

LES REVUES LEXISNEXIS

REVUE PRATIQUE DE LA PROSPECTIVE ET DE L'INNOVATION

JUSTICE - DROIT - SOCIÉTÉ

Direction :
Louis DEGOS

MAI 2020 - **N°1**
4e ANNÉE - ISSN 2497-2703



► **DOSSIER**

1 > p. 8

Un huron aux pays des
algorithmes
par Delphine JAAFAR

► **DOSSIER**

2 > p. 11

Le droit est mort, vive le droit !
par Thomas SAINT-AUBIN
et Laurent VIDAL

► **DOSSIER**

9 > p. 38

Vers un nouveau business
model des cabinets
d'avocats d'affaires
par Olivier CHADUTEAU

4 Évaluation sociale et libertés fondamentales



Emmanuel DAOUD,
avocat associé, Vigo Avocats



Imane BELLO,
avocate, Vigo Avocats et chargée d'enseignement à Sciences Po Paris

Le 4 décembre 2019 se tenait au sein de l'Assemblée nationale un procès fictif, et éventuellement prospectif, relatif à l'attribution de notes aux individus par une société fictive, inventée par l'association Les Jurisnautes, et nommée « Rank My Life ». L'occasion pour le cabinet Vigo, aux côtés de M^{me} la procureure Florence Lardet, de défendre les intérêts d'une personne physique fictive, injustement empêchée d'accéder à un emploi du fait de sa « note sociale » et par la même occasion de rappeler les liens entre toute évaluation sociale et les droits et libertés fondamentaux.

1 - Les faits étaient les suivants : M^{me} Jeanvieux cherchait à obtenir l'emploi de ses rêves. La note minimale pour espérer obtenir un entretien d'embauche est de 100 sur 100. Afin d'augmenter sa note, de 85, M^{me} Jeanvieux avait opéré des changements drastiques dans son mode de vie : elle avait changé ses habitudes alimentaires alors qu'elle consommait énormément de viande, épousé un homme alors qu'elle était libertine, caché sa bisexualité et s'était résolue à concevoir un enfant. Sa note avait alors dépassé le seuil de 97. Elle avait fini par payer une « société de nettoyage de réputation » et avait obtenu la note inespérée de 100. Elle avait alors décroché un entretien, puis l'emploi dont elle rêvait. Son employeur s'étant toutefois rendu compte que M^{me} Jeanvieux avait triché pour passer de 97 à 100, sa promesse d'embauche lui avait été retirée. Elle avait alors saisi la Cour fondamentale des droits humains et l'avait interrogée : le système de notation sociale commercialisé par « Rank My Life » porte-t-il atteinte aux droits et libertés fondamentaux ?

2 - La notation sociale peut être définie comme l'attribution à une personne, sur des critères plus ou moins déterminés, d'une certaine note. Dans la province de Fujian (Chine), les villes de Xiamen et Fuzhou disposent par exemple de notes personnelles de crédit (« *personal credit score* » en anglais)¹. Ces notes, élaborées par le gouvernement municipal, sont attribuées sur la base du volontariat et sont fondées sur les données des administrations publiques des villes. Les citoyens utilisant le service et disposant d'une bonne note disposent d'avantages tels qu'un accès à des prix réduits ou un accès prioritaire à des services. Selon les investigations menées par Dev Lewis associé au Berkman Klein Center (institut de recherche situé à Harvard), les personnes ne disposant pas d'une note pouvant être caractérisée comme « bonne » ne sont pas punies.

3 - Pour ce qui nous concerne, nous ne savons pas si le modèle chinois de notation sociale nationale – c'est-à-dire une note par individu, publique et liée à la gestion des finances, la présence de dettes ou encore le respect des feux de circulation piéton –

a véritablement été mis en œuvre sur le territoire national chinois².

