



La violation massive de droits de l'Homme par l'intelligence artificielle. De la nécessité de protéger la vie privée pour garantir la démocratie

Raphaël Déchaux

► To cite this version:

Raphaël Déchaux. La violation massive de droits de l'Homme par l'intelligence artificielle. De la nécessité de protéger la vie privée pour garantir la démocratie. Mélanges en l'honneur d'André Roux. Constitutions, peuples et territoires, pp. 85 à 93, 2022, 9782247216901. <hal-03883473>

HAL Id: hal-03883473

<https://amu.hal.science/hal-03883473v1>

Submitted on 3 Dec 2022

HAL is a multi-disciplinary open access archive for the deposit and dissemination of scientific research documents, whether they are published or not. The documents may come from teaching and research institutions in France or abroad, or from public or private research centers.

L'archive ouverte pluridisciplinaire **HAL**, est destinée au dépôt et à la diffusion de documents scientifiques de niveau recherche, publiés ou non, émanant des établissements d'enseignement et de recherche français ou étrangers, des laboratoires publics ou privés.



HAL Authorization

LA VIOLATION MASSIVE DE DROITS DE L'HOMME
PAR L'INTELLIGENCE ARTIFICIELLE
De la nécessité de protéger la vie privée pour garantir la démocratie

in F. MÉLIN-SOUCRAMANIEN et P. GAÏA (dir.), *Mélanges en l'honneur d'André Roux, Constitutions, peuples et territoires*, Paris, Dalloz, coll. « Études, mélanges, travaux », 2022.

par Raphaël DÉCHAUX

*Maître de conférences de droit public,
membre du GERJC-Institut Louis Favoreu (CNRS UMR 7318),
Université d'Aix-Marseille.*

Il est des universitaires qui vous marquent plus que d'autres. Le Professeur André Roux est de ceux-là. Il fut pour moi un modèle de directeur de laboratoire, bienveillant et exemplaire, mais aussi de chercheur audacieux tout au long de sa carrière, depuis sa thèse de référence sur la protection de la vie privée¹. À l'heure de lui rendre hommage, je souhaiterais modestement prolonger certaines de ses réflexions. Le développement de ce que l'on appelle désormais « la révolution numérique » était alors à l'état de prospective, voire de science-fiction. Néanmoins, pour André Roux, l'un des facteurs qui explique « l'accroissement sensible des dangers qui menacent la vie privée est [...] le progrès technique »², et notamment informatique³. Comment ne pas lui donner raison aujourd'hui, alors que les risques se sont renouvelés avec une ampleur inédite ? Parmi ceux-ci, il en est un qui mérite plus particulièrement notre attention : l'intelligence artificielle (IA). Jusqu'à récemment, les publicistes s'y intéressaient peu, et encore moins les constitutionnalistes⁴. C'est d'autant plus surprenant que, dans certains domaines, l'IA a déjà permis de grands progrès, et ses laudateurs estiment qu'elle révolutionnera dans un futur proche

¹ A. Roux, *La protection de la vie privée dans les rapports entre l'État et les particuliers*, Paris, Economica, coll. Droit Public Positif, 1983, 279 p.

² *Ibid*, p. 2.

³ L'auteur fait part de son inquiétude face aux « perspectives ouvertes par le développement et le perfectionnement des techniques informatiques. Les ordinateurs permettent de regrouper un nombre de renseignements sur les personnes pratiquement illimité, par le traitement de ces renseignements. » (p. 3).

⁴ On notera néanmoins l'important colloque organisé à Nice par le Professeur Pauline Türk sur « Les droits et libertés numériques » les 7 et 8 octobre 2021.

notre façon de vivre (dans le secteur de la santé, de l'éducation, de l'environnement, de l'industrie...)⁵.

Deux raisons principales expliquent ce manque d'intérêt des publicistes, qui contraste avec celui des privatistes⁶. D'abord, il n'existe pas encore de véritable droit contraignant de l'IA⁷. Certains pans de nos législations sont probablement applicables (sur la responsabilité civile et commerciale ou la protection des données par exemple)⁸, mais aucune régulation d'ampleur n'existe encore⁹. Il faudra probablement attendre l'adoption d'une régulation internationale pour que les choses changent¹⁰. Peu de normes, pas de jurisprudence (en Europe), littérature naissante et technique¹¹... cela explique ensuite que l'IA reste un objet juridique inconnu. Elle est partout, mais elle souffre d'une absence de définition consensuelle. Quelles relations existe-t-il entre l'agent conversationnel (*chatbot*) de la SNCF et GPT-3, capable d'écrire des poésies (prétendument) à l'égal d'un humain ? Le juriste, par tradition et culture académique, est méfiant vis-à-vis de toute évolution technologique. Il a bien l'intuition qu'on essaye ici de classer des bananes avec des stylos. L'un des grands enjeux de la future régulation portera sur la capacité qu'aura le législateur, national ou européen, de donner une définition claire de ce qu'est l'IA.

