentation de l'Europe sur ce sujet : les États membres jouent une partition solitaire, chacun déployant de son côté des plans de développement de l'IA selon ses propres normes et son agenda... C'est prendre le problème à l'envers : ces divisions autour de l'IA sont avant tout le symptôme d'une incapacité à « faire Europe », c'est-à-dire à identifier des intérêts communs. En faisant prévaloir la « défense des valeurs européennes » (« liberté », « dignité humaine », « protection de la vie privée », etc.), la Commission semble occulter la dimension agonistique des relations interétatiques, y compris intra-européennes : la priorité des États est moins la défense des valeurs communes que la lutte pour la puissance. À ce stade de notre histoire commune, les Européens demeurent moins des partenaires que des adversaires ou, à tout le moins, des concurrents. C'est là que réside tout le problème : comment réussir à identifier des points de convergence, des intérêts communs, en termes de puissance ?

L'importance accordée aux financements se comprend aisément : les dépenses de la Chine dans le domaine de l'IA sont estimées à 70 milliards de dollars ; celles des États-Unis entre quatre et cinq milliards de dollars.

Responsabilisation : il convient de mettre en place des mécanismes pour garantir la responsabilité à l'égard des systèmes d'IA et de leurs résultats, et de les soumettre à une obligation de rendre des comptes.

¹⁴⁴ Pour des principes juridiques de responsabilité adaptés à l'intelligence artificielle :

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

¹⁴⁵ Intelligence artificielle – Une approche européenne axée sur l'excellence et la confiance :

https://ec.europa.eu/info/sites/info/files/commission-white-paper-artificial-intelligence-feb2020_fr.pdf

¹⁴⁶ La stratégie européenne en intelligence artificielle : un acte manqué ?

<https://www.iris-france.org/144431-la-strategie-europeenne-en-intelligence-artificielle-un-acte-manque%E2%80%89/>

Mais la Commission manque de clarté quand elle déclare que 20 milliards d'euros par an seront investis dans le secteur de l'IA au cours de la prochaine décennie au sein de l'UE. Aucun détail n'est donné quant à la provenance de tels financements. Ils pourraient donc tout à fait être extra-européens, ce qui impliquerait de renforcer la dépendance technologique de l'Europe vis-à-vis des principales puissances, notamment en facilitant le transfert de propriété intellectuelle des technologies développées en Europe, et en plaçant les entreprises et les centres de recherche européens ainsi financés dans le giron du droit américain ou chinois — par des contrats ad hoc ou simplement par le recours à leurs devises qui constituent, notamment dans le cas des États-Unis, un vecteur d'extraterritorialité de leur droit national. La multiplication des investissements n'a aucun sens s'ils ne sont pas adossés à des objectifs clairs, des missions précises dont les résultats sont susceptibles d'être finement évalués. Les méthodes doivent être revues : les pesanteurs bureaucratiques bruxelloises doivent être surmontées et l'on doit cesser de financer des projets dans le simple but de satisfaire toutes les parties (États, entreprises, universités, etc.) dans chaque pays. Il n'est pas précisé quels secteurs bénéficieraient de ces financements, ce qui révèle le manque de convergence autour d'intérêts et d'objectifs communs aux États membres. Ensuite, rien n'est dit de la nationalité des entreprises concernées par ces investissements : aidera-t-on tout autant les entreprises européennes et étrangères ? Les entreprises européennes seront-elles privilégiées par rapport aux entreprises à participation étrangère ? Enfin, aucun mécanisme de contrôle n'est prévu pour maintenir ces investissements en Europe. En théorie, rien n'empêcherait un groupe étranger de faire main basse sur une entreprise européenne financée sur fonds publics, ce qui est régulièrement le cas des startups de haute-technologie. Par ailleurs, rien n'est prévu pour retenir les chercheurs et les ingénieurs en Europe ; or l'on sait que les niveaux de rémunération et les conditions de travail offerts aux États-Unis, mais aussi en Chine, sont le principal facteur du brain drain depuis des décennies.

La Commission entend ériger ses principes éthiques en standards normatifs pour la conception des technologies d'intelligence artificielle vouées à être utilisées sur le territoire européen. Plus encore, la Commission ambitionne d'imposer ses normes et ses valeurs dans la conception des systèmes d'IA à tous les acteurs internationaux. Par là même, l'UE se comporte comme si elle était en mesure d'influer sur le comportement des acteurs du monde entier en exhibant sa supériorité éthique.

Cette stratégie est vaine : elle s'illusionne ou feint de croire que la morale aurait sa place dans les affaires internationales. Le système international est un espace éminemment conflictuel. C'est une arène dont les gladiateurs sont les États, les firmes transnationales et les entrepreneurs de violence (terroristes, pirates informatiques, mafias, etc.). Tous les coups sont permis, les principes éthiques n'étant là que pour rendre cette lutte plus acceptable. Les faibles réponses juridiques apportées à un tel enjeu contournent le cœur du problème. La véritable question est celle de la maîtrise de la chaîne de valeur des technologies d'IA. Dans un contexte de guerre économique où la frontière entre l'allié et l'adversaire tend à s'estomper, il est nécessaire de contrôler l'approvisionnement en matières premières (notamment les métaux rares, essentiels dans la production des technologies émergentes), la conception des algorithmes, la collecte et le stockage des données, la production des instruments de calcul, et ainsi de suite. Le risque est de rendre les technologies européennes et leur utilisation dépendantes de systèmes juridiques étrangers, et même de voir ces technologies utilisées contre les intérêts européens.

C'est la souveraineté technologique de l'Europe qui est en jeu. Or, bien qu'elle soit affichée comme une priorité par les pouvoirs publics, le document n'apporte aucune solution claire pour la garantir. L'Europe n'aura pas voix au chapitre technologique tant qu'elle ne maîtrisera pas totalement ses chaînes d'approvisionnement, ses technologies, et tant qu'elle ne sera pas en capacité de mettre en œuvre des mesures de rétorsion contre les États et les entreprises qui contreviennent à ses intérêts. Encore faut-il que les États membres se reconnaissent des intérêts communs. Or, les pressions américaine (OTAN), chinoise (Nouvelles routes de la soie) et russe ont l'effet d'un écartèlement stratégique qui dissout la cohérence géopolitique du continent. Mais, au-delà, la défiance des populations à l'égard de leurs représentants, les tentations insurrectionnelles et l'essor des mouvements autoritaires sont d'une gravité suffisamment manifeste pour briser les conservatismes. Faire le choix du statu quo reviendrait à condamner l'Europe au rôle de spectateur immobile de son pillage technologique et de son propre délitement. Le salut de l'Europe ne trouvera sa voix qu'en garantissant la souveraineté de cet espace politique. Cela commence par la technologie. »

La régulation de l'IA va-t-elle virer à la chasse aux sorcières envers les fabricants d'algorithmes ?

C'est le scénario catastrophe que redoutent les professionnels français du logiciel qui se sont exprimé à l'occasion de l'AI France Summit qui s'est tenu à Paris le 5 mars 2020 et qui réunit des sociétés comme Criteo, Dassault Systèmes ou Google. Si l'association professionnelle *Tech In France* félicite l'exécutif européen pour son dialogue avec les entreprises en amont et en aval des réflexions et approuve la volonté de réguler spécifiquement certaines catégories d'algorithmes, elle tient néanmoins à poser des limites à ce qu'accepteront ses membres (grands groupes français et américain, ETI et start-up). Son délégué général Loic Rivière prévient : « *Nous ne souhaitons pas voir venir un nouvel édifice réglementaire aussi lourd que le RGPD* » qui poseraient aux entreprises européennes des « *contraintes disproportionnées* » qui pourraient « *brider l'innovation* » alors que les Etats-Unis et la Chine esquissent une réglementation a minima (voir *infra*).

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

Sa solution pour une IA de confiance consiste à développer une approche européenne très différente de celle promue notamment par la Chine, très efficace, mais incompatible sur le plan de l'éthique. Emmanuel Macron écarte également le modèle américain, piloté par le marché, et caractérisé aujourd'hui notamment par des dérives monopolistiques¹⁴⁷.

C'est là que se pose la question de la souveraineté numérique européenne dans un contexte politico-juridique qui n'a jusqu'ici pas permis d'inscrire la notion de souveraineté européenne dans le droit primaire de l'UE.