4 - Toutefois, d'autres systèmes, que nous connaissons et pouvons utiliser, se rapprochent de l'annotation de personnes physiques, citoyens ou consommateurs. C'est notamment le cas de la collecte de données relatives à la santé – fondée sur le consentement – dans le cadre de l'octroi (ou le refus) d'assurances ou de prêts bancaires. Ainsi, avoir eu un cancer peut entraîner une exclusion de garantie ou l'octroi d'une assurance (ou d'un prêt) à prix plus élevé qu'un individu dénué d'antécédents similaires. Si ici, la personne n'est pas « évaluée » de la même façon que l'octroi d'une note « sociale », ses données de santé peuvent néanmoins être prises en compte dans la cristallisation d'un « risque » – parfois numérisé et chiffré – pour l'entreprise octroyant le service dont il est question.

C'est également le cas de certaines vérifications d'antécédents ou encore de l'agrégation de diverses notes déjà présentes sur le Net. Ainsi, à titre d'exemple, en janvier 2020, une personne indiquait avoir reçu, dans le cadre de son emploi, un rapport ayant pour objectif de révéler sa personnalité et reprenant l'ensemble des tweets qu'elle avait aimés, tweetés ou re-tweetés contenant le terme « *fuck* »³.

5 - Au-delà du défaut d'exactitude du système utilisé (ne comprenant pas l'ironie ou le contexte des tweets par exemple) ou de son paramétrage (quel élément de langage est important), ce sont également son utilisation et objectif qui interrogent : peut-on penser refléter le caractère d'un individu à travers le prisme numérisé d'une agrégation de données et ainsi lui accorder une note ?

Vouloir le faire, à notre sens, revient à accepter de porter atteinte à de nombreux droits et libertés fondamentaux, auxquels figurent notamment le respect de la dignité humaine (1) et le respect de la vie privée (2). D'autres droits et libertés fondamentaux (3) doivent également être mentionnés.

1. Dev. Lewis, *All Carrots and No Sticks : A Case Study on Social Credit Scores in Xiamen and Fuzhou* : oct. 2019 : <https://medium.com/berkman-klein-center/social-credit-case-study-city-citizen-scores-in-xiamen-and-fuzhou-2a65feb2bbb3>.

2. Dev. Lewis, *All Carrots and No Sticks : A Case Study on Social Credit Scores in Xiamen and Fuzhou*, préc.

3. Témoignage relatif à une vérification d'antécédent, janv.2020 : <https://mobile.twitter.com/kmlfranc/status/1221869659139366912>.

1. L'atteinte au respect de la dignité humaine

6 - Le principe de respect de la dignité humaine est édicté par le préambule de la Déclaration universelle des droits de l'homme : « *Considérant que la reconnaissance de la dignité inhérente à tous les membres de la famille humaine et de leurs droits égaux et inaliénables constitue le fondement de la liberté, de la justice et de la paix dans le monde.* » L'article 16 du Code civil indique également : « *La loi assure la primauté de la personne, interdit toute atteinte à la dignité de celle-ci et garantit le respect de l'être humain dès le commencement de la vie* ».

7 - La jurisprudence sur le sujet est tout aussi claire. Ainsi, le Conseil d'État définit la notion de dignité en ces termes négatifs : contrevient à la dignité humaine « tout ce qui nie qu'une personne soit un être humain au même titre que les autres, qu'il s'agisse de racisme, d'antisémitisme, d'esclavage, de torture, de violences, de mauvais traitements, de l'extrême pauvreté, de l'absence d'éducation pour les enfants »⁴.

8 - Or, exprimer l'être humain et le définir uniquement en valeurs numériques, c'est-à-dire autrement que par sa nature d'être humain, porte nécessairement atteinte à sa dignité. Si l'on disait d'une personne qu'elle est 15/20, indépendamment des conséquences de cette note dans un premier temps, il paraît évident qu'une telle définition porterait atteinte à la dignité de cette personne.