Qu'est-ce que l'IA ? Sans aller trop loin dans ce débat¹², rappelons trois points essentiels. Tout d'abord, l'IA est originellement plus une science qu'une application informatique¹³, qui date du milieu du XX^e siècle¹⁴. Ensuite, deux types d'applications ont alors été pensés : les systèmes experts (algorithmes symboliques) et ceux d'apprentissage automatique, plus connus sous le nom de *machine learning* (algorithmes connexionnistes). L'aspect révolutionnaire de l'IA vient de sa capacité à prendre une décision à la place de l'homme qui soit toujours, selon ses promoteurs, de meilleure qualité (car prenant en compte plus de données et n'étant pas soumise aux défauts humains). Cette capacité à décider de façon autonome existe pour les deux systèmes¹⁵, la différence étant que les règles – osons dire les normes – qui la permettent sont *programmées* en amont pour le premier, alors qu'elles sont *appries* dans le second, via le processus d'apprentissage profond (*deep learning*). Enfin, si ce modèle était théoriquement envisageable dès les années 1950, ce n'est qu'avec l'essor de bases de données de masse (*big data*) qu'ont pu être développées, au début des années 2010, des applications concrètes performantes. L'engouement pour ce type d'IA est aisément compréhensible¹⁶ : plus simple à programmer, car nécessitant

⁵ C. Villani, *Donner un sens à l'intelligence artificielle. Pour une stratégie nationale et européenne*, rapport de la mission parlementaire confiée par le Premier ministre, Paris, 2018, p. 183 et *sq.*

⁶ La littérature privatiste, quoique récente, est plus importante, peut-être parce que l'IA vise directement les droits à la propriété intellectuelle, au travail ou à la santé. V. par ex. H. Jacquemin, A. de Streel (dir.), *L'intelligence artificielle et le droit*, Bruxelles, Larcier, coll. CRIDS, 2017, 481 p.

⁷ En revanche, un nombre très important de normes de droit souple, le plus souvent qualifiées d'« éthiques », a été adopté depuis 2015. Dans sa recension très complète (lestempsselectriques.net), Yannick Meneceur en compte, au 9 novembre 2021, 166 produites par des organisations internationales et 154 par des autorités nationales. Enfin, 186 auraient été adoptées par le secteur privé, les syndicats et associations professionnelles, les chercheurs..., qu'on ne saurait faire rentrer dans la catégorie du droit souple, mais dans celle de l'autorégulation.

⁸ S. Prévost, E. Royer (dir.), *Intelligence artificielle*, Paris, Dalloz, coll. Grand Angle, 2019, 351 p.

⁹ J. Dupré, « Du droit saisi par l'IA au droit saisissant l'IA, éléments de réflexion », *APD*, t. 60, 2018, p. 103 à 116.

¹⁰ On se permet de renvoyer le lecteur à notre (très) court article, « Actualité de la régulation internationale de l'intelligence artificielle », *Legibase Justice*, 23 février 2022.

¹¹ L'une des conséquences de cette absence de « droit de l'IA » est que l'appareil scientifique utilisé pour écrire cet article est un peu moins académique que ne le veulent les canons (français) de la recherche juridique.

¹² Y. Meneceur, *L'intelligence artificielle en procès*, Bruxelles, Bruylant, coll. Macro droit/Micro droit, 2020, p. 15 à 42.

¹³ *Ibid.*, p. 45 à 46.

¹⁴ A. Turing, « Computing machinery and intelligence », *Mind*, n° 236, 1950, p. 433 à 460.

¹⁵ S. Desmolin-Canselier, D. le Métayer, *Décider avec les algorithmes*, Paris, Dalloz, coll. Les sens du droit, 2020, 275 p.

¹⁶ André Roux le pressentait : « Il est relativement simple et peu coûteux de procéder à l'interconnexion des fichiers existants, à partir d'un dénominateur commun, les identifiants, et de rapprocher ainsi des données éparses, de les traiter, ce qui permet d'obtenir d'autres informations grâce aux capacités de traitement de la machine » (p. 4).

uniquement des fonctions formelles, il permet de laisser la machine devenir « intelligente » seule pour remplacer l'activité humaine (à moindre coût), et donc de commercialiser des applications très attractives¹⁷.

Quels sont les risques de l'IA ? Cette promesse de l'IA est, pour les sciences sociales *a minima*, remise en cause régulièrement par la communauté scientifique. Les publicistes, notamment les constitutionnalistes, doivent impérativement s'y intéresser au vu des nombreux risques pour les droits fondamentaux et de l'enthousiasme de nos politiques pour cette technologie, présentée comme *la* modernité de notre temps (ses opposants seraient des « technophobes »). Or, l'IA ne produit pas, en l'état actuel de la science¹⁸, de véritables décisions mais des statistiques. S'il est déjà contestable dans une démocratie d'accepter *La gouvernance par les nombres*¹⁹, il serait inadmissible d'être gouverné par des moyennes. D'ailleurs, dans sa thèse, André Roux s'élevait de façon prémonitoire contre la possibilité que des logiciels puissent produire des décisions visant les individus²⁰. Si cela devrait conduire nos gouvernants à plus de retenue lorsqu'ils vantent la transformation de l'État par l'IA – sorte de *Deus ex machina* d'une RGPP 2.0 –, un risque encore plus grand devrait être pris au sérieux : celui d'une violation massive des droits fondamentaux (I). Il y a même urgence à réguler, car ces violations ont déjà conduit à déstabiliser nos régimes démocratiques (II).

I. - LA CAPACITÉ DE L'IA À VIOLER MASSIVEMENT LE DROIT À LA VIE PRIVÉE

Après avoir rappelé quel est le sens de l'expression « violation massive » (A), nous verrons en quoi elle peut s'appliquer à l'IA (B).