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

Cet appel retentissant rejoint bon nombre d'autres interpellations publiques appelant à la mise en place urgente des conditions propices à l'émergence d'une véritable souveraineté numérique européenne.^{148,149,150,151}

« *La technologie est de la géopolitique* » affirmait l'ancien Commissaire européen chargé de l'Union de la Sécurité, Julian King.

Or cette souveraineté numérique ne saurait être établie sans une réelle souveraineté technologique européenne. Et là encore, l'enjeu est à la fois géopolitique et stratégique.

Burkard Schmitt, directeur 'Défense et Sécurité' à l'*AeroSpace and Defence Industries Association of Europe*, relève que :

« *le terme 'souveraineté technologique' marque une rupture par rapport à ce laxisme à l'européenne. Et le fait qu'il soit utilisé aujourd'hui dans le discours européen sans faire scandale est tout à fait remarquable, parce qu'il montre une sensibilité nouvelle en Europe et à Bruxelles. [...] Pour le Commissaire européen Thierry Breton, « la souveraineté technologique n'est pas un concept protectionniste. C'est la volonté de ne pas dépendre complètement de sources non-européennes pour les technologies stratégiques. Pour les technologies qui déterminent la position géopolitique de l'Europe, on devrait disposer aussi de fournisseurs européens. L'expression d'une telle volonté au niveau européen marque un changement politique considérable. Jusqu'à présent, la dépendance technologique était plutôt un non-sujet pour la plupart de nos États membres, mais aussi pour les institutions européennes :*

- *Dans le civil, l'ouverture des marchés était le principe de base non-controversée y compris dans la recherche et le hi-tech ;*

¹⁴⁷ *Macron défend une intelligence artificielle qui ne crée pas de gilets jaunes* :

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

¹⁴⁸ *Le cyberspace, nouvel espace de souveraineté à conquérir* : <https://www.geostrategia.fr/le-cyberspace-nouvel-espace-de-souverainete-a-conquerir/>

¹⁴⁹ *Droits et souveraineté numérique en Europe* : <https://blogrecherche.wp.imt.fr/2016/03/30/droits-souverainete-numerique-europe/>

¹⁵⁰ *Le devoir de souveraineté numérique* : <http://www.senat.fr/notice-rapport/2019/r19-007-1-notice.html>

¹⁵¹ On relèvera que la France s'est mise en mouvement sur ce dernier registre en abordant cette dernière exigence sous ses volets technologique et industriel. Cf. le rapport parlementaire intitulé « *Quantique : le virage technologique que la France ne ratera pas* » : <https://www.defense.gouv.fr/salle-de-presse/communiques/communiques-du-ministere-des-armees/communiqu-e-conjoint-remise-des-conclusions-du-rapport-quantique-le-virage-technologique-que-la-france-ne-ratera-pas>

- *Dans la défense, la dépendance aux États-Unis était plutôt confortable, au moins jusqu'aux incertitudes créées par l'administration Trump ;*
- *Dans la sécurité, la technologie était considérée comme une quantité négligeable. Aucune culture capacitaire ou technologique ne s'est développée, les achats se sont faits n'importe où pour satisfaire des besoins immédiats, et selon le seul critère du prix le plus bas. »*

Consciente elle aussi des défis posés par l'IA, l'OCDE a adopté en mai 2019 ses nouveaux principes sur l'intelligence artificielle¹⁵².

Les premières annonces de la Commission européenne sont le coup d'envoi d'un long processus législatif. L'UE espère faire à la fin de l'année 2020 des propositions législatives qui devront être approuvées par les États membres et ratifiées par le Parlement européen. Au cours des trois prochains mois, les parties prenantes auront la possibilité d'influencer les plans de la Commission. Les patrons de Google et de Facebook ont déjà fait connaître leur point de vue lors de leurs récentes visites aux sièges des différentes institutions de l'UE.

« *La discussion est véritablement ouverte à tous. L'objectif n'est pas de dire 'voilà, ce sont les règles' »*, a déclaré le commissaire Reynders, ancien ministre belge des affaires étrangères.

Les États-Unis ont emboîté le pas à l'UE en proposant, début janvier 2020, des lignes directrices sur l'utilisation de l'IA. La Maison Blanche propose des principes réglementaires pour régir le développement et l'utilisation de l'IA.

Les autorités fédérales devront "*promouvoir une IA fiable*" et "*doivent prendre en considération l'équité, la non-discrimination, l'ouverture, la transparence, la sûreté et la sécurité*". Après une période de 90 jours de participation citoyenne, les organismes auront 180 jours pour élaborer des plans de mise en œuvre concrète de ces principes.

Mais pas n'importe comment. L'administration Trump estime que les autorités fédérales doivent "*effectuer une évaluation des risques et une analyse coûts-avantages avant toute action réglementaire sur l'IA en mettant l'accent sur des cadres flexibles*".

Le danger pour la Maison Blanche est qu'un cadre trop strict étouffe l'innovation.

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

Suivant les instructions données par la Maison Blanche, le Pentagone a annoncé le 24 février 2020 l'adoption de « *principes éthiques* » pour l'usage par les forces armées de l'IA, une mesure notamment destinée à convaincre les employés des géants technologiques américains de collaborer avec les militaires.

« *L'intelligence artificielle changera beaucoup de choses sur le champ de bataille du futur, mais rien ne fera changer l'engagement inébranlable de l'Amérique à se comporter de façon responsable et légale* », a noté le ministre américain de la Défense Mark Esper.

Pour l'ancien chercheur en IA au MIT Media Lab Rodrigo Ochoa :

« *La majorité des travaux bien financés sur « l'éthique de l'IA » sont alignés sur l'agenda du lobby technologique : ajuster volontairement ou modérément, plutôt que de restreindre légalement, le déploiement de technologies controversées. Les recommandations visent à contraindre le Pentagone à augmenter les investissements militaires dans l'IA et à adopter des systèmes de « l'éthique de l'IA » tels que ceux développés et vendus par les entreprises de la Silicon Valley. Le Conseil de l'innovation qualifie le Pentagone d'« organisation profondément éthique » et propose d'étendre son « cadre éthique existant » à l'IA. A cette fin, le Conseil cite les groupes de recherche en éthique de l'IA de Google, Microsoft et IBM, ainsi que les universitaires parrainés par le fonds MIT-Harvard. Cependant, il y a des réserves. Par exemple, le Conseil note que bien que « le terme 'équité' soit souvent cité dans la communauté de l'IA », les recommandations*

¹⁵² [Les nouveaux Principes de l'OCDE sur l'intelligence artificielle : https://legalinstruments.oecd.org/fr/instruments/OECD-LEGAL-0449](https://legalinstruments.oecd.org/fr/instruments/OECD-LEGAL-0449)

évitent ce terme en raison du « mantra du DoD » selon lequel les combats ne devraient pas être équitables, car le DoD vise à créer les conditions pour maintenir un avantage injuste sur tout adversaire potentiel ». Ainsi, « certaines demandes seront biaisées de façon admissible et justifiable », plus précisément « pour cibler certains combattants adverses avec plus de succès ». La conception que le Pentagone a de l'éthique de l'IA exclut de nombreuses possibilités importantes de débat moral, comme l'interdiction des drones pour les assassinats ciblés. [...]

Les promoteurs de l'éthique de l'IA dans les entreprises, les universités et l'armée ont collaboré étroitement pour leur bénéfice mutuel. [...]