Par ailleurs, l'attribution d'une note – en tant que définition d'un individu – suppose également la réduction de son vécu aux données numérisées et enregistrées. Comme l'écrit Yves Poullet, « la personne n'est plus aperçue qu'à travers le prisme des données enregistrées, voire le profil auquel le traitement de ces données aboutira »⁵. Partant, exprimer la complexité d'une personne humaine via l'unique prisme des données existantes (et accessibles), c'est non seulement l'amputer de la vie humaine dont elle dispose – hors ligne, mais également la réduire à ce qui est connu. Dans l'exemple précité⁶, nous pourrions ainsi penser que la personne avait été réduite à ses tweets contenant un terme particulier.

Enfin, l'annotation (et la notation également), en concrétisant une valeur sociale qui serait attribuée à un individu, est nécessairement dégradante. Être 15, 2, ou 7 voire même 20/20 est dégradant. Or, comme le rappelle le Conseil constitutionnel, « la sauvegarde de la dignité de la personne humaine contre toute forme d'asservissement et de dégradation est un principe à valeur constitutionnelle »⁷.

La notation sociale peut également porter atteinte au respect de la vie privée.

2. L'atteinte au respect de la vie privée

9 - Aux termes de l'article 8.1 de la Convention EDH, « *Toute personne a droit au respect de sa vie privée et familiale, de son domicile et de sa correspondance* ». Ce droit doit être interprété largement, à « tout ce qui paraît essentiel au développement de la personnalité »⁸. Autrement dit, le respect de la vie privée induit également la protection des principes de liberté de pensée, d'expression et d'action.

Le Code civil, en son article 9, indique également : « *chacun a droit au respect de sa vie privée* ». La jurisprudence a ainsi déjà eu l'occasion de rappeler qu'est « *illicite toute immixtion arbitraire dans la vie privée d'autrui* »⁹.

10 - Dans un premier temps, il s'agit de s'interroger sur les éléments sur lesquels la notation sociale est fondée. Ceux-ci portent-ils indubitablement sur la vie privée ? Sur ce point, il est important de rappeler que des critères pouvant sembler « neutres » peuvent en réalité être très intrusifs. À titre d'exemple, la « mesure de l'intégration dans la société » peut être un prétexte au traitement de données sensibles (au sens de l'article 9 du RGPD) telles que l'orientation sexuelle ou plus généralement le statut marital.

11 - Dans un deuxième temps, la notation peut également constituer une violation au développement de la personnalité, et ce, à plusieurs titres.

12 - **Une ingérence extérieure au développement de la personnalité.** – L'article 8 de la Convention EDH est notamment destiné à « *assurer le développement, sans ingérences extérieures, de la personnalité de chaque individu dans les relations avec ses semblables* »¹⁰. En effet, il est bon de rappeler que la Cour EDH « ne juge ni possible ni nécessaire de chercher à définir de manière exhaustive la notion de « vie privée ». [...] Le respect de la vie privée doit aussi englober, dans une certaine mesure, le droit pour l'individu de nouer et développer des relations avec ses semblables »¹¹.

13 - **Une atteinte au droit à l'épanouissement.** – L'article 8 susvisé protège également « un droit à l'identité et à l'épanouissement personnel et celui de nouer et de développer des relations avec ses semblables et le monde extérieur »¹².

Or, si l'individu se voit accorder une évaluation en fonction de ses habitudes de consommation, son style de vie, ses difficultés ou facilités financières voire de manière générale, sa façon d'occuper le monde : il paraît évident que tous les individus se verront limités dans le développement de leur personnalité et relations avec leurs semblables. Ici, on peut notamment penser à l'épisode « Chute libre »¹³ de la série « Black Mirror » : les personnages de cet épisode évoluent et nouent des liens avec les individus bien notés ou aussi bien notés qu'ils le sont. Dans cet épisode, afin de continuer à bénéficier de certains avantages, il faut être bien noté. Pour ce faire, il faut notamment être proche de personnes qui le sont également. Autrement dit, indépendamment de la note de chacun, les relations et personnalités sont limitées, en ce que socialiser avec d'autres individus dont la note est plus basse induit une chute de sa propre notation et par conséquent un déclassement social « non souhaité ».