A. – LA NOTION DE VIOLATION MASSIVE DE DROITS DE L'HOMME

Une notion indéterminée en droit. L'expression « violation massive de droits de l'Homme » est fréquemment employée, tant par la doctrine que par les médias, pour traiter des situations internationales critiques. Pourtant, elle est encore absente du droit positif, et on ne la retrouve ni dans les crimes réprimés par le droit international pénal, ni dans ceux du droit humanitaire (il a été soutenu de façon originale que l'article 7 du TUE la visait)²¹. Elle s'inscrit plus dans l'ordre du discours, qu'il s'agisse de celui des organisations internationales²² ou des ONG²³. Ses contours n'ont jamais été définis précisément, particulièrement par les spécialistes du droit international des droits de l'Homme²⁴. En revanche, sa fonction, en lien avec la dimension

¹⁷ Le marché international de l'IA était évalué entre 320 et 330 milliards d'euros en 2021 (« Le marché de l'IA et son périmètre », *SAY*, n° 5, 2021, p. 144).

¹⁸ La populaire distinction entre IA faible et IA forte (*i.e.* capable *a minima* de passer le fameux test de Turing) ne semble pas opérationnelle dans la pratique.

¹⁹ A. Supiot, *La Gouvernance par les nombres*, Paris, Fayard, coll. Pluriel, 2015, 512 p.

²⁰ *La protection de la vie privée...*, *op. cit.*, p. 76.

²¹ L. Grard, « Tableau général du processus de mise en œuvre de la protection des droits fondamentaux de la personne en droit de l'Union européenne », *Revue québécoise de droit international*, 2020, hors série, p. 494.

²² V. par ex. le rapport du Secrétaire général de l'ONU, *Résultats du sommet mondial sur l'action humanitaire*, 23 août 2016, A/71/353.

²³ FIDH, *Documenter les graves violations des droits humains et accompagner les victimes dans leur quête de justice*, Paris, 2015, 76 p.

sécuritaire de l'ONU, a bien été démontrée²⁵ ; les auteurs du droit international humanitaire s'y réfèrent aisément²⁶. On notera enfin que lui est parfois préférée l'expression alternative « violation grave » (consacrée par l'article 90 2.c)i du protocole additionnel aux conventions de Genève de 1977), voire « systématique »²⁷. Ce flou conceptuel n'empêche pas de relever, schématiquement, deux traits saillants.

Il y a dans un premier temps un aspect *quantitatif* ou *répétitif* derrière l'idée de violation massive. Elle vise l'atteinte à un ou plusieurs droits fondamentaux perpétrée de façon systématique soit à l'encontre d'une population, par un gouvernement autoritaire, soit à l'encontre d'une minorité, par un gouvernement appuyé par des forces armées ou des milices locales.

Mais la violation massive revêt dans un second temps une dimension plus substantielle, sous trois aspects. D'abord, c'est *parce qu'elles sont massives* qu'elles suscitent l'intérêt de la Communauté internationale, et qu'elles peuvent donc conduire à une réponse de celle-ci. Ensuite, elles ne visent pas toutes les atteintes, mais seulement *les plus graves*. C'est-à-dire, essentiellement, les droits indérogeables (droit à la vie, interdiction de la torture ou de l'esclavage...) ²⁸. La violation massive d'un droit économique ou culturel n'entraînerait aucune réplique internationale. Enfin, la violation peut entraîner *des réponses exceptionnelles*, comme l'envoi de Casques bleus sous l'autorité du Conseil de sécurité (Côte d'Ivoire, Soudan du Sud...). La France soutient d'ailleurs officiellement un projet visant à suspendre l'utilisation du droit de veto en cas de violation massive de droits fondamentaux²⁹.

B. - L'EXISTENCE DE VIOLATIONS MASSIVES DU DROIT À LA VIE PRIVÉE PAR L'IA

Un risque structurel. S'il n'existe pas de concept formel de « violation massive » en droit international, adapter l'idée aux risques posés par l'IA paraît pertinent. D'abord parce que structurellement, par nature, les IA qui sont actuellement utilisées traitent toutes *massivement* des données individuelles. C'est la raison de leur développement saisissant depuis 2010. Une IA de *deep learning* intégrée dans une application populaire peut toucher des millions, voire des milliards d'individus. Dès lors, n'importe quel type de préjudice qui serait causé par celle-ci aboutirait à une situation de violation massive³⁰. Bien entendu, le contexte d'une telle atteinte est extrêmement différent de celui de l'IA : le premier ne vise que des autorités publiques de droit ou de fait³¹,

²⁴ L'entrée est absente de l'index très complet du *Traité de droit international des droits de l'homme* (L. Hennebel, H. Tigroudja, Paris, Pedonne, 2^{de} éd, 2018). Les auteurs ne traitent que des « violations continues », au sens des juridictions régionales (§ 1233 et sq.). On constate la même situation pour le *Dictionnaire des droits de l'Homme*.

²⁵ M. Dubuy, « La violation des droits de l'homme, une menace à la paix ? », *Civitas Europa*, 2018, n° 41, p. 13 à 31.