Aucune affirmation défendable en matière d'« éthique » ne peut contourner l'urgence de restrictions juridiquement exécutoires au déploiement des technologies de surveillance de masse et de violence systémique. Tant que de telles restrictions n'existeront pas, le débat morale et politique sur l'informatique restera accessoire par rapport à l'impératif de profit exprimé par la devise de Media Lab, « Deploy or Die ». ¹⁵³

Solange Ghernaouti conclut son article évoqué plus haut en ces termes :

« Lorsque les données et le code informatique sont une arme de guerre et l'intelligence artificielle du matériel militaire, il devient nécessaire de s'interroger sur le type de société dans laquelle nous voulons vivre. Est-ce celle d'une meilleure connaissance du réel et des consciences éclairées ? Celle de la gestion algorithmique, de la surveillance et du contrôle permanent ? Celle du culte des machines ou encore celle du plein pouvoir du techno-libéralisme ? L'obligation de subir le numérique nous donne le droit d'en connaître la finalité (pour quels bénéfices et renoncements et pour qui). C'est alors que nous pourrions réellement penser « l'humain au cœur de la cybersécurité » et réaliser des solutions pragmatiques et efficaces. Impossible de faire l'économie de l'analyse des impacts de l'écosystème numérique, du contrôle des données, des mesures de cybersécurité et de cyberdéfense pour les générations futures. Comme pour le changement climatique, c'est elles qui en paieront le prix. »

En février 2020, le pape François a exprimé ses inquiétudes quant à la diffusion incontrôlée des technologies de l'IA. Appelant au développement éthique d'algorithmes tout en mettant en garde contre les dangers de l'IA utilisée pour extraire des données à des fins commerciales ou politiques, souvent à l'insu des individus.

« De nouvelles formes de réglementation doivent être encouragées pour promouvoir la transparence et le respect des principes éthiques, en particulier pour les technologies avancées qui ont un risque plus élevé d'avoir un impact sur les droits de l'homme, comme la reconnaissance faciale. »

De son côté, à l'occasion de son édition 2020, s'appuyant sur les analyses réunies dans le *Global Risks Reports 2020* dont il ressort notamment la prégnance des lacunes observées dans la gouvernance technologique, le Forum économique de Davos a rendu public une charte établissant des principes dont le respect est requis dans l'univers technologique. ¹⁵⁴

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

Mais force est de déplorer que les principes et les droits sont trop souvent livrés à l'arbitraire de ceux qui proclament les « valeurs ».

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

Quatre visions s'opposent désormais dans le monde – américaine, européenne, chinoise et russe - qui mettent en péril les espoirs d'un Internet global ouvert à tous et respectueux des principes énoncés ci-avant ¹⁵⁵.

- *Le cas symptomatique de la reconnaissance faciale*

¹⁵³ *The invention of « ethical AI » – How big Tech manipulates Academia to avoid Regulation :*
<https://theintercept.com/2019/12/20/mit-ethical-ai-artificial-intelligence/>

¹⁵⁴ *Charter of principles for good platform work :*
http://www3.weforum.org/docs/WEF_Charter_of_Principles_for_Good_Platform_Work.pdf

¹⁵⁵ *The dream of a global internet is edging towards destruction :*
<https://www.wired.co.uk/article/internet-fragmentation?fbclid=IwAR2CUaMYVqYdKTVZh41pffZIJAnE2sw3px93K5iBj2ENLzhWPPxIoU8JxS8>

Fin novembre 2019, devant les interrogations que soulève la reconnaissance faciale et des différents usages, l'Unesco a été mandatée pour élaborer un 'instrument normatif mondial' en 18 mois¹⁵⁶. Mais cette belle initiative se heurte à la réalité concrète du droit international.

Dans la très grande majorité des cas, il est impossible de rendre les sanctions internationales effectives et donc efficaces. Les Etats peuvent s'y soustraire très facilement.

En France, le secrétaire d'Etat au numérique, Cédric O, insiste pour séparer les réflexions portant strictement sur l'identité numérique en ligne (Alicem) et le débat autour de la reconnaissance faciale.

Selon lui, la reconnaissance faciale soulève deux points distincts : d'un côté la question de l'authentification, qui nécessite d'être « encadrée » sur le plan de la gestion des données, et de l'autre celle de l'identification, qui s'avère « plus problématique » en ce qu'elle touche à l'ordre public et à la vie privée.

Tout en décrivant la méthode poursuivie par les autorités françaises : « *Il faut un débat de société sur ce sujet, sur les problèmes posés par cette technologie. Ensuite, l'Etat tranchera. Avant la phase de débat, il faut une phase d'expérimentation dans différents cas d'usage* ».

De son côté, Margrethe Vestager, Commissaire européenne à la concurrence et aux services numériques, a officiellement présenté en février 2020 les propositions de la Commission européenne réunies dans un Livre blanc. Le temps de trouver des garde-fous, la Commission européenne envisage d'interdire la reconnaissance faciale dans les lieux publics sur une période allant de trois à cinq ans le temps de mettre en place "une méthodologie solide" pour évaluer les impacts de cette technologie. L'exécutif européen entend tout de même tolérer quelques exceptions dans le domaine de la sécurité ou de la recherche.

L'autorité européenne envisage également d'instaurer de nouveaux droits afin de renforcer la protection de la vie privée des Européens face à l'intrusion que peut représenter la reconnaissance faciale. Et de l'autre côté, la Commission compte imposer aux industriels spécialisés dans l'intelligence artificielle de nouvelles obligations dont le respect devra être contrôlé par une autorité *ad hoc* présente dans chaque État membre. Consciente qu'une interdiction totale peut être problématique, la Commission est prête à tolérer quelques exceptions dans le domaine de la sécurité ou de la recherche. Sans plus de précision, difficile de savoir ce que l'autorité entend par "sécurité" et quels acteurs publics et/ou privés seront autorisés à outrepasser l'interdiction.

Cependant, comme le relève le professeur Yannick Chatelain, un nouveau rapport, qui peut s'apparenter à une proposition de « traité de Prüm seconde génération » et hautement attentatoire aux libertés publiques, serait en pourparlers :

« Aujourd'hui un nouveau rapport, qui peut s'apparenter à une proposition de « traité de Prüm seconde génération » et hautement attentatoire aux libertés publiques, serait en pourparlers. Ce projet a été diffusé auprès des responsables européens et nationaux en novembre 2019, il a été communiqué au journal The Intercept par un lanceur d'alerte peu conventionnel : un responsable européen préoccupé par sa teneur ! Ce que le journal révèle dans un article au titre évocateur, écrit avec le soutien de Journalismfund.eu ...]

Sans rappeler l'absence de bilan sur l'efficacité de nombreuses technologies dédiées à la prévention des délits et des crimes, sans souligner le déni de recherches démontrant leur inefficacité [...], force est de constater que le projet qui va être évoqué ne fait pas l'objet d'une campagne de promotion médiatique auprès de la population cible : l'ensemble des citoyens des États membres... et pour cause... Sans renier la légitimité de bases de données recensant les criminels, il est une différence entre cette légitimité et considérer l'ensemble des citoyens européens comme des criminels potentiels, a priori. »¹⁵⁷

Sundar Pichai, le CEO d'Alphabet, la maison-mère de Google, apporte son soutien à la proposition de la Commission européenne. « *Je pense qu'il est important que les gouvernements et les réglementations s'y*

¹⁵⁶ Cf. <https://www.usine-digitale.fr/article/l-unesco-a-18-mois-pour-elaborer-un-cadre-normatif-autour-de-l-intelligence-artificielle.N906344>

¹⁵⁷ *Surveillance des citoyens de l'UE : l'inquiétant projet d'un traité « Prüm » nouvelle génération :* <https://www.contrepoints.org/2020/03/05/365744-surveillance-des-citoyens-de-lue-linquietant-projet-dun-traite-prum-nouvelle-generation>

attaquent le plus tôt possible et lui donnent un cadre », déclare Sundar Pichai lors d'une conférence de presse donnée à Bruxelles.

L'homme fort de Google considère que la reconnaissance faciale peut effectivement être utilisée à des fins malveillantes et reconnaît qu'il y a « *peut-être une période d'attente (à observer) avant de vraiment réfléchir à la façon* » dont la technologie sera utilisée. « *Il appartient aux gouvernements de tracer la voie* », dit-il en signe de soutien à la Commission. Toutefois, Sundar Pichai encourage l'Europe à adopter « *une approche proportionnée* », en mettant en place des règles différentes selon les secteurs dans lesquels la technologie est amenée à être utilisée.

Le Président de Microsoft, Brad Smith, est diamétralement opposé au patron d'Alphabet, considérant qu'il n'y a pas d'alternative à la reconnaissance faciale, et que seul l'usage de cette technologie permettra de l'améliorer, même s'il a déclaré ensuite avoir refusé de travailler lorsqu'ils se sentaient mal à l'aise avec la façon dont un client souhaitait utiliser sa technologie.

