

- Repenser le droit au regard de la révolution numérique -
  - Pour un droit de l'algorithme -

-

Ils permettent d'identifier le meilleur candidat lors d'un recrutement ; ils aident les entraîneurs sportifs dans le choix des tactiques de jeux ; sur les marchés financiers, ils passent des ordres d'achat et de vente ; ils vous proposent la musique que vous aimez ; ils calculent l'itinéraire le plus rapide et vous trouvent la partenaire sexuelle idéale. Ce sont les algorithmes.

Inodores, incolores, ils sont pourtant présents à tous les niveaux de la société. Comparables à l'eau, ils sont devenus indispensables à notre vie.

Qu'est-ce qu'un algorithme ? Après quelques recherches, il semble qu'il n'existe pas de définition universelle. J'ai choisi de reprendre la définition proposée par courrier international car elle est compréhensible par tous. L'algorithme est un « ensemble de règles et d'instructions qui permettent de réaliser une séquence d'opérations pour résoudre un problème. L'algorithme peut être traduit en programme exécutable par un ordinateur ».<sup>1</sup>

À la lecture de la revue en ligne « Interstices.info »<sup>2</sup> nous comprenons que la notion d'algorithme est ancienne et s'applique à de nombreux domaines. Ainsi, pour la recherche d'un mot dans un dictionnaire nous utilisons une méthode de tri qui constitue un algorithme.<sup>3</sup> Dans le cadre de notre contribution, nous nous intéresserons aux algorithmes mis en œuvre par un ordinateur.

Il est en effet certain que l'avènement de l'ordinateur a permis d'en décupler l'usage. Les progrès de miniaturisation des processeurs ont permis d'atteindre des puissances de calcul vertigineuses. Les recherches sur l'ordinateur quantique qui permet de dépasser les limites de la physique laissent penser que les vitesses de calcul peuvent encore augmenter.

Il faut conjuguer à ceci l'explosion des données personnelles qualifiée « d'or noir du XXIème siècle ». <sup>4</sup> Nouvelle manne financière certes dont les experts s'accordent cependant à dire qu'elle n'est rien sans une méthode de tri efficace et pertinente, c'est-à-dire rien sans un bon algorithme. Ainsi, selon la société de conseil Gartner « les données

---

<sup>1</sup> Courrier international, n°1299 du 24 au 30 septembre 2015

<sup>2</sup> [https://interstices.info/jcms/jalios\\_5127/accueil](https://interstices.info/jcms/jalios_5127/accueil)

<sup>3</sup> [https://interstices.info/jcms/c\\_5776/qu-est-ce-qu-un-algorithme](https://interstices.info/jcms/c_5776/qu-est-ce-qu-un-algorithme)

<sup>4</sup> <http://www.challenges.fr/high-tech/20140926.CHA8245/vos-donnees-personnelles-sur-internet-peuvent-valoir-de-l-or.html>

sont intrinsèquement passives. Elles ne font rien sauf si vous savez comment les utiliser, comment agir sur ces données, car la véritable valeur réside dans les algorithmes »<sup>5</sup>.

Vitesse de calcul des ordinateurs et explosion des données personnelles ont permis l'arrivée d'une nouvelle catégorie d'algorithme : les algorithmes prédictifs.

Un algorithme prédictif est un programme mathématique permettant de calculer des scores prédictifs en fonction des différents types de données disponibles sur les individus étudiés et sur leur comportement de consommation ou d'usage<sup>6</sup>.

Les algorithmes prédictifs sont présentés par les experts comme des outils révolutionnaires et incontournables. Tous les secteurs d'activité sont concernés. Donnons quelques exemples. Les entreprises commerciales s'en servent pour ajuster au plus près l'offre, définir des profils de consommateurs en fonction de leurs goûts, de leurs centres d'intérêt, de leur identification à une communauté. Les banques et assurances les utilisent pour prédire les risques de fraude ou d'impayés. Les réseaux sociaux en font un grand usage pour mettre en relation les amis et « les amis de vos amis ». Les objets connectés dans le secteur de la santé fournissent une manne d'informations permettant tris, recoupements et ciblage en tout genre. Les services de police en font également usage pour prévoir notamment les zones de rassemblement lors de manifestations.

De cette énumération pourtant non exhaustive, il est possible de tirer deux enseignements : il faut d'abord noter que le chiffre a pris une place immense dans notre société ; il faut ensuite relever que la société a une foi inconditionnelle dans le résultat mathématique.

Dans cette société gouvernée par le chiffre, que devient le citoyen ? Quelle liberté de pensée pour le citoyen dont l'information lui parvient en fonction de ses centres d'intérêt eux-mêmes identifiés grâce aux calculs algorithmiques ? Quel libre arbitre pour le consommateur ? Quand l'internet est construit initialement comme un espace de liberté basé sur l'échange collaboratif ; l'algorithme prédictif n'est-il pas susceptible de conduire à l'enfermement de la personne ?