²⁶ S. Szurek, M. Eudes, P. Ryfman, *Traité de droit et pratique de l'action humanitaire*, Paris, LGDJ, 2019, p. 621 et sq.

²⁷ V. J.-F. Flauss, « La Cour de Strasbourg face aux violations systématiques des droits de l'homme », in *Mélanges en hommage à Pierre Lambert. Les droits de l'homme au seuil du troisième millénaire*, Bruxelles, Bruylant, 2000, p. 343 à 362.
V. eg. M. Sognigbé Sangbana, *La sanction internationale de la violation des droits de l'homme*, Paris, Pedonne, coll. Publications de l'IIDH, 2018, p. 29.

²⁸ Il peut s'agir également de viols massifs, de déportation, mais aussi de privation de droits civiques ou du droit de propriété.

²⁹ V. la *Déclaration politique sur la suspension du veto en cas d'atrocités de masse* présentée par la France et le Mexique en 2015, E. Pomes, « Les projets d'abandon du droit de veto : les réalistes contre les idéalistes », *Paix et sécurité européenne et internationale*, n° 3, 2016, 13 p.

³⁰ Nous ne traitons pas ici de la question, encore délicate à résoudre, de l'imputation de la responsabilité en cas de préjudice causé par une IA.

³¹ On pourrait discuter de la qualification des milices en tant qu'autorité publique de fait.

tandis que le second vise principalement des acteurs privés³². On pourrait penser que s'agissant de ces derniers, les violations seraient un peu moins graves, c'est-à-dire qu'elles ne viseraient pas les droits indérogeables³³. Est-ce que le droit à la vie ou l'interdiction de la torture pourrait être atteint par une IA ? Tant le développement des véhicules autonomes que celui des implants neurologiques – deux technologies, surtout la seconde, n'étant pas encore opérationnelles – empêchent de l'écarter totalement. La future protection des libertés face à l'IA ne pourra pas faire l'impasse des violations systématiques, à côté de celles individuelles.

Le risque d'atteinte à la vie privée. Certains droits fondamentaux sont plus menacés par l'IA que d'autres, notamment le droit au respect de la vie privée. Les IA de profilage devront particulièrement être encadrées³⁴. La question est complexe et la licéité comme la légitimité de cette pratique diffèrent en fonction de nombreux paramètres : qui effectue le profilage, dans quel objectif, avec quelles données, quel consentement de l'individu, *etc.* C'est dire si la question dépasse celle de l'IA. Toutefois, c'est là qu'elle est la plus pressante, puisque quasiment chaque connexion à Internet permet de nourrir des bases de données qui seront ensuite traitées par des algorithmes en vue de profilage. C'est d'ailleurs la raison de la gratuité des services en ligne, dont la philosophie est souvent résumée par cet adage moderne : « si c'est gratuit, c'est que vous êtes le produit »³⁵.

Le profilage pose, de prime abord, la question de la réification du consommateur qui n'est plus considéré comme un individu, un sujet de droit, mais un objet dont on peut tirer profit. Dans l'absolu, cette « économie du profilage »³⁶ est attentatoire à la dignité de la personne humaine³⁷. La question du consentement – ou de la volonté³⁸ – de subir le prélèvement de ses données en vue du profilage devra aussi être posée. Mais le droit substantiel en danger, et susceptible de nourrir un fort contentieux, est bien le droit au respect de la vie privée. Certaines violations ont déjà conduit à de graves préjudices, comme l'illustre le scandale *Cambridge Analytica*, révélé notamment par *The Guardian* en 2018³⁹. L'affaire fut assez peu commentée par la doctrine française⁴⁰. Pourtant, les données personnelles de 87 millions d'utilisateurs de Facebook ont été transmises à la société *Cambridge Analytica* au début de l'année 2014. Cette dernière a utilisé l'IA pour les exploiter afin de créer des profils politiques (nous y reviendrons). Notons que rien ne permet de prouver que Facebook est la seule entreprise à avoir ce type de pratique⁴¹.

³² Les autorités publiques n'y sont toutefois pas immunisées, notamment à travers les projets de développement de la reconnaissance faciale dans l'espace public ou de notation sociale. En Occident, ces types d'IA sont toutes produites par des entreprises privées (il faudra bien distinguer la responsabilité due à la conception de celle due à l'utilisation).

³³ L'existence de recours collectifs en droit montre qu'il est déjà admis que les entreprises peuvent violer de façon systématique les droits subjectifs (par ex. l'égalité en droit français), des employés ou des consommateurs.

³⁴ Ces IA agrègent les données privées pour en tirer un profil type. Le profilage avait déjà été désigné par André Roux comme un des nouveaux risques informatiques : *La protection de la vie privée, op. cit.*, p. 75 à 76.

³⁵ L'adage est attribué (sans certitude) à l'artiste Richard Serra qui l'aurait prononcé pour la première fois en 1973. Il ne prend son sens qu'à la fin des années 1990, quand les premiers services en ligne devinrent gratuits (Google).

³⁶ K. Douplitzky, « Le commerce du moi, modèle économique du profilage », *Hermès*, n° 53, 2009, p. 113 à 117.

³⁷ On ne peut imaginer comment l'interdire désormais, car cela reviendrait à rendre payant des services dont on ne sait plus qu'ils pourraient l'être.