- *La 5G, un autre exemple symptomatique*

Au 30 janvier 2020, 46 opérateurs dans le monde avaient lancé des réseaux 5G commerciaux sur 24 marchés, et une connexion mobile sur cinq devrait transiter par un réseau 5G d'ici 2025, selon une étude de la GSMA, association qui représente les intérêts des opérateurs de téléphonie mobile¹⁵⁸.

La technologie 5G doit permettre le développement de l'Internet des Objets. Ultra rapides, les connexions vont augmenter de manière exponentielle. La Data ne va cesser de croître.¹⁵⁹ Beaucoup d'experts s'accordent sur le fait que le nombre de données émises par l'activité humaine va être multiplié par deux tous les dix-huit mois.

« *La guerre des données industrielles débute maintenant et l'Europe sera son principal champ de bataille* » affirme le Commissaire européen au Marché intérieur Thierry Breton qui considère qu'aucune entreprise ne doit se voir refuser une participation au déploiement de la 5G en Europe tant qu'elle respecte les règles de l'UE, y compris l'équipementier chinois Huawei, redouté par certains¹⁶⁰.

Mais l'UE elle-même se trouve confrontée au respect de ses propres valeurs avec l'avènement de la 5G.

Interrogée par l'eurodéputée allemande Cornelia Ernst qui suspecte Europol de vouloir profiter de l'arrivée de la 5G pour mettre en place des procédures d'écoute clandestines, les polices européennes craignant que ce nouveau standard ultra-sécurisé ne vienne perturber leurs procédures d'écoute et de surveillance dans le cadre d'une enquête¹⁶¹, la Commission européenne a mis sur pied un groupe de travail avec Europol et les Etats-membres pour adapter le cadre légal à la nouvelle norme de téléphonie mobile afin que les procédures d'écoute et de surveillance des suspects perdurent. L'exemple d'Apple qui avait refusé d'accéder à la demande des autorités américaines de mettre à disposition de la Justice le contenu des iPhones de l'auteur d'une tuerie survenue en Floride a marqué les esprits.

"*Nous travaillons ensemble pour identifier les moyens appropriés pour préserver des possibilités légales d'intercepter des échanges dans le cadre des réseaux 5G*", a indiqué dans une note la Commissaire européenne aux Affaires intérieures Ylva Johansson.

De telles dispositions légales pourraient bien être le seul moyen d'accès aux données pour les autorités publiques qui se trouvent (parfois) confrontées au refus des fabricants d'installer des portes dérobées (backdoors) dans leurs appareils – la seule autre option aujourd'hui envisageable, d'après Cornelia Ernst – au nom du respect de la vie privée des utilisateurs.

¹⁵⁸ Cf. https://vipress.net/reseaux-5g-880-milliards-de-dollars-dinvestissement-dici-2025/?fbclid=IwAR3zF6wg8EtZ-iiXgAUbh1FXwLdgelP-8lLpKfECw_y6G-wYO3h1z5GCs

¹⁵⁹ 5G, IoT et Big Data : que faut-il savoir pour tout comprendre ?

<https://www.lebigdata.fr/5g-iot-et-big-data-que-faut-il-savoir-pour-tout-comprendre>

¹⁶⁰ Cf. <https://www.touteurope.eu/revue-de-presse-version-mail/revue-de-presse-5g-la-commission-europeenne-ne-ferme-pas-la-porte-a-huawei.html>

¹⁶¹ Dans une note publiée en 2019, les polices des Etats membres disaient s'inquiéter que la nouvelle norme de téléphonie mobile ne les empêche d'attribuer un téléphone à son propriétaire... et donc de localiser ce dernier. Des limitations avérées, qui résultent d'un système de chiffrement intrinsèque aux communications en 5G. Le numéro IMSI (International Mobile Subscriber Identity) est, par exemple, crypté en 256 bits – un niveau de protection inédit.

Face à la frilosité des constructeurs, l'UE choisit donc une autre voie : l'affaiblissement du niveau de protection offert par la nouvelle norme de téléphonie mobile. *"Europol encourage la participation de ses membres aux comités de normalisation traitant de l'interception légale et de la cybersécurité de la 5G"*, a appuyé Ylva Johansson. Dans les faits, elle invite la police européenne à s'immiscer dans le processus de standardisation internationale mené par le 3GPP... et à niveler par le bas une technologie dont l'un des intérêts réside justement dans la sécurisation des communications.

De son côté, à la fin de l'année 2019, la France s'est dotée d'une loi sur la sécurisation des réseaux mobiles, surnommée abusivement « loi anti-Huawei », la société chinoise ne constituant pas *a priori*, pour les autorités françaises, une menace pour la sécurité des réseaux.

« Ceux qui les pointent du doigt et en font un exemple, ce sont les Américains. La France ne veut pas rentrer dans ce jeu-là. On a fait des analyses de risques et il y a des endroits où le risque nous paraît trop important et d'autres où il est beaucoup plus acceptable. C'est de la dentelle, donc c'est beaucoup plus compliqué que de dire : « C'est tout oui ou c'est tout non. » Les autorisations ou refus que l'ANSSI pourra formuler aux opérateurs concernant leurs équipementiers seront circonstanciées. » affirme Guillaume Poupard, le directeur général de cette agence nationale.

*« L'enjeu, c'est de bâtir des réseaux 5G sécurisés. Sur ces questions-là, il n'y a pas de débat avec les opérateurs, qui sont responsables en France. Ce n'est pas comme dans certains pays européens, où des opérateurs cherchent à éviter toute forme de réglementation vécue comme une contrainte qui va réduire leurs dividendes. »*¹⁶²

Mais la recherche de solution à cet enjeu de sécurité autour de la 5G, aussi importante soit-elle, n'épuise en rien d'autres enjeux tout aussi cruciaux, comme ceux relatifs à ses impacts sur la santé et l'environnement¹⁶³.

Dans son rapport de mission exploratoire sur les enjeux des usages industriels et commerciaux des ondes non ionisantes électromagnétiques et acoustiques¹⁶⁴, le Conseil général de l'Economie, de l'Industrie, de l'Energie et des Technologies établit le constat suivant :

« Les ondes non ionisantes électromagnétiques et acoustiques (ONIEA) présentent différents types d'interactions avec les organismes vivants, que ces derniers les produisent, les utilisent ou y soient exposés. Ces interactions font l'objet d'un intérêt scientifique international récemment renouvelé, avec des découvertes parfois étonnantes. Elles sont sources de ruptures et d'innovations potentielles, majoritairement issues de recherches publiques et transdisciplinaires, dans les domaines médicaux, industriels, informationnels et agricoles, voire de défense, sur lesquels certains pays ou acteurs sont particulièrement présents. Ce rapport exploratoire, principalement fondé sur des publications et des entretiens scientifiques, résume les modes d'action et les usages connus des ONIEA dans ces secteurs, ainsi que des résultats récents. Il propose 6 ensembles de recommandations pour un développement responsable des potentialités des ONIEA. »

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

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

Bien que les géants américains de la technologie aient ubérisé la régulation de la concurrence, la condamnant à garder un temps de retard, l'option de leur démantèlement, désormais envisagée mais politiquement minoritaire, n'est pas la panacée.

¹⁶² Cf. <https://www.lesechos.fr/tech-medias/hightech/les-conflits-de-demain-vont-etre-numeriques-tous-les-grands-etats-sy-preparent-dit-le-patron-de-lanssi-1164596?fbclid=IwAR1XMvGbR4YaXTToZKqz7nTnaOFkxtiabk-dgAepCSmmUpPVuWZGy5XpOh4>

¹⁶³ L'attribution des fréquences 5G est la cible d'une action en justice – devant le Conseil d'Etat - des ONG 'Agir pour l'environnement' et 'Priartem'. Ces associations, qui reprochent aux autorités de déployer cette technologie sans étude préalable sur la santé, sur son impact énergétique et environnemental – et s'inquiètent de son potentiel impact sociétal, veulent ainsi tenter d'empêcher l'attribution des fréquences 5G aux opérateurs.