Le droit peut-il être la réponse à ces questions ? Pour comprendre l'intérêt d'un droit de l'algorithme, il faut reprendre les finalités du droit.

---

<sup>5</sup> <http://www.zdnet.fr/actualites/sans-algorithmes-le-big-data-ne-sert-a-rien-explique-le-gartner-39832842.htm>

<sup>6</sup> <https://www.definitions-marketing.com/definition/algorithme-predictif/>

Le droit est un ensemble de règles destiné à organiser la vie en société. Il a pour finalité d'assurer l'ordre social garantissant les besoins de stabilité et de sécurité des individus. Selon Alain Supiot, le droit remplit « une fonction singulière » dans l'histoire des techniques, « celle d'un outil d'humanisation des techniques ». <sup>7</sup> Ainsi, le droit doit permettre d'humaniser la relation homme/machine.

Les algorithmes prédictifs résultent d'une utopie cybernétique : rendre l'être humain transparent. Or, cela revient à le priver de son intériorité. C'est là que le droit doit intervenir pour replacer l'homme en tant que sujet de droit et non objet de calcul.

« Le sujet de droit est la personne envisagée dans sa fonction juridique ». <sup>8</sup> À ce titre, la personne jouit de droits qui lui sont propres dont il convient d'assurer la protection.

En l'espèce, l'algorithme prédictif porte bien sur les personnes puisqu'il est intimement lié aux données personnelles collectées.

Quel est l'état du droit sur la question ?

Pour trouver quelques dispositions il faut regarder du côté du droit à la protection des données à caractère personnel garanti par la loi « informatique et libertés » du 6 janvier 1978 principalement modifiée par la loi n° 2004-801 du 6 août 2004 issue de la transposition de la directive n°95/46/CE du Parlement européen et du Conseil du 24 octobre 1995. Ainsi, lors de la constitution de fichier, l'individu concerné a un droit d'information, d'accès, d'opposition et de rectification. Dans le cadre de l'utilisation des données, l'article 10 de la loi dispose qu'« aucune décision produisant des effets juridiques à l'égard d'une personne ne peut être prise sur le *seul* fondement d'un traitement automatisé de données destiné à définir le profil ou à évaluer certains aspects de sa personnalité ».

La loi mentionne « les traitements automatisés » mais à aucun moment il n'est clairement fait référence aux algorithmes. De fait, l'algorithme n'est pas défini en droit.

En 2014, le rapport du conseil d'État relatif au numérique et aux droits fondamentaux énonce un certain nombre de préconisations concernant les algorithmes prédictifs. Il préconise une obligation de transparence sur les données utilisées par l'algorithme ainsi que sur le raisonnement suivi par celui-ci. Il préconise également de renforcer les pouvoirs de la CNIL en développant le contrôle des algorithmes par l'observation de leur résultat permettant la détection des discriminations.

---

<sup>7</sup> A. Supiot, « Homo juridicus, essai sur la fonction anthropologique du Droit », Point, Essais, 2009, p 203

<sup>8</sup> J-L. Aubert, E. Savaux, « introduction au droit et thèmes fondamentaux du droit civil », 14<sup>e</sup> éd., Sirey, 2012, p201

Comme on le comprend aisément l'algorithme prédictif est un outil au service de l'analyse des données. Il serait donc judicieux que le droit de l'algorithme découle de la protection des données à caractère personnel. Il conviendrait aujourd'hui de reconnaître que chaque individu est titulaire d'un patrimoine informationnel. Quelle qualification juridique lui donne-t-on alors ? Comment accepter que des données personnelles soient analysées par des algorithmes prédictifs sans que la personne concernée n'y ait consenti, sans qu'elle ne soit en mesure d'en comprendre la finalité ? Serait-il judicieux de transposer les droits prévus pour la collecte des données aux algorithmes ? Comment garantir l'effectivité de telles garanties dans un contexte de mondialisation ?

Face au progrès technologique le droit peut adopter deux attitudes. La première consiste à « épouser le fait »<sup>9</sup> à s'adapter. La seconde, plus volontariste, consiste à soumettre les technologies aux valeurs humaines. Ce choix est crucial car il déterminera la place de l'homme et de la machine. Il ne s'agit pas de diaboliser le progrès technologique et bien sûr le droit ne doit pas être une entrave au progrès. Il doit cependant en garantir les dérives.

Je conclurai ma contribution par cette dernière question : que devient le droit s'il ne sert pas de rempart, s'il n'est pas ligne directrice au service de la protection des individus ?

---

<sup>9</sup> J. Carbonnier, « Flexible droit, pour une sociologie du droit sans rigueur », L.G.D.J, 8<sup>e</sup> éd., 1995, p315