³⁸ M.-A., Frison-Roche, « Remarques sur la distinction entre la volonté et le consentement en droit des contrats », *RTD civ.*, 1995, p. 573 et *sq.*

³⁹ I. Manokha, « Le scandale Cambridge Analytica contextualisé : le capital de plateforme, la surveillance et les données comme nouvelle "marchandise fictive" », *Cultures & Conflits*, n° 109, p. 38 à 59.

⁴⁰ Une recherche sur Doctrinal donne... trois résultats, qui traitent du sujet sous l'angle du droit des médias. Certes, l'affaire est connue et citée par la doctrine publiciste dans une soixantaine d'articles, mais – sauf erreur – elle n'a jamais fait l'objet d'étude d'ampleur, notamment en droit des libertés fondamentales ou en droit constitutionnel.

⁴¹ Par ex., l'avis du Comité européen de protection des données du 10 février 2021 sur le *DSA* (opinion 1/2021).

Les données personnelles des internautes furent donc considérées comme des informations commerciales, libres de faire l'objet de transactions sans que n'en soient avertis leurs détenteurs. Sachant qu'elles appartenaient à la catégorie de celles dites sensibles⁴², une protection accrue est nécessaire. Prenons l'exemple du droit européen des droits de l'Homme qui certes ne vise que les États, mais pourrait constituer une protection minimum s'il était transposé au secteur de l'IA⁴³. L'atteinte à la vie privée ne fait aucun doute⁴⁴ : la conservation des données n'est licite que si elle répond à la lutte contre la criminalité⁴⁵, la protection de la santé⁴⁶ ou à des fins journalistiques⁴⁷. Sans rentrer, dans le détail, aucun des droits garantis lors de la conservation des données par Facebook n'a été assuré, qu'il s'agisse du droit d'accès à ses propres données⁴⁸, du droit à la rectification⁴⁹, du droit à l'oubli⁵⁰ ou enfin du droit à jouir d'une procédure efficace pour faire garantir ses droits⁵¹.

II. – LES CONSÉQUENCES DE LA VIOLATION MASSIVE SUR LA DÉMOCRATIE

La violation de la vie privée a des conséquences qui dépassent le simple préjudice individuel⁵². L'affaire *Cambridge Analytica* a montré que des atteintes pouvant être qualifiées de mineures pour les droits subjectifs peuvent s'avérer cumulativement majeures contre le régime démocratique. Ce dernier étant fondé sur le pluralisme et le débat, la qualité de l'information est une donnée essentielle de sa garantie. Or, l'IA est utilisée pour déstabiliser la qualité de ces informations (A). Il sera donc nécessaire de prendre en compte cet aspect dans la future réglementation (B).

A. – LA DÉSTABILISATION DE LA QUALITÉ DES INFORMATIONS POLITIQUES

L'IA responsable du Brexit et de l'élection de Trump ? Si l'établissement de profils politiques est une constante des sociétés humaines, l'IA a fait entrer cette pratique dans une nouvelle ère. L'affaire *Cambridge Analytica* a confirmé le potentiel des algorithmes pour traiter massivement les données – jusqu'à 4 000 par utilisateur⁵³ – et pour créer, tout aussi massivement, des profils. Mais surtout, une nouvelle catégorie d'IA a été révélée au grand public : les algorithmes psychographiques⁵⁴. Cette application du marketing psychographique⁵⁵ serait censée

⁴² Il s'agit des données visant les opinions politiques, les convictions religieuses ou philosophiques, v. CEDH, arrêt du 24 janvier 2019, *Catt c. Royaume-Uni*, req. n° 43514/15, § 112.

⁴³ Il s'agit par définition d'une analogie puisque la conventionnalité d'une activité commerciale ne peut être jugée par la CEDH.

⁴⁴ C'est peut-être la raison pour laquelle elle a été si peu discutée par les publicistes ?

⁴⁵ CEDH, GC, arrêt du 4 décembre 2008, *S. et Marper c. Royaume-Uni*, req. n° 30562/04 et 30566/04, § 104.

⁴⁶ CEDH, dec. du 31 mai 2016, *Malanicheva c. Russie*, req. n° 50405/06, §§ 13, 15 à 18.

⁴⁷ CEDH, arrêt du 28 juin 2018, *M.L. et W.W. c. Allemagne*, req. n° 60798/10 et 65599/10, § 90.

⁴⁸ CEDH, arrêt du 27 octobre 2009, *Haralambie c. Roumanie*, req. n° 21737/03, § 79.

⁴⁹ CEDH, GC, arrêt du 4 mai 2000, *Rotaru c. Roumanie*, req. n° 28341/95, § 42.

⁵⁰ CEDH, arrêt précité, *M.L. et W.W. c. Allemagne*, § 100.

⁵¹ CEDH, arrêt du 17 octobre 2008, *I. c. Finlande*, req. n° 20511/03, § 44.

⁵² A. Roux, *La protection de la vie privée...*, op. cit., p. 1.

⁵³ P. Handley, « Comment les données de Facebook ont aidé Trump à se faire élire », *La Presse*, 21 mars 2018.

⁵⁴ J. Rokka, « L'outil psychographique secret de Cambridge Analytica est un fantôme du passé », *Knowledge*, 2018.