¹⁶⁴ *Enjeux des usages industriels et commerciaux des ondes non ionisantes électromagnétiques et acoustiques* : https://www.economie.gouv.fr/files/files/directions_services/cge/Rapports/Rap2018/CGE_Rapport_Ondes_non_ionisantes.pdf?fbclid=IwAR2-x7Po8brkUziLkEn4kJemRmOVPP1L7kCdXkuMsqXIO_SUGJ_t_i0X5Jw

Il est indispensable que des dispositions plus globales soient adoptées au niveau mondial.

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

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

Elvire Fabry, analyste des questions commerciales de l'Institut Jacques Delors¹⁶⁵, relève à cet égard que

« c'est au moment où l'on a le plus besoin d'adopter de nouvelles règles multilatérales pour encadrer les transformations engagées par la transition numérique et la transition verte que Washington tente de bloquer un de ses rouages importants, la cour d'appel de l'OMC. On s'est habitué à déplorer l'inertie d'une diplomatie multilatérale poussive et l'on en oubliait que l'Organisation mondiale du commerce (OMC) joue un rôle spécifique. Seule institution multilatérale dotée d'un mécanisme de règlement des différends (MRD) qui assure le respect des règles adoptées par ses 164 membres, elle assume une fonction de pilier soutenant les règles multilatérales édifiées progressivement depuis 70 ans. Alors quel peut être l'impact du blocage de l'organe d'appel par les États-Unis ? » [...]

« Plus de 50 États ont répondu à l'appel conjoint de l'Allemagne, du Canada, du Chili, de la France, du Ghana, du Mexique, et de Singapour pour réaffirmer la priorité accordée au multilatéralisme. Mais loin de relativiser le risque d'un démantèlement du système multilatéral, il faut activement investir l'échelon plurilatéral – à quelques pays – en s'efforçant de mettre en place des principes qui permettront de s'assurer que cette étape intermédiaire de différenciation ouvre encore la voie au multilatéralisme. L'OMC autorise déjà le plurilatéralisme avec des préférences sectorielles (comme les biens environnementaux ou le e-commerce) qui sont limitées aux seuls signataires. Pour devenir contraignants ils doivent néanmoins faire l'objet d'un consensus de tous les membres de l'OMC et restent généralement ouverts à tous ceux qui souhaitent le rejoindre s'ils en respectent les conditions. Les trois accords de ce type qui sont en place concernent les marchés publics, le commerce des aéronefs civils et les technologies de l'information.

Par ailleurs, la nouvelle génération d'accords régionaux a une plus forte composante réglementaire qui permet de passer d'une intégration commerciale négative (suppression des obstacles tarifaires) à une intégration commerciale positive (coopération réglementaire assurant plus de level playing field).

Alors que cette dernière suppose des préférences collectives comparables, le développement d'une régulation plurilatérale à partir des pays qui partagent ces préférences prend d'autant plus de sens dans le cadre de l'émergence de trois grands ensembles régionaux américain, chinois et européens. Ainsi, l'attractivité qu'exerce le système européen RGPD de protection des données personnelles auprès d'autres pays qui l'ont également adopté devrait inciter les Européens à développer un espace de négociation plurilatérale dans lequel ils peuvent promouvoir leurs normes de régulations numériques.

La poursuite par quelques 50 membres de l'OMC des négociations d'un accord sur le commerce des services (TiSA) en dehors du cadre multilatéral, alors que les négociations du cycle de Doha s'enlisaient, amène à rechercher quelques principes qui garantiraient une dynamique inclusive pouvant mener au multilatéralisme : favoriser un cadre de négociation plurilatéral au sein de l'OMC avec notamment la possibilité d'un soutien du Secrétariat de l'OMC ou encore assurer une transparence des négociations qui puisse encourager un plus grand nombre de pays à rejoindre la dynamique plurilatérale. Il faudrait également veiller à éviter une marginalisation des pays en développement ou les moins avancés qui risque de conduire à une nouvelle fragmentation du multilatéralisme.

Pour préserver l'acquis multilatéral et des espaces de coopération internationale, il va falloir mener de front la restauration d'un système de règlement des différends entre États et l'engagement actif de négociations plurilatérales. Néanmoins, on voit bien l'écueil d'un engagement plurilatéral qui ne ferait que reproduire les blocages du multilatéralisme, si les grandes puissances – États-Unis, Chine, Union européenne et même Inde – ne se retrouvent pas à la table des négociations. La capacité des Européens à engager la Chine dans un format plurilatéral sera notamment déterminante et exige dès à présent bien plus de coordination et de cohésion des capitales européennes. »

¹⁶⁵ Crise de l'OMC : Peut-on se passer du multilatéralisme à l'ère numérique ? : https://institutdelors.eu/wp-content/uploads/2019/12/BP-191209_OMC_Fabry-FR-2.pdf

E - Quelques pistes de progrès sur le registre du droit

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

(Winston Churchill)

« Faisons face au temps comme il nous cherche »

(Shakespeare)

Les quelques éléments d'analyse exposés ci-avant suffisent à nous montrer la nécessité de repenser le droit pour que la promesse démocratique ne soit pas irréversiblement altérée par l'incapacité de l'Etat et des institutions européennes et internationales à anticiper les risques et menaces que font peser sur elle des usages inappropriés du numérique.

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

Devant l'accélération de la dynamique d'innovation mondiale à l'image de cette ambition affichée par IBM de construire des ordinateurs capables de prendre en charge des applications toujours plus sophistiquées de l'IA¹⁶⁶, aucune réponse nationale ou régionale ne parviendra seule à résoudre les problématiques soulevées en matière d'éthique ou de droit.

Les vulnérabilités, risques et menaces qui pèsent sur la disponibilité en continu du web et d'Internet^{167,168,169,170} 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.

Mark Hunyadi, professeur de philosophie sociale, morale et politique à l'UCL et Hugues Bersini, professeur d'Informatique et directeur du Laboratoire d'intelligence artificielle à l'ULB le concèdent tous les deux, l'IA exige un encadrement qui fait aujourd'hui défaut.

« Pour affronter ces problèmes sociétaux fondamentaux, nous ne sommes pas équipés éthiquement, ni politiquement. Car l'horizon ultime des institutions normatives, ce sont les droits, les libertés et la sécurité individuels, qui protègent les individus [...] Pour le reste, on n'a pas d'instances pour légiférer. Il faut faire preuve d'inventivité et d'imagination institutionnelle, imaginer une nouvelle institution, au niveau continental au minimum, une espèce d'ONU pour réfléchir à ces questions » (Mark Hunyadi).

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

« Gouverner la mondialisation par le droit implique de construire un état de droit sans État mondial, donc de repenser l'outil que représente le droit, traditionnellement identifié à l'État, face aux interdépendances nées de la mondialisation et aux défis qu'elles engendrent.

[...] Notre conception de la souveraineté doit être renouvelée. Pour créer un état de droit sans véritable État mondial, l'universalisme est trop ambitieux et le souverainisme, par repli sur les communautés nationales, trop frileux. Concilier souverainisme et universalisme nécessite de les penser de façon interactive, car il ne s'agit pas de choisir entre les deux, mais de les combiner afin de les concilier. C'est pourquoi nous avons encore besoin des communautés nationales pour responsabiliser les principaux acteurs de la mondialisation (États et entreprises transnationales – ETN -), mais seule la communauté mondiale pourra définir les objectifs

¹⁶⁶ *Le dernier supercalculateur d'IBM sera utilisé... pour construire plus d'ordinateurs :*

<https://www.zdnet.fr/actualites/le-dernier-supercalculateur-d-ibm-sera-utilise-pour-construire-plus-d-ordinateurs-39895705.htm>

¹⁶⁷ *What would happen if the Internet collapsed? :* <https://computer.howstuffworks.com/internet/basics/internet-collapse1.htm>

¹⁶⁸ *Vulnérabilité des services d'authentification web :*

https://fr.wikipedia.org/wiki/Vuln%C3%A9rabilit%C3%A9_des_services_d%27authentification_web

¹⁶⁹ *Sécurité et vulnérabilité de l'Internet et des réseaux sous les océans :*

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

¹⁷⁰ *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_APaafIIIP8yLWgWqHoduGxPI6tk

communs et les responsabilités qui en résultent. Et seul leur entrecroisement évitera que les deux dynamiques s'opposent et se neutralisent, aboutissant à une société « à irresponsabilité illimitée ».

