

Code is moral? Une régulation philosophique de la pensée numérique

Lucas Gourlet*

Lawrence Lessig énonçait en 1999 que « code is law »¹ car l'architecture technique du code constituait lui-même une source de normativité par défaut ; et pour certains, le droit est le reflet de la moralité d'une époque. Mais existe-t-il une morale numérique prescrivant de bons comportements ? À l'heure où les entreprises du numérique sont mises en accusation par la puissance publique sur leur respect des droits et de la démocratie, la question du ressort de leurs actions peut se poser. La morale est nécessaire face à l'éthique appliquée dans ce secteur, comme j'ai pu le démontrer dans une interrogation antérieure². Mais quelle est-elle, et comment la trouver ? Se pourrait-il que les entreprises du numérique prétendent l'avoir trouvée, nourries du terreau fertile de la théorie utilitariste et de l'inaction publique ?

I. L'UTILITARISME NUMÉRIQUE

A. La théorie utilitariste

Le philosophe anglais Bentham fut le premier à théoriser l'utilitarisme, à la fin du XVIII^e siècle. Mettant pratiquement en œuvre la maxime selon laquelle la fin justifie les moyens, elle postule que l'action bonne est celle dont les conséquences maximisent le plus grand bonheur du plus grand nombre³. Elle s'oppose ainsi à une théorie naturaliste chrétienne, édictant le bon comportement comme celui menant l'in-

* Étudiant en droit à l'Université Paris II Panthéon-Assas, Lucas.gourlet@etudiants.u-paris2.fr.

1. Lawrence LESSIG, *Code and Other Laws of Cyberspace*, Cambridge, Basic Books, 1999.
2. Lucas GOURLET, « Pourquoi l'éthique est conceptuellement insuffisante à l'intelligence artificielle », *Medium*, 2018, en ligne : <<https://medium.com/@galatea.net/fondation-002-98d4d764d3de>>.
3. Jeremy BENTHAM, *An introduction to the principles of morals and legislation*, New York, Hafner Publishing, 1948, chap. 1.

dividu au ciel, et est une théorie morale en ce sens qu'elle définit le caractère vertueux d'un comportement.

Face à un monde moral aux multiples facettes, l'utilitarisme possède donc l'avantage de créer une échelle comparable par tous les individus : seule la balance du plaisir et du déplaisir de tous détermine le bonheur ou l'action à faire. L'intérêt national, l'excellence humaine ou scientifique, la culture, ou tout état de chose désirable en lui-même⁴ peuvent ainsi se réduire au plaisir.

La théorie est conséquentialiste – c'est-à-dire qu'une action comme le meurtre n'est pas moralement répréhensible en soi, mais l'est car ses conséquences produiraient plus de déplaisir que de plaisir –, et se fonde sur le principe selon lequel tous les individus sont égaux. Ainsi, l'utilitarisme est une doctrine éthique et non une théorie psychologique : ce n'est pas une théorie sur ce qui est mais sur ce qui soit être⁵.

Là est la séduction de l'utilitarisme. Empirique, égalitaire et libérale, universelle car touchant au bonheur, plus simple à mettre en œuvre que la morale religieuse et pouvant couvrir tous les champs de la décision, la théorie s'est imposée au XIX^e siècle comme un arrière-plan idéologique majeur de notre société. L'individu, le gouvernement ou l'entreprise pèsent ainsi le pour ou le contre de chaque décision⁶, du choix de prendre un verre la veille d'un examen à la construction d'un hôpital en lieu et place d'un stade, en passant par le développement d'un nouveau produit basé sur l'intelligence artificielle.

La théorie utilitariste irrigue enfin la vision capitaliste de la société. Les utilitaristes ne pensent pas que l'étalon du bonheur soit l'argent, mais ils raisonnent d'une manière qui revient au même : il n'existe aucune valeur qui ne soit finalement pas mesurable par l'argent⁷.

4. Luc B. TREMBLAY, « La justification des restrictions aux droits constitutionnels : la théorie du fondement légitime », (2002) 47 R.D. McGill 272, 296.

5. Henry SIDGWICK, *The Methods of Ethics*, 7^e éd., New York, MacMillan et co, 1907, préface.

6. Voir Cass R. SUNSTEIN, *The Cost-Benefit Revolution*, Cambridge, MIT Press, 2019.

7. Bernard WILLIAMS, *La fortune morale : moralité et autres essais*, coll. « Philosophie morale », Paris, Presses universitaires de France, 1994, n° 79-83. Voir aussi Michael SANDEL, *What Money Can't Buy: The Moral Limits of Markets*, Cambridge, Penguin, 2013.