Ici, la notation sociale empêche la création de réalités, de liens sociaux et par là même, le développement d'une personnalité libre, en ce qu'elle est dénuée d'une ingérence extérieure.

14 - **Un risque de conformisme anticipatif.** – De la même façon, tout système d'évaluation sociale ou de notation sociale – à l'image de tout système de surveillance – pose un risque de conformisme anticipatif. Le panoptique – architecture étagée par Jeremy Bentham¹⁴ et reprise par Michel Foucault¹⁵ – illustre ce

4. Conseil d'État, *La révision des lois de bioéthique : étude*, 6 mai 2009, p. 7 ; www.conseil-etat.fr/Media/actualites/documents/reprise_contenus/etudes/etude-bioethique_ok2.

5. Y. Poullet, *La vie privée à l'heure de la société du numérique* : Larcier, 2019, § 21, p. 40.

6. V. § 4.

7. Cons. const., 27 juill. 1994, n° 94-343/344 DC : *JurisData* n° 1994-603316.

8. Y. Poullet, *préc.*, § 7, p. 59.

9. Cass. 1^{re} civ., 6 mars 1996, n° 94-11.273 : *JurisData* n° 1996-000729. – Cass. 2^e civ., 3 juin 2004, n° 02-19.886 : *JurisData* n° 2004-023914.

10. CEDH, 24 févr. 1998, n° 21439/93, *aff. Botta c/ Italie*, § 32.

11. CEDH, 16 déc. 1992, n° 13710/88, *aff. Niemetz c/ Allemagne*, § 29. – CEDH, 25 avr. 2002, n° 2346/02, *aff. Pretty c/ Royaume Uni*, § 61.

12. V. par ex., CEDH, 22 févr. 1994, n° 280-B, § 28 et série A, n° 280-B, § 27, *Burghartz c/ Suisse, série A, avis de la commission*, p. 37, § 47. – CEDH, 31 janv. 1995, série A, n° 305-B, *Friedl c/ Autriche, avis de la Commission*, p. 20, § 45.

13. *Black Mirror, Chute Libre*, 2016 : [https://fr.wikipedia.org/wiki/Chute_libre_\(Black_Mirror\)](https://fr.wikipedia.org/wiki/Chute_libre_(Black_Mirror)).

14. J. Bentham, *Le Panoptique*, 1780.

mécanisme : le sentiment d'être constamment surveillé sans possibilité d'en avoir le cœur net influence le comportement des individus.

En 1983, la Cour suprême allemande considérait ainsi que « la possibilité (grâce aux technologies de l'information et la communication) de contrôler et celle de pouvoir mieux agir sur autrui [peut] influencer le comportement des individus par la pression psychologique exercée par des intérêts publics (ou privées) »¹⁶. Ici, c'est donc également au principe de liberté qu'il faut penser.

Si chacun de vos mouvements pouvait être surveillé et pouvait alors influencer une notation qui vous serait attribuée, le risque que vous vous conformiez à la norme (quelle qu'elle soit) est conséquent. Que restera-t-il alors des pensées originales, subversives et à terme de la liberté de création ?

15 - **Une atteinte à la réputation.** – La notation sociale peut également, lorsqu'elle est publique, porter atteinte à la réputation d'un individu. Or, « le droit à la réputation des personnes [...] relève, en tant qu'élément de la vie privée, de l'article 8 de la Convention EDH, qui en garantit le respect »¹⁷.