[...] Au niveau européen et a fortiori au niveau mondial, on ne peut pas directement transposer la théorie classique de la séparation des pouvoirs, ne serait-ce parce qu'il n'existe pas de pouvoir exécutif mondial, ni de législateur mondial. En revanche les juridictions sont impliquées dans la gouvernance mondiale, même quand leur statut reste lié au cadre national. La théorie de Montesquieu n'est donc pas transposable, car elle supposerait un État mondial, ni faisable, ni souhaitable. Il faut donc chercher à transposer l'idée démocratique des contre-pouvoirs. À défaut d'une véritable séparation entre les trois pouvoirs, l'agrégation savoir-vouloir-pouvoir pourrait assurer une sorte de rééquilibrage, chacun des acteurs ayant un rôle dans l'élaboration et l'application des normes. À condition de respecter l'indépendance, et de garantir la compétence, des scientifiques et d'assurer l'impartialité des acteurs civiques. D'où l'importance d'une régulation d'éventuels conflits d'intérêts. En résumé, il ne s'agit plus de séparer les pouvoirs, mais d'agréger le savoir et le vouloir face à des pouvoirs qui, tantôt économiques, tantôt politiques, tantôt les deux, sont la véritable incarnation d'une communauté qui émerge d'un droit en mouvement."

[...] À l'évidence, le droit est en mouvement : c'est pourquoi les phénomènes normatifs émergents ne peuvent être pensés à la seule lumière de la métaphore de la pyramide des normes. En dépit des piliers, des socles, des droits fondamentaux, nous sommes entrés dans une zone de turbulence, par nature instable. Certes la métaphore des réseaux rend mieux compte des horizontalités (réseaux des villes, des juges), que celle de la pyramide, mais elle ne suffit pas à exprimer cette instabilité croissante qui caractérise nos sociétés. D'où la métaphore des nuages et des vents. Au-delà des problèmes habituels de traduction (l'état de droit n'est pas un synonyme de rule of law, les droits de l'homme peuvent renvoyer à l'État soumis au droit comme à l'État qui fait des lois, le droit commun n'a pas le même sens que la common law, etc.), il faudrait remplacer les « concepts fondateurs » par des « processus transformateurs ». Dès lors, petit à petit, subrepticement on subvertit le sens des mots : c'est ainsi que la souveraineté qui se voulait « solitaire » pourrait devenir « solidaire ».

En résumé, on ne peut ni choisir entre le souverainisme et l'universalisme, ni enfermer les systèmes de droit dans une logique hiérarchique et binaire ; ni admettre l'appropriation des biens communs mondiaux par les États ou les ETN ; ni transposer la séparation des pouvoirs à l'échelle d'un gouvernement du monde ; ni penser la communauté mondiale comme une communauté de mémoire. C'est pourquoi le juriste doit être innovant et le droit novateur. Certes, il ne s'agit pas de donner libre cours à une imagination débridée, mais simplement de sortir des sentiers battus, parce que la réalité n'y passe plus. Elle passe par une complexité qui pourrait paradoxalement renforcer la justice et par de nouveaux récits d'anticipation qui devraient contribuer à équilibrer la force. »¹⁷¹

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

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

La Convention sur l'avenir de l'Union qui s'ouvre en 2020 pour engager une nouvelle série de réformes politiques et institutionnelles de l'Union, et qui s'achèvera lors de la présidence tournante assurée par la France au cours du premier semestre 2022, constitue une fenêtre d'opportunité qui doit être saisie à cette fin notamment.

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).

¹⁷¹ *A l'ère du coronavirus, gouverner la mondialisation par le droit :*

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

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

En effet, bien que chacun des 28 Etats membres y soit partie, l'UE n'est pas elle-même partie à la Convention en tant qu'organisation. Elle n'a notamment aucune compétence pour édicter des règles ou conclure des accords internationaux en matière de droits de l'homme. Le respect de la Convention est cependant assuré par la Cour de Justice de l'UE qui s'y réfère parfois explicitement. En accordant la personnalité juridique à l'UE, le Traité de Lisbonne rend désormais cette adhésion possible.

En adhérant à la Convention, l'UE souhaite se placer sur un pied d'égalité avec ses Etats membres en ce qui concerne le système de protection des droits fondamentaux. Cela lui permettrait d'être entendue dans les affaires examinées par la CEDH, ainsi que d'y désigner un juge. Cette adhésion offrirait également une nouvelle possibilité de recours aux particuliers, qui pourraient alors, après avoir épuisé toutes les voies de recours nationales – saisir la CEDH d'une plainte pour violation supposée des droits fondamentaux par l'UE (et non seulement par ses Etats membres).

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

L'adhésion reste cependant une priorité de la Commission européenne. Dont acte.

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

On entrevoit dans certains des droits et principes de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'Homme et des libertés fondamentales dont nous avons souligné *supra* le rôle fondamental, notamment ceux liés au respect de la vie privée et familiale, la possibilité d'une prise en compte *de jure* de certaines considérations de droit et d'éthique relatives aux défis numériques identifiés dans la présente analyse.

Il faudra le vérifier, et si tel n'est pas le cas, engager un processus d'extension du socle des droits et principes énoncés et protégés par la Convention à ces nouveaux défis.

Une autre urgence est de vérifier si les « *juges non élus et n'ayant de comptes à rendre à personne* » qui siègent à la CJUE et à la CEDH sont vraiment indépendants et impartiaux. Et d'agir si nécessaire pour sanctionner et corriger les écarts avérés éventuels.

C'est dans cette optique que le Comité des Ministres, en vertu de l'article 15.b du Statut du Conseil de l'Europe, a recommandé en 2017 « que les gouvernements des États membres: – établissent ou renforcent, selon le cas, un cadre cohérent et global pour la réglementation juridique des activités de lobbying dans le contexte de la prise de décision publique, conformément aux principes directeurs énoncés dans l'annexe ci-jointe et à la lumière de leurs propres situations nationales; – veillent à ce que la présente recommandation soit traduite et diffusée aussi largement que possible, notamment aux groupes de lobbyistes, au milieu des affaires, aux syndicats, aux organisations sectorielles, aux organes publics, aux autorités de régulation, aux ONG de la société civile, aux responsables politiques, aux universitaires. »¹⁷²

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

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

La Constitution doit avant tout se montrer ouverte aux évolutions de la société. Elle doit en être le symbole et donc en formation continue : il faut ainsi produire chaque année de nouveaux droits constitutionnels.

¹⁷² *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>

C'est pour cela que la Constitution française s'est dotée de la Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen de 1789, du Préambule de 1946 et de la Charte sur l'environnement de 2004.

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.

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

Les textes proposés par l'ISOC¹⁷³, par Privacy Tech¹⁷⁴ ou par le Cercle de la Donnée¹⁷⁵ apportent à cet égard des préconisations de choix.

De nouvelles valeurs, de nouveaux principes démocratiques inspirés par un humanisme et une éthique numériques ainsi que des droits et devoirs numériques nouveaux doivent pouvoir y trouver place.

Une proposition de loi constitutionnelle, qui regroupe cinq articles sous la forme d'une « *Charte de l'Intelligence Artificielle et des Algorithmes* »¹⁷⁶, qui vise à faire inscrire dans le préambule de la Constitution une référence à la « *Charte de l'Intelligence Artificielle et des algorithmes 2020* » 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 force est de constater que son contenu n'est pas 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.

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 ?¹⁷⁷

C'est pourquoi 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 fondamental¹⁷⁸.

Faut-il aller jusqu'à le transformer en une véritable Cour constitutionnelle¹⁷⁹ sur le modèle allemand ? La question reste ouverte. Mais l'heure est venue de trancher.

Enfin, l'Etat français doit profondément repenser sa stratégie d'études d'impact des textes législatifs et réglementaires qu'il élabore, comme le requiert le Conseil économique, social et environnemental (CESE). France Stratégie a reçu la mission de rechercher les voies et moyens qui permettront de moderniser les méthodologies requises pour la conduite de ces études d'impact.¹⁸⁰

¹⁷³ Pour la consécration constitutionnelle des droits fondamentaux des utilisateurs du numérique :

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

¹⁷⁴ #DigitalHumanRights : pour une déclaration des droits fondamentaux numériques, 4ème génération de droits de l'homme :

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

¹⁷⁵ 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=IwAR3b7GcCjvy2WCimDgNmFwfPYIF7TqXJ6PIUzN6zkjIF_sCLns5cUr1Xxi8

¹⁷⁶ 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>

¹⁷⁷ 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-T3A3HkvvuF2LLPVZwrD5IaqAHSqM9f8

¹⁷⁸ 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>

¹⁷⁹ Vers une Cour suprême ?