Possédant une logique commune, l'utilitarisme s'est donc mué en système de valeurs de la société économique.

Il sera toutefois question dans l'étude suivante d'utilitarisme politique et moral, et non d'utilitarisme économique compris comme étant la base du comportement de toute entreprise. Les deux notions peuvent se confondre, voire parfois même entrer en confrontation.

B. Les usages utilitaristes par les entreprises du numérique

L'utilitarisme, en tant que philosophie morale énonçant un critère de justification par défaut d'une entreprise, se heurte à la justification parfois déontologique de l'État dans son rôle de pouvoir garantissant les droits fondamentaux. Du fait de la logique conséquentialiste de l'utilitarisme, les droits ne trouveraient le cas échéant application que s'ils favorisaient le plus grand bonheur pour le plus grand nombre. Si l'on considère que le contrat social et la démocratie protègent les droits⁸, l'intervention de l'État est donc nécessaire pour assurer leur respect⁹.

Des domaines ont cependant pu échapper à sa normativité, le cyberspace en étant un exemple criant. Longtemps considéré comme un espace à part, hors de portée des États¹⁰, les entreprises du numérique ont pu se développer au sein d'un écosystème juridique dépassé et peu efficace¹¹. La normativité s'appliquant par défaut¹² était alors

8. Soit la théorie du contrat social de John Locke, à l'opposé de celle de Rousseau. Voir Karim BENYKHELF, « Démocratie et libertés : quelques propos sur le contrôle de constitutionnalité et l'hétéronomie du droit », (1993) 38-1 R.D. McGill, 91.
9. Camus disait de la démocratie qu'elle « n'est pas la volonté de la majorité, mais la protection des minorités » : la réalité se situe sûrement entre les deux. Voir Albert CAMUS, *Carnets*, t. n° 3, Paris, Gallimard, 1989.
10. Voir en ce sens la Déclaration d'indépendance du Cyberspace de John Perry Barlow : John Perry BARLOW, « Déclaration d'indépendance du cyberspace », dans Olivier BLONDEAU, *Libres enfants du savoir numérique. Une anthologie du "Libre"*, Paris, Éditions de l'Éclat, 2000, p. 47. Bien qu'en partie dépassée, elle permet de témoigner de l'esprit animant les acteurs des premiers temps du cyberspace.
11. Pierre TRUDEL, *Quel droit et régulation dans le cyberspace ?*, Montréal, Papyrus, 2000, n° 193-196.
12. Voir L. LESSIG, préc., note 1.

propice aux raisonnements utilitaristes par sa simplicité, par la rationalité qu'elle induisait et par l'absence d'obligation de jugement moral qu'elle impliquait.

Les entreprises du numérique ont pu en user par deux aspects : la justification fonctionnelle de leurs actions et la mise en œuvre matérielle même de leurs projets.

La justification fonctionnelle de l'action des géants du numérique ne peut s'apparenter à celle de n'importe quelle autre entreprise. Le numérique touche en effet à tous les domaines de notre vie en société, de la démocratie à l'environnement, en passant par l'espace. Ce faisant, l'idée selon laquelle ces entreprises peuvent apporter liberté, émancipation et un meilleur futur pour l'humanité est très prégnante dans leurs discours. De l'entreprise visant son propre plaisir, soit son développement propre, on peut donc parfois¹³ passer à l'entreprise visant le plaisir du plus grand nombre – rejoignant la théorie de Bentham.

Il s'agira par exemple pour Uber de mettre en avant l'accès à un service moins cher de taxi pour les clients, quand bien même les conditions de travail des chauffeurs ne satisferaient pas à un minimum vital ; ou bien pour un dirigeant de Google de vanter l'apport de la technologie d'apprentissage profond pour tous, alors que ce sont des petites mains qui entraînent les modèles pour un salaire de misère¹⁴. Du moment que le solde net global est positif, l'action peut se justifier d'un point de vue utilitariste – et constitue bien le mode de justification principal de ces entreprises.

L'ignorance de la potentialité des nouvelles technologies accroît de plus l'adoption d'un raisonnement utilitariste par les entreprises

13. David STREITFIELD, « Tech Giants, Once Seen as Saviors, Are Now Viewed as Threats », *The New York Times*, 12 octobre 2017, en ligne : <<https://www.nytimes.com/2017/10/12/technology/tech-giants-threats.html>>.