3. Les autres droits et libertés fondamentaux : un point de vigilance

16 - **Un risque pour d'autres droits et libertés fondamentaux.** – Une fois posés les risques potentiels d'un système de par son existence, il faut également songer aux risques posés par son déploiement. En ce qui concerne la notation sociale, celle-ci est souvent imaginée aux fins d'élaboration de matrices permettant de réaliser des choix : l'évaluation sociale en tant qu'outil à la prise de décision. Cette personne doit-elle obtenir un entretien ? Puis-je échanger avec cette personne (sans risquer la chute de ma notation) ? Les questions, décisions peuvent être multiples.

Si le principe des matrices et outils d'aide à la décision non intrusifs et respectueux de la dignité humaine ne pose aucune difficulté, il faut être vigilant tant aux critères (conscients ou non) d'évaluation qu'aux contextes au sein desquels, ils peuvent être utilisés.

Ici, un point de vigilance peut notamment être celui du principe de non-discrimination. L'article 21 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne, pour ne citer qu'un texte, indique : « Est interdite, toute discrimination fondée notamment

sur le sexe, la race, la couleur, les origines ethniques ou sociales, les caractéristiques génétiques, la langue, la religion ou les convictions, les opinions politiques ou toute autre opinion, l'appartenance à une minorité nationale, la fortune, la naissance, un handicap, l'âge ou l'orientation sexuelle ».

17 - On peut ainsi penser aux méthodes de « testing » liées à l'envoi de curriculum vitae identiques en tout point, si ce n'est le nom, étayant les cas de discrimination à l'embauche : ces méthodes ont déjà à plusieurs occasions interrogées sur la présence de discrimination à l'embauche¹⁸.

Or, de nombreuses entreprises utilisent des outils d'aide à la décision au cours de leur processus de recrutement. Si ces outils ne cristallisent pas toujours des « notes », ils agrègent diverses données et peuvent également participer à d'éventuelles atteintes aux droits et libertés des individus. À ce sujet, on se souvient du système d'intelligence artificielle créée par Amazon dans le cadre de sa tentative d'automatisation partielle de son processus de recrutement pour des postes de développeurs de logiciels ou autre postes dits « techniques »¹⁹. L'objectif du système était d'effectuer un premier tri parmi les candidatures reçues.

Pour des raisons que nous ne pourrions pas reprendre ici et qui mériteraient à elles seules un article entier, le système susvisé rejetait les candidatures contenant des références aux « femmes », telles que « capitaine du club de football féminin ». Que ce rejet, comme d'autres, soit lié à une « note » ou non, sa cristallisation et son respect des droits humains doivent être interrogés²⁰.

18 - Partant, et dès lors qu'une notation sert à déterminer l'accès à un autre droit (emploi, santé, etc.), il faut interroger son élaboration et la pertinence de son utilisation. À défaut, nous pourrions verser très rapidement dans une société de l'arbitraire, du conformisme social, de l'autorité au détriment de la sauvegarde des libertés publiques et individuelles et de leur épanouissement. ■

Mots-Clés : Informatique et libertés - Données personnelles - Notation sociale - Droits et libertés fondamentales

15. V. not. M. Foucault, *Surveiller et punir* : Gallimard, 1975.

16. Bundesverfassungsgericht, 15 déc. 1983, 1 BvR 209, 269, 362, 420, 440, 484/83. In Pouillet, préc., §23, p. 42.

17. CEDH, 29 juin 2004, n° 64915/01, aff. Chauvy c/ France, § 70.

18. Discrimination à l'embauche : sept entreprises françaises épinglées par le gouvernement : L'Express, 17 févr. 2020 ; www.lexpress.fr/actualite/societe/discrimination-a-l-embauche-sept-entreprises-francaises-epinglees-par-le-gouvernement_2117560.html.

19. Le logiciel de recrutement d'Amazon qui n'aimait pas les femmes : Reuters, oct. 2018 ; <https://fr.reuters.com/article/technologyNews/idFRKCN1MK26B-OFRIN>.

20. V. dans ce numéro I. Collet, *De l'intelligence artificielle à l'intelligence augmentée* : RPPI 2020, dossier 7 ;