<https://www.conseil-constitutionnel.fr/les-membres/vers-une-cour-supreme>

¹⁸⁰ *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>

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.

« Pour y parvenir, il faudra changer nos repères. Dans ce monde déboussolé, il n'y a plus de pôle nord, en ce sens qu'il est impossible de choisir parmi les vents contraires de la mondialisation. Mais on peut imaginer une boussole inhabituelle. Au centre, engendré par la spirale des humanismes juridiques, un réceptacle octogonal recueille l'eau, symbole de la vie, où se rencontrent les principes régulateurs réconciliant les vents contraires de la mondialisation. Plongé dans ce réceptacle, le fil à plomb de la bonne gouvernance stabiliserait les mouvements désordonnés sans pour autant immobiliser ce monde en mouvement.

C'est ainsi qu'inspiré par les « forces imaginantes du droit », le juriste peut tenter de répondre au constat désabusé de Pascal au 17ème siècle : « ne pouvant fortifier la justice, on a justifié la force, afin que la justice et la force fussent ensemble et que la paix fût, qui est le souverain bien ». Si la spirale des humanismes fortifiait la justice, l'octogone des principes régulateurs équilibrerait la force. Il ne s'agit pas pour autant d'adhérer au rêve utopique des deux K : la « Grande paix » des classiques chinois, reprise à la fin du 19ème siècle par le juriste Kang Youwei et la « Paix perpétuelle » du philosophe Emmanuel Kant au 18ème siècle. De façon plus modeste, il s'agit de mettre en place des dispositifs d'apaisement, de faire la paix avec la Terre » (Mireille Dumas-Marty)

En conclusion

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

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

Au-delà des considérations d'ordre juridique et éthique relatives à l'Etat de droit exposées ici, d'autres réflexions de natures différentes doivent également être menées pour que l'être humain puisse préserver son humanité au sein d'un univers technologique impitoyable, et pour que, devant le déferlement numérique, les citoyens préservent leur souveraineté et leur liberté fondatrices de toute démocratie, sauf à considérer que la démocratie ne constituerait plus le régime politique le mieux approprié devant la virulence et la rapidité des transformations à l'œuvre, et/ou que la société humaine ne serait plus la finalité première de la chose publique.

Trois tendances politiques se dessinent dans la société à venir : le libéralisme pro-technologie, le conservatisme pro-écologie et l'égalitarisme pro-écologie, qui renouvellent l'éternelle dispute entre la liberté, l'ordre et l'égalité. Sans pour autant épuiser la question de la place de l'Etat, et plus précisément de l'Etat de droit dans cette dispute. Cyber (in)sécurité et violation de nos vies privées ! Qu'importe les régimes ! Sous couvert de protection des citoyens, il se profile, pas à pas, une société de contrôle des individus pour les individus et par la technologie¹⁸¹.

« Au lieu d'être le droit de faire ce qui ne nuit pas à autrui, la liberté n'est plus que l'étroit couloir concédé par les autorités entre le mur des obligations et celui des interdictions. » (Cédric Parren¹⁸²)

Selon Nicolas Tenzer, la tentation existe de reléguer les droits fondamentaux au second plan :

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

Dans son dernier ouvrage¹⁸³, la philosophe Monique Canto-Sperber dénonce le déclin du libéralisme politique dans notre société et le possible avènement d'une "démocratie sans liberté".

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

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

¹⁸¹ *L'effet Hawthorne : les mensonges technologiques qui mettent en péril nos « démocraties » :*

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

¹⁸² *Le silence de la loi :* <https://www.amazon.fr/Silence-loi-C%C3%A9dric-Parren/dp/2251600019>

¹⁸³ *La fin des libertés – Ou comment refonder le libéralisme :* <https://www.philomag.com/les-livres/essai-du-mois/la-fin-des-libertes-ou-comment-refonder-le-liberalisme-38187>

Mais l'urgence de Monique Canto-Sperber porte surtout sur une dérive plus sourde des régimes libéraux : les citoyens sont dépossédés de la politique. Par une politique centralisée qui, au nom de l'efficacité, fait peu de cas des corps intermédiaires ; par le discours « Tina » (pour « *There is no alternative* », citation attribuée à Margaret Thatcher) qui attaque le pluralisme politique, puisqu'il disqualifie d'emblée les autres options. Monique Canto-Sperber en appelle donc fortement à renouer avec l'un des fers de lance de la tradition libérale : la liberté politique, celle qui, née au XVII^e siècle chez les philosophes anglais et poursuivie par Montesquieu, s'incarne dans la citoyenneté, la participation à la vie publique, le fait de pouvoir faire entendre sa voix.

Reste à savoir où s'incarne ce libéralisme sur l'échiquier politique actuel, ou bien s'il n'est plus que l'apanage des intellectuels ; et quel avenir peut lui réserver l'avènement annoncé du transhumanisme et du posthumanisme¹⁸⁴ qui ne resteront pas sans effet sur la manière de répondre aux enjeux éthiques et philosophiques posés par le principe d'humanité, les innovations technologiques à venir étant en mesure d'amplifier les potentialités de ruptures ethno-socio-culturelles des travaux nombreux dédiés à cet avènement au nom d'un paradigme évolutionniste qui présente le risque majeur de pouvoir être interprété et appliqué de façon simpliste, brutale, aveugle, insensible et conduire à un monde posthumain de fait inhumain, barbare^{185,186}.

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

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

« *Si doux que soient les rêves, les réalités sont là, et suivant qu'on en tient compte ou non, la politique peut être un art assez fécond ou bien une vaine utopie.* » (Charles de Gaulle. 27 novembre 1967)

Quel paradoxe qu'à l'heure où les droits de l'homme sont devenus dans nos démocraties un credo politique universel, nous ne sachions plus dire ce qu'est l'humain :

« *Une sourde inquiétude habite, à mots couverts, les innombrables débats et querelles que font surgir les trois révolutions - économique, numérique, génétique - qui nous assiègent aujourd'hui et dont les effets se conjuguent. De la course aux biotechnologies aux vertiges du cyberspace, des manipulations génétiques aux tentations eugénistes, de la marchandisation du monde à la chosification de la vie, la même question, obsédante, se trouve posée jour après jour : saurons-nous encore définir - et défendre - l'irréductible humanité de l'homme ?* » (Jean-Claude Guillebaud¹⁸⁷)

Bernard Stiegler constate que « *face à l'anthropocène, la pensée, sous toutes ses formes, semble démunie.* »¹⁸⁸

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

Des appels sont lancés, ici et là, pour donner à la société des hommes un avenir humain.¹⁸⁹

¹⁸⁴ Transhumanisme : Quel genre d'homme vivra demain ? :

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

¹⁸⁵ Humanisme, transhumanisme, posthumanisme :

https://iatranshumanisme.com/wp-content/uploads/2015/11/arti10_gilberthottois.pdf

¹⁸⁶ Intelligence Artificielle : dimensions socio-économiques, politiques et éthiques :

<https://iatranshumanisme.com/transhumanisme/intelligence-artificielle-dimensions-socio-economiques-politiques-et-ethiques/>

¹⁸⁷ *Le principe d'humanité* (Jean-Claude Guillebaud) :

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

¹⁸⁸ *Qu'appelle-t-on Panser ?* : https://ebook.chapitre.com/ebooks/qu-appelle-t-on-panser-9791020905598_9791020905598_1.html

¹⁸⁹ Cf. par exemple : *We need a manifesto for a human future* : <http://www.aiuniverse.xyz/we-need-a-manifesto-for-a-human-future/>

Déjà, en 1974 le philosophe allemand Hans Jonas relevait que la puissance démesurée acquise par l'homme demande à définir une nouvelle éthique qui tienne compte de ses responsabilités à l'égard de ses semblables, mais aussi de son environnement et des générations futures¹⁹⁰.