14. Confronté à des exemples de salaires dérisoires versés par un sous-traitant de Google à des personnes entraînant l'algorithme d'apprentissage profond de son entreprise, un dirigeant français cite une tribu amazonienne utilisant l'algorithme à des fins environnementales pour avancer implicitement que sa mise en œuvre produit plus de « plaisir » que de « déplaisir ». L'argument utilitariste est ici éloquent : *Cash Investigation*, France 2, émission du 24 septembre 2019, en ligne : <<https://www.france.tv/france-2/cash-investigation/1066737-au-secours-mon-patron-est-un-algorithme.html>>.

numériques, notamment par la flexibilité intrinsèque qu'elle offre face au futur¹⁵.

En somme, l'utilisation des arguments utilitaristes en tant que tels ne suffit bien sûr pas à expliquer les atteintes aux droits engendrées, mais peut en faire une lecture éclairante.

Le second aspect porte sur le fonctionnement matériel des outils utilisés par les entreprises du numérique. Comme nous l'avons souligné, Lawrence Lessig avait annoncé que « code is law »¹⁶. Et si le code était aussi une morale en soi ?

La donnée, autour de laquelle gravitent moult projets des GAFAM et autres BATX, peut être définie comme une succession de signes sans attribution de sens. Sans interprétation, la donnée n'est donc rien : elle ne procède d'aucun lien de causalité, son traitement étant inductif et statistique¹⁷. À l'heure du Big data et de la loi de Metcalfe¹⁸, la logique utilitariste est de ce fait indiscutablement privilégiée dans l'interprétation et l'exploitation de ces données. Aux avantages de la théorie utilitariste s'additionnent alors l'objectivisation et la déshumanisation des données : « [l]a "gouvernementalité algorithmique" marque l'avènement d'un système de suppression des conditions institutionnelles, temporelles, humaines, émotionnelles, affectives, spatiales et langagières de la subjectivisation, au profit d'une régulation objective, opérationnelle des actions à mener. »¹⁹

15. J. J. C. SMART et Bernard WILLIAMS, *Utilitarianism, for and against*, London, Cambridge University Press, 1973, p. 62-67.

16. L. LESSIG, préc. note 1.

17. Ziad OBERMEYER, Brian POWERS, Christine VOGELI et al., « Dissecting racial bias in an algorithm used to manage the health of populations », (2019) 366-6464 *Science* 447. L'exemple donné est frappant : un algorithme d'évaluation des risques médicaux estimait que les personnes noires avaient moins besoin de soins de santé complémentaires. En réalité, la surreprésentation des patients noirs parmi la part de la population américaine n'ayant pas accès à une couverture maladie (9 % au total) a amené l'algorithme à juger qu'ils dépensaient moins de frais de santé, et qu'ils avaient ultimement moins de problèmes de santé.

18. La loi de Metcalfe postule que l'utilité d'un réseau est proportionnelle au carré du nombre de ses utilisateurs si on considère que chaque agent du réseau est homogène dans celui-ci.

19. Jérôme BÉRANGER, *Les big-data et l'éthique : le cas de la datasphère médicale*, Toulouse, ISTE Éditions, 2016, p. 265.

Cette objectivisation est un argument logique quant à l'utilisation des données selon un calcul utilitariste. La personne n'est plus qu'un élément binaire, tout comme le choix qui se présente à l'exploitant des données. En supposant que chaque donnée (individu) soit considérée également, le traitement de masse de ces données favorise donc, au travers de l'interprétation utilitariste, le développement de ce modèle. En somme, le Big data remplit peu ou prou tous les critères de la théorie utilitariste : aurait-ce été le rêve de Bentham, de pouvoir évaluer en temps réel le plaisir et le déplaisir de chaque individu à l'échelle mondiale ? Il est en tout cas sûr que cette vision peut mener au développement d'une morale à part entière car le calcul utilitariste prescrit la décision à prendre. Si une entreprise commercialisant des stimulateurs cardiaques (*pacemakers*) connectés décidait, à la vue de l'interprétation de ses données, d'en arrêter quelques-uns afin de favoriser le fonctionnement global du système, alors la décision serait morale selon cette théorie. De même, la théorie utilitariste évite à l'entreprise de devoir coder artificiellement une morale, et donc ultimement de faire des choix idéologiques. Il est bon de donner à nouveau l'exemple de l'expérience Moral Machine du MIT, sur les voitures autonomes²⁰ : dans cette expérience, tuer le criminel à la place de la famille modèle serait le choix moral à faire, selon la théorie utilitariste, en ce que le criminel ne possède aucune utilité sociale, et tend même à nuire à la collectivité²¹. Il y a fort à parier que nombre de gens adhèreraient à ce choix.

20. L'utilisateur doit choisir entre diriger la voiture autonome vers une ou un groupe de personne plutôt qu'un autre selon leur caractéristiques (statut social, âge, passé criminel ...) en considérant que ce choix les tuera. Il s'agit d'éprouver les choix moraux que nous faisons. L'étude du MIT a démontré que ces choix moraux différaient radicalement selon la région du monde : en ligne <<https://www.moralmachine.net/>>. À titre d'exemple, une personne française ou canadienne est bien plus à même de sauver les jeunes qu'une personne chinoise, voir CNRS, 24 octobre 2018, en ligne : <<https://www.cnrs.fr/en/autonomous-vehicles-and-moral-decisions-what-do-online-communities-think>>

21. Selon le sociologue Emile Durkheim, même si le crime est considéré comme « normal » dans une société, la figure du criminel nuit premièrement à autrui plus que la famille modèle, en raisonnant selon un modèle coût-bénéfice qui reste cependant difficile à évaluer dans toutes ses nuances. Voir Emile DURKHEIM, *Les règles de la méthode sociologique*, Paris, Presses universitaires de France, 1894.

Une des raisons de cette adhésion peut s'expliquer par la distinction entre utilitarisme de l'acte (ou hédoniste) et utilitarisme idéal. Alors que le premier énonce que la quantité de plaisir demeure égale entre les actions entreprises²², le second attribue une valeur intrinsèque à l'action indépendamment de leur plaisir²³. Le raisonnement utilitariste brut pourrait alors se voir combiné à une morale plus classique – la morale religieuse par exemple, en ce qui concerne des valeurs fondamentales comme le fait de ne pas tuer son prochain. En définitive, le code et le Big data peuvent résulter d'une logique utilitariste pouvant être teintée de morale « traditionnelle ».

Les droits, dans ce schéma, n'agissent que comme une variable supplémentaire dans le calcul utilitariste qui est fait. Inadaptés à l'ère du numérique, ils ne font peser suffisamment de risques pour l'entreprise. Le coût de leur transgression est alors inférieur au bénéfice que l'entreprise peut retirer de l'action ou du produit. L'éthicisation des droits, c'est-à-dire leur assimilation à des valeurs, pourrait alors conduire à un « travestissement téléologique du droit »²⁴. De plus, l'utilitarisme est le modèle d'éthique le plus simple à modéliser informatiquement²⁵, car n'impliquant aucune valeur supérieure aux autres, il est aisé de comprendre que cette logique a jusqu'alors dirigé le comportement des géants du numérique.

Mais consciente de cette lacune, l'action publique en matière numérique a fait sienne une théorie diamétralement opposée : la priorité des droits.

22. C'est notamment la thèse développée par Jeremy Bentham, se traduisant par sa maxime selon laquelle « Préjugés à part, le jeu de quilles peut très bien posséder autant de valeur que la poésie. Et si le jeu de quilles fournit plus de plaisir, il possède plus de valeur » : JEREMY BENTHAM, "Art and Science—Divisions", livre III, chap. I, Londres, J & ML Munt, 1825.

23. George Edward MOORE, *Principia Ethica*, London, Cambridge University Press, 1962.

24. Stéphane BERNATCHEZ, « La fonction paradoxale de la morale et de l'éthique dans le discours judiciaire », (2007) 85 *R. du B. can.* 221, 223

25. Stephen LARROQUE, *Simulation des raisonnements éthiques par logiques non-monotones*, présentation donnée à l'UPMC le 30 juin 2014, en ligne : <https://rjcia2014.greyc.fr/sites/rjcia2014.greyc.fr/files/rjcia2014_slides_14.pdf>.

II. LE MODÈLE DE LA PRIORITÉ DES DROITS²⁶

A. La réaction des droits

En raison de son caractère technique, le nommage des adresses internet ne doit pas être régulé par la bureaucratie au risque de nuire à sa stabilité : telle était la doctrine du *Department of Commerce* américain sous Clinton²⁷. Le paradigme a depuis bien changé. L'accaparement du cyberspace par de grandes entreprises oligopolistiques (voire monopolistiques²⁸ dans certains domaines) a poussé la puissance publique à se saisir de la question. À cette approche concurrentielle s'est ajoutée la peur des excès technologiques, notamment de l'intelligence artificielle et du Big data²⁹, et une réaction à la logique utilitariste venant parfois directement des employés des entreprises du numérique³⁰. Plus globalement, ce mouvement a mis en lumière la relative « impunité » dont elles jouissaient en l'absence de tout cadre technique, foulant notamment les droits individuels tels que le droit à la vie privée ou le droit à l'égalité³¹. L'action publique s'est donc saisie de la question, en adoptant en Europe des législations centrées autour de l'utilisateur³².

26. Luc. B. TREMBLAY, « Le principe de proportionnalité dans une société démocratique égalitaire, pluraliste et multiculturelle », (2012) 57-3 *R.D. McGill* 429

27. Voir ICANN, en ligne : <<https://www.icann.org/resources/unthemed-pages/white-paper-2012-02-25-en>>.

28. Amazon Web Service, le service de cloud computing de l'entreprise de Jeff Bezos qui monnaye de l'infrastructure technique aux entreprises présentes sur internet, comme AirBnb ou Netflix, possédait mi-2018 plus de 40 % des parts.

29. La question du profilage des individus s'est posée avec une acuité particulière lors des élections américaines et continuera d'être un enjeu majeur pour la démocratie, notamment à l'ère du populisme et des démocraties illibérales. L'utilitarisme justifie en effet très bien la démocratie, sauf lorsqu'on arrive aux droits fondamentaux : en l'absence de protection constitutionnelle ou judiciaire, la majorité peut tout à fait décider en fonction de son plaisir et de ses intérêts.

30. Le projet MAVEN visait pour Google à développer une flotte de drones tactiques autonomes munis de caméras à destination du Pentagone, à des fins de surveillance de masse et probablement de guerre. Après une pétition interne, l'entreprise a décidé d'abandonner le projet. L'argument des employés n'était ici pas conséquentialiste, mais déontologique – c'est-à-dire que le principe même de surveillance de masse n'était pas souhaitable, et non ses conséquences.

31. L. LESSIG, préc., note 1.

32. L'exemple emblématique reste celui du Règlement n° 2016/79, dit Règlement général sur la protection des données (ci-après « RGPD »), instaurant au niveau communautaire une protection cohérente des données personnelles : CE, *Rè-*

B. Une nouvelle morale

L'essor de la normativité étatique doit de ce fait être vu comme une réaction des droits face aux dérives du modèle utilitariste. Ce modèle, conférant une priorité normative aux droits sur les justifications utilitaristes, est articulé autour de deux axiomes fondamentaux. Les droits sont envisagés en premier lieu comme des « atouts » (*jokers*) selon Ronald Dworkin³³, surplombant tout raisonnement connexe. Dworkin envisageait ce pouvoir contre la justification gouvernementale utilitariste dans le cadre de l'atteinte à un droit, mais le modèle peut aussi être envisagé dans le cadre qui nous intéresse.

En second lieu, le modèle de la priorité des droits est la traduction en droit constitutionnel d'un modèle philosophique basé sur les droits humains fondamentaux³⁴. Les droits fondamentaux sont donc la traduction, en fait, des droits moraux des individus – c'est-à-dire un droit reflétant le statut de l'individu sur le plan moral³⁵.

Alors que Dworkin envisageait le modèle de priorité des droits comme une défense face à la justification étatique d'une mesure liberticide, un raisonnement similaire a paradoxalement été adopté par la puissance publique. Dans un contexte technologique évoluant rapidement, nécessitant de recourir à une logique de co-construction des normes du réseau par le dialogue et des principes directeurs laissant une marge d'interprétation aux entreprises du numérique, le principe séculaire de la coercition étatique ou communautaire n'aurait pu suffire et a donc guidé l'adoption d'un tel schéma.

Le « retour aux droits » est une morale en soi. Différant du raisonnement conséquentialiste de l'utilitarisme politique, le modèle de la priorité des droits est une théorie déontologique. Cela équivaut à dire que le fondement des droits est le juste : il se définit alors indé-

gement (UE) 2016/679 du Parlement européen et du Conseil du 27 avril 2016 relatif à la protection des personnes physiques à l'égard du traitement des données à caractère personnel et à la libre circulation de ces données, et abrogeant la directive 95/46/CE, [2016], JO, L 119/16.

33. Ronald DWORKIN, *Prendre les droits au sérieux*, Paris, Presses Universitaires de France, 1996, chap. 2.

34. *Id.*, chap. 7.

35. STAVROS TSAKYRAKIS, « Proportionality: An assault on human rights? », (2009) 7-3 *International Journal of Constitutional Law*, 468.

pendamment du bien³⁶, et repose sur une certaine conception de la dignité humaine, de l'égalité morale des êtres humains. Il n'est ainsi pas mal de tuer, car les conséquences seraient néfastes pour le plus grand nombre, mais il est mal de tuer en soi.

En plus d'acquérir priorité normative par un raisonnement déontologique, les droits sont eux-mêmes infusés de morale : c'est la « lecture morale du droit » dont résulte l'approche herméneutique de Dworkin³⁷. Il affirme que les droits et libertés font pénétrer des « principes de morale politique » au sein du droit, par des standards explicites ou implicites. En suivant sa conception des droits, le pendant de l'affirmation « code is law » pourrait donc être que « le code est morale ».

Quels sont les droits moraux ayant préséance sur les raisonnements utilitaristes des entreprises du numérique ? Dans ce domaine en particulier, la morale déontologique humaniste est celle qui prédomine face à la peur de remplacer l'humain par la machine. Primavera De Filippi donne l'exemple d'une voiture autonome, pouvant achever au moyen de la blockchain un service de taxi, l'achat de pièces de rechange, et pouvant ultimement assurer l'achat d'autres véhicules par elle-même³⁸. Il s'agit alors de « permettre à l'homme de garder la main »³⁹, de replacer l'humanité au cœur du jeu algorithmique, de prendre conscience que celui-ci ne peut se limiter à être une simple variable dans un programme. Cet axe semble même être celui maintenant privilégié par le discours politique lorsqu'il en vient à la question des algorithmes⁴⁰.

36. John RAWLS, *A Theory of Justice*, Cambridge, Harvard University Press, 1971. Dans cet ouvrage, Rawls énonce une théorie de priorité des droits selon laquelle « le juste précède le bien », adoptant l'inverse d'une posture utilitariste. Autrement dit, ce n'est pas le bien qui définit la valeur morale, mais bien la valeur morale définit le bien.

37. Ronald DWORKIN, *L'empire du droit*, Paris, Presses Universitaires de France, 1994, p. 468

38. Primavera DE FILIPPI, « La blockchain au service d'une nouvelle gouvernance », intervention à la conférence l'Echappée du 28 mai 2016, Fontainebleau (France), en ligne : <<https://www.youtube.com/watch?v=2KVzamQmOWw>>.

39. CNIL, Rapport de la CNIL, *Comment permettre à l'homme de garder la main ? Les enjeux éthiques des algorithmes et de l'intelligence artificielle*, décembre 2017.

40. Déclaration de M. Cédric O., secrétaire d'État français au numérique sur l'intelligence artificielle, au Sénat le 2 octobre 2019.

À la suite de la prise de conscience des dérives algorithmiques, les droits sont donc devenus prioritaires sur le raisonnement utilitariste résultant d'une morale humaniste dans l'univers numérique. Dans quelle mesure ce retour des droits impacte la justification des entreprises et l'utilitarisme du code ?

Le discours utilitariste des entreprises est le plus simple à changer. Ajouté au désir d'inspirer confiance à leurs clients, il est en effet aisé d'instiller des éléments de langage dans leur communication pour satisfaire la personne publique et le consommateur, ou bien d'élaborer des chartes éthiques. La situation reste toutefois bien différente au niveau du code. L'architecture technique ne changeant pas, les algorithmes continuent de reposer sur des raisonnements utilitaristes pouvant favoriser la violation des droits⁴¹. La plupart des violations des droits ne sont en effet pas dues à des comportements délibérés, mais plutôt à un manque de précaution ou de formation juridique et éthique : les ingénieurs ne font souvent que reproduire des stéréotypes qui existent dans les outils ou produits traditionnels, le plus souvent ethniques. On peut espérer qu'à terme ces droits seront mieux respectés par la prévention de ces problèmes ; mais le prisme numérique restera la traduction binaire d'une situation réelle, en particulier dans le secteur du Big data. Le numéro d'équilibriste