⁵⁵ Cet outil marketing est une alternative à celui, classique, de segmentation socio-démographique.

pouvoir dresser un portrait psychologique d'une redoutable efficacité à partir de 100 « likes » sur Facebook. Ne nous leurrions pas, il s'agit d'un discours commercial, fondé sur aucune science⁵⁶, et qui permet d'entretenir un solutionnisme technologique auprès des décideurs publics comme privés, au même titre que la prétendue « reconnaissance émotionnelle »⁵⁷. Ces IA permettraient de fonder une « gouvernance algorithmique », dont on dira juste ici qu'elle semble, par nature, incompatible avec la démocratie⁵⁸.

Plus inquiétant, *Cambridge Analytica* a aussi révélé que ces IA ne permettaient pas uniquement de faire de la publicité ciblée, mais qu'elles pouvaient aussi servir un mobile politique, voire une idéologie⁵⁹. En effet, les utilisateurs de Facebook victimes de « l'aspiration » de leurs données ont été la cible de désinformations (*Fake News*) qui sont devenues systématiques sur leurs fils d'actualité (sans compter les campagnes ciblées)⁶⁰. L'IA de profilage a alors été utilisée pour déstabiliser deux campagnes électorales au minimum, celle du référendum britannique portant sur la sortie de l'UE, et l'élection présidentielle américaine de 2016. Deux votations dont les résultats ont majoritairement surpris les observateurs, et qu'ils lient à la montée de l'illibéralisme en Occident⁶¹. Néanmoins, malgré beaucoup d'affirmations péremptoires et définitives⁶² – caractéristiques des discours sur l'IA –, il est à ce jour impossible de savoir quelle a été la réelle influence de *Cambridge Analytica* sur ces deux votes⁶³.

L'IA au service d'une désinformation structurelle. Il est en tout cas certain que les publications sur ce réseau social – mais aussi d'autres comme Twitter – sont massivement utilisées avec des objectifs de désinformation⁶⁴, qu'ils soient volontaires pour les producteurs de contenu ou involontaires, parfois, pour les « partageurs ». *Cambridge Analytica* a ainsi été confirmé par les *Facebook Files*, révélés par le *Wall Street Journal* avec l'aide de Frances Haugen⁶⁵. Cette spécialiste de « classements algorithmiques », travaillant pour Marc Zuckerberg de 2019 à 2021, a révélé la pleine conscience qu'à l'entreprise du problème des *Fake News* et des publications outrancières ou haineuses sur sa plateforme. On sait que l'IA parvient à les identifier, notamment parce qu'elles sont partagées des milliers de fois et qu'elles produisent des réactions de rejet, via l'emoji « colère »⁶⁶. Désormais, la stratégie commerciale est sciemment fondée sur leur capacité à être transmises de façon contagieuse, car étant celles qui sont le plus lues et partagées, ce sont celles qui génèrent le plus d'argent !

⁵⁶ Le biais principal des outils psychographiques est de penser la psychologie comme une science mathématique, codable. Au moyen de l'observation de statistiques comportementales (parfois très poussées), il en déduisent des lois psychologiques invérifiables, mais parfois corrélées par les faits.

⁵⁷ Le problème n'est pas que ces applications ne fonctionnent pas, mais que les potentiels acheteurs le croient.

⁵⁸ P. de Filippi, « Gouvernance algorithmique : Vie privée et autonomie individuelle à l'ère des Big Data », in P. de Filippi, D. Bourcier (dir.), *Open Data & Big Data. Nouveaux défis pour la vie privée*, Paris Mare & Martin, 2016.

⁵⁹ Les dirigeants des GAFAM ou de la *Silicon Valley* revendiquent souvent une vision du monde antagoniste avec le système démocratique libéral, défendant un modèle libertarien antiétatiste et transhumaniste.

⁶⁰ On notera que ces *Fake News* sont parfois le produit d'IA (les *Deepfakes*).

⁶¹ V. par ex. I. Krastev, S. Holmes, *Le moment illibéral*, Paris, Fayard, 2019, 352 p.

⁶² Le lanceur d'alerte Christopher Wylie, dont il convient d'interpréter les déclarations avec beaucoup de précaution, a ainsi affirmé auprès de journaux européens que « Sans Cambridge Analytica, il n'y aurait pas eu de Brexit », *Libération*, 26 mars 2018.

⁶³ Pour rappel, l'écart de voix était d'environ un million pour le Brexit, et d'un peu moins de trois millions pour l'élection de Trump.

⁶⁴ V. Ndior, « Les réseaux sociaux et l'administration Trump », *Hérodote*, 2022, n° 184-185, p. 201 à 215.

⁶⁵ « The Facebook Files », *Wall Street Journal* [en ligne], 1^{er} octobre 2021. Mme Haugen sera auditionnée par le Congrès américain le 6 octobre 2021, mais aussi en France par l'Assemblée nationale le 10 novembre 2021.

⁶⁶ Ainsi, cet emoji aboutit à une visibilité sur les fils d'actualité des utilisateurs 4 à 5 fois plus importante qu'un contenu ayant des « pouces levés » ou des emojis « cœur », v. M. Szadkowski « Facebook : on sait pourquoi les posts qui énervent étaient plus visibles que les autres », *HuffPost* [en ligne], 27 octobre 2021.

Ainsi, le 6 janvier 2021, les modérateurs ont été alertés rapidement d'une « croissance météorique » de messages préfigurant l'assaut sur le Capitole, sans réagir⁶⁷. Le pouvoir de déstabilisation d'une IA, spécifiquement et consciemment programmée pour amplifier des mouvements de ce type, est incontestable. Les responsables des réseaux sociaux ne devraient plus se cacher derrière une prétendue liberté d'informer et leur irresponsabilité en tant qu'éditeurs de contenu, telles qu'elles sont affirmées en droit américain depuis le milieu des années 1990⁶⁸. Serions-nous entrés dans l'ère de la « *Junk Thought* »⁶⁹ ? Le pire serait celle d'une « *Junk Democracy* », et la révélation de deux scandales en trois ans n'inspire pas beaucoup d'optimisme... même si le gouvernement américain et surtout l'UE avancent vers une réforme de ce droit des plateformes⁷⁰. S'il n'existe pas d'interdiction de principe de diffusion des *Fake News* dans la jurisprudence de la CEDH⁷¹ – la Cour ayant toujours protégé l'expression d'informations choquantes⁷² –, leur caractère massif devrait nuancer cette approche, sauf à ce que l'éthique fasse enfin son entrée dans la gouvernance de ces réseaux sociaux⁷³. Il ne s'agit pas de restreindre le champ de la liberté, mais de contrôler des publications qui pourraient être abusives, voire constituer une « menace pour l'ordre démocratique »⁷⁴, ce qui, après le 6 janvier 2021, ne semble plus fantaisiste.

B. – LA RÉGULATION INTERNATIONALE DE L'IA À ACHEVER

L'improbable régulation américaine. Des solutions à court terme répressives peuvent être envisagées : le démantèlement des plateformes, l'interdiction du marketing psychographique... On n'y croît guère. Les entreprises qui sont le plus susceptibles, pour l'instant⁷⁵, de causer ce type de préjudice sont américaines. La principale réaction devrait donc venir de ce gouvernement. La révélation des différents scandales a bien causé une réaction au sein du Congrès américain⁷⁶, mais les enjeux économiques – et ceux patriotiques, les plus vives critiques venant d'Europe – laissent peu d'espoir à une telle régulation, notamment après la victoire de Joe Biden en 2020⁷⁷. Régulièrement dans les médias sont ainsi invoqués les puissants instruments anti-monopole du droit américain⁷⁸, qui avaient permis – à une époque incomparable – le démantèlement de l'industrie du tabac ou du chemin de fer au début du XX^e et, en dernier

⁶⁷ N. Rauline, « Attaque du capitol : comment Facebook a laissé prospérer les messages de haine », *Les Echos*, 25 octobre 2021. Les événements ont quand même conduit à exclure Donald Trump.

⁶⁸ Contrairement aux éditeurs traditionnels, les plateformes de services sur Internet jouissent d'une quasi-immunité pour les contenus qui sont publiés sur leurs sites, puisque depuis 1996 seule la section 230 du *Communications Act* de 1934 (47 U.S.C. §230) leur est applicable.

⁶⁹ X. Leonetti, « Après la "Junk Food" de l'agroalimentaire, voici la "Junk Thought" des réseaux sociaux : Bienvenue dans le nouveau monde ! », *Dalloz IP/IT*, 2022 p. 187 et *sq.*

⁷⁰ Pour l'UE, v. la législation sur les services numériques (*Digital Services Act*).

⁷¹ Outre les exceptions portant sur l'incitation à la haine, à la discrimination ou à la violence, la Cour écarte de la protection de l'article 10 les arguments négationnistes ou révisionnistes (CEDH, déc. 24 juin 2003, *Garandy c. France*, req. n° 65831/01).

⁷² CEDH, arrêt du 7 décembre 1976, *Handyside c. Royaume-Uni*, req. n° 5493/72, § 49.

⁷³ Les propres études internes de Facebook montrent que sa filiale Instagram peut avoir des conséquences négatives sur l'image et la santé mentale de ses utilisateurs les plus jeunes et fragiles, anorexiques ou suicidaires. La violation de droits indérogeables est ici aussi probable.

⁷⁴ CEDH, déc. 1^{er} février 2000, *Schimanek c. Autriche*, req. n° 32307/96. Malgré un intitulé clair, cette théorie jurisprudentielle est très peu opérationnelle (pour l'instant).

⁷⁵ Seule l'antériorité de la recherche et du développement d'applications aux États-Unis explique cette situation. Très prochainement, des IA utilisées par des sociétés européennes, russes ou chinoises auront ce potentiel.

⁷⁶ Mark Zuckerberg fut convoqué devant le Sénat le 10 avril 2018, puis à plusieurs reprises en 2021.

⁷⁷ Rappelons que l'une de ses concurrentes à la primaire, Elizabeth Warren, avait un programme très ambitieux sur la régulation des réseaux sociaux (toujours consultable : <https://2020.elizabethwarren.com/toolkit/social-share-graphics>).

lieu, d'AT&T en 1984. Ce sont les positions (extrêmement) dominantes de Facebook qui sont visées⁷⁹, notamment suite à son acquisition d'Instagram en 2012⁸⁰.

Une régulation encore embryonnaire en Europe. Comme pour les violations massives de droits de l'Homme, la réponse doit venir de la Communauté internationale et, surtout, des organisations européennes⁸¹. La situation est délicate pour le Conseil de l'Europe qui, malgré un intérêt précurseur pour ce sujet, n'est pas dans la meilleure position pour imposer un texte ambitieux. Son Traité sur l'intelligence artificielle devrait néanmoins être adopté à la fin 2023. Quant à la CEDH, d'un point de vue contentieux, elle n'est pas adaptée pour traiter des violations massives, ainsi que le montrent son histoire et son statut⁸². Malgré l'effet horizontal⁸³, elle ne pourra pas juger des violations commises par des personnes privées. D'un point de vue substantiel, les droits formellement garantis par la Convention ne sont sans doute pas adaptés à l'IA. Cela nécessiterait donc l'adoption d'un nouveau protocole qui n'est absolument pas à l'agenda du Comité des ministres.

C'est donc du côté de l'UE que se tournent tous les regards⁸⁴. L'affaire *Cambridge Analytica* a sans doute joué un rôle de catalyseur dans ce domaine, la Commission européenne ayant rapidement communiqué sur la nécessité de réguler l'IA⁸⁵ (un groupe d'experts a même été formé le 14 juin 2018). L'arrivée à la présidence de Mme von der Leyen en 2019 sera l'occasion de concrétiser cette régulation, avec l'objectif de défendre les droits individuels, mais aussi de réduire la dépendance européenne envers les sociétés américaines⁸⁶. Définie comme une des six priorités de son mandat, le programme « Une Europe adaptée à l'ère numérique » prétend refonder le droit du numérique en Europe⁸⁷. Un *Livre blanc* plutôt ambitieux fut publié le 19 février 2020⁸⁸, avant qu'un projet de règlement ne soit présenté le 21 avril 2021 (*AI Act*)⁸⁹, encore en discussion à l'heure où nous écrivons ces lignes. S'il s'agit des fondations du futur droit de l'IA, elles sont encore très fragiles, car c'est une réglementation minimale qui vise uniquement une régulation en fonction des risques⁹⁰. Nous ne reviendrons pas ici sur les critiques qu'on peut lui adresser, rappelons juste qu'elle est conçue pour permettre « la confiance » dans l'IA plutôt qu'une garantie des droits des Européens (aucun nouveau droit n'est proclamé)⁹¹. On peut le comprendre, étant

⁷⁸ Il s'agit du *Clayton Antitrust Act* de 1914 qui a créé le premier organe de régulation économique, la *Federal Trade Commission*, mais aussi du *Sherman Antitrust Act* de 1890.

⁷⁹ Chris Hughes, l'un de ses cofondateurs, a lui-même demandé ce démantèlement : « It's Time to Break Up Facebook », *New York Times*, 9 mai 2019.

⁸⁰ L'acquisition fut alors validée par la FTC : *Closing Letters to Counsel for Facebook and Instagram*, 22 août 2012, n° 121 0121. Des projets de réforme de la législation anti-trust ont été déposés en 2020 au Congrès.

⁸¹ V. le projet de Traité sur les entreprises et les droits de l'homme, actuellement discuté à l'ONU.

⁸² J.-F. Flauss, « La Cour de Strasbourg... », *op. cit.*, p. 345 et *sq.* La procédure des arrêts pilotes n'est qu'une réponse partielle à cet enjeu.

⁸³ CEDH, arrêt du 26 mars 1985, *X et Y contre Pays-Bas*, req. n° 8978/80. Il s'agit d'un effet horizontal indirect, puisque seul l'État est responsable.

⁸⁴ L'UE a la puissance économique pour initier ce type de régulation, ainsi que l'a montré le RGPD.

⁸⁵ CE, comm. du 8 avril 2019, *Building Trust in Human-Centric Artificial Intelligence*, COM(2019) 168 final.

⁸⁶ J. Nocetti, « L'Europe reste-t-elle une "colonie numérique" des États-Unis ? », *Politique étrangère*, 2021/3, p. 51 à 63.

⁸⁷ Cf. les projets de réforme des services (*DSA*), des marchés (*DMA*), mais aussi de la protection des données.

⁸⁸ CE, livre blanc du 19 février 2020, *Une approche européenne axée sur l'excellence et la confiance*, COM(2020) 65 final.

⁸⁹ CE, proposition de règlement du 21 avril 2021, *établissant des règles harmonisées concernant l'intelligence artificielle*, COM(2021) 206 final.

⁹⁰ Si le risque de violation massive se répand, comme on le craint, il sera nécessaire de reconnaître la possibilité de former des recours collectifs contre les IA et leurs porteurs. Ces recours existent en droit de la consommation depuis le début du XX^e aux États-Unis et le début du XXI^e en France (loi du 17 mars 2014 relative à la consommation.).

⁹¹ Cette approche n'est pas exclue par l'UE, mais elle est reléguée à un degré de priorité inférieur, cf. la *Déclaration sur les droits et principes numériques pour la décennie numérique* du 26 janvier 2022 (COM(2022) 28 final), qui est un texte de droit (très) souple, là où il était possible d'inviter à un projet de modification de la Charte.

donné la nature économique de l'Union et sa vision, particulière parfois, de l'humanisme juridique⁹². Mais sera-t-elle à la hauteur des enjeux ?

⁹² Il est symbolique que le responsable de l'*LA Act* soit le commissaire européen au Marché intérieur, et pas celui responsable de la Justice, comme cela avait été le cas pour le RGPD.