Bernard Stiegler affirme – et tente de démontrer - que l'humanité peut éviter son apocalypse¹⁹¹.

« Tout n'est pas à désespérer, mais tout le monde est désespéré [...]. Il faut assumer et verbaliser cet état de fait, en faire un objet de débat et un espace de projections. Il faut arrêter de faire de la dénégation, de dire que tout s'arrangera : cela ne s'arrangera que si l'on s'en occupe. Il faut pour cela analyser le processus qui suscite tant de souffrance. Dans la disruption se produit l'accomplissement du nihilisme au sens où Nietzsche le décrit : comme destruction de toutes les valeurs. C'est ce que nous vivons aujourd'hui à travers une économie de la donnée exclusivement prédatrice, qui repose sur l'élimination des singularités par le calcul. Tout cela paraît sinistre. Et, pourtant, c'est là que s'ouvre aussi la possibilité d'élaboration de ce qui n'est peut-être pas seulement une nouvelle époque, mais une nouvelle ère. Il ne s'agit ni de ralentir, ni de sortir de la société industrielle, ni d'arrêter la disruption, mais de transformer la vitesse en temps gagné pour penser et de mettre l'automatisation au service de la désautomatisation qu'est la pensée. [...] S'il y a un avenir à l'humanité, il passe par la culture de ses capacités à surmonter les effets entropiques de la raison algorithmique, qui relève de l'entropie informationnelle. Nous devons en conséquence repenser toute l'économie et toutes les technologies en vue de valoriser systématiquement l'anti-entropie. Cela suppose de promouvoir et de pratiquer cette technologie au service non seulement de l'entendement, mais aussi de la raison, au service non pas des business models de la Silicon Valley, mais au service du monde entier. [...] Avec Ars Industrialis, je pose qu'il faut se réapproprier le numérique pour produire ce que le physicien Erwin Schrödinger a nommé « l'entropie négative » : la diversification du vivant qui s'oppose à l'entropie, la tendance à la dégradation des systèmes physiques. Cela suppose une « bonne disruption » : tout remettre en question, non pas en court-circuitant la délibération mais, au contraire, en en faisant l'objet même de la délibération, pour changer les méthodes dans tous les secteurs - enseignement, travail, urbanisme, recherche, citoyenneté... »

Dans l'article mentionné *supra*, Julien De Sanctis termine son propos ainsi : *« Dans ce contexte, le problème fondamental ne concerne pas tant le respect de la vie privée que la défense et la promotion active d'une vie subjective individuelle et collective, soit, en bref, d'une vie politique. C'est donc le modèle dominant de l'économie numérique qui doit être révisé. La dépolitisation individuelle et collective dont la gouvernementalité algorithmique est porteuse doit être combattue par sa symétrique inverse, à savoir une re-politisation individuelle et collective. Ne nous y trompons pas : il s'agit d'un défi démocratique, et non technocratique. Alors que les démocraties représentatives affrontent des défis d'ampleur inédite tels que la crise écologique et la menace d'un populisme désinformateur que de nombreux grands noms du numérique encouragent ou, au mieux, favorisent par leur inaction, la revalorisation de la citoyenneté via de nouvelles formes d'engagement politique et d'action hors les urnes semble regagner du terrain. Cette « renaissance », en partie conduite par une jeunesse qui se sait plus que jamais en danger, témoigne bien d'un désir de politique. Il y a là une formidable opportunité de revitalisation de la démocratie, par l'exercice démocratique lui-même. Alors que le dataïsme propose d'accentuer l'exsanguination politique au profit de la seule gestion économique, nous pouvons au contraire associer activement l'expertise à la citoyenneté et construire un avenir commun ! Comment ? En utilisant les outils rigoureux de la démocratie technique pour réguler l'économie des données dominante et déterminer quelles sont les causes et modes légitimes de récoltes. Face à ce défi, la robotique sociale encore naissante devra choisir son camp : embrasser ce qui se fait déjà ou se développer selon un modèle alternatif où la notion de « robot compagnon » n'est pas l'hypocrite synonyme de « robot espion ». C'est dans cette ouverture à l'alternative que réside la véritable innovation. »*

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

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

¹⁹⁰ Technologie et responsabilité. Pour une nouvelle éthique : https://esprit.presse.fr/article/jonas-hans/technologie-et-responsabilite-pour-une-nouvelle-ethique-29965?fbclid=IwAR31bqk9Slhc62sVTkXwtMEu3dFUg_K9ekXkvR5rO1D9So61WaXpGMMpUwU

¹⁹¹ Eviter l'apocalypse : <https://www.youtube.com/watch?v=3ggF2jE5d8M&feature=youtu.be&fbclid=IwAR2C2-425CNZuYeS5Ry4yW10jVyk3RWek5GBvIXVm-nStvAMNVHPcnDlt6E>

Andrew Feenberg, l'un des principaux philosophes de la technique en Amérique du Nord, se refuse aussi à n'envisager que les effets néfastes des réseaux :

« Je partage avec Bernard Stiegler la conviction qu'il existe des possibilités d'avenir sans qu'il soit pour autant nécessaire de sortir du monde des réseaux. Nous pouvons agir sur lui de l'intérieur en mobilisant la résistance immanente théorisée par Lukács. Le système, en ce qu'il est formel, produit un résidu qu'il ne peut absorber. Cette résistance immanente me semble détectable dans l'émergence de mouvements sociaux agrégés autour des intérêts que défendent ceux qui y participent. »¹⁹²

Tout en relevant que la capacité d'agir, de s'opposer, émerge d'autant plus aisément que l'opposition est identifiable, comme c'est le cas au sein des sociétés disciplinaires, ou qu'elle est structurelle, ainsi qu'on l'observe dans le développement de l'enfant. *« Ce mécanisme, tel le pharmakon de Derrida, est remis en cause dès lors que les contraintes deviennent moins perceptibles. Nul n'a de raisons d'entrer en résistance si le système lui offre ce qu'il veut. Cette coïncidence, entretenue par la publicité et par la promotion d'un cadre de vie individualiste, efface toute forme de négativité, toute possibilité de résistance. Elle équivaut, selon Marcuse, à un « fascisme amical » qui préfigure étonnamment la période actuelle. »*

Dans un ouvrage de référence intitulé 'Du mode d'existence des objets techniques', Gilbert Simondon¹⁹³ interroge la manière de redonner à la technique le statut qui lui revient dans la culture et comprendre les vraies sources de l'aliénation dont on l'accuse d'être la cause. Trop souvent, en effet, la réalité technique a été jugée selon l'opposition entre contemplation et action, théorie et pratique, loisir et travail. Ces oppositions ne sont pas adéquates, car l'objet technique ne se définit pas essentiellement par son caractère utilitaire, mais par son fonctionnement opératoire. Pour ce philosophe, il faut attribuer à l'objet technique un statut ontologique à côté de celui de l'objet esthétique ou de l'être vivant, en comprenant le sens de sa genèse. Il est alors possible d'étudier les relations de l'homme avec la réalité technique, notamment du point de vue de l'éducation et de la culture. Mais c'est aussi la genèse de la technicité elle-même qu'il faut comprendre, par l'analyse de l'ensemble des relations fondamentales de l'homme au monde.

S'inscrivant dans la ligne de pensée de Simondon, les travaux de Martin Heidegger¹⁹⁴ et Ivan Illich¹⁹⁵ sur la technologie comme outil de l'humain - et non l'inverse - sont ici essentiels.

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

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

¹⁹² Capacités d'agir à l'ère numérique : <https://esprit.presse.fr/article/andrew-feenberg/capacites-d-agir-a-l-ere-numerique-42511?fbclid=IwAR2sGdcFrGJZZXWmp6kPN3a48ICknevArnNCu9nqcD3pmb4h-OxTrBzIwsU>

¹⁹³ Gilbert Simondon, sur la technique : https://sips.univ-fcomte.fr/notices/document.php?id_document=3070&langue=de

¹⁹⁴ Heidegger et les critiques de la technique : une clarification des enjeux : <http://sens-public.org/article1060.html?lang=fr>

¹⁹⁵ Ivan Illich : https://cdn.theconversation.com/static_files/files/362/Illich_et_la_technologie.PDF?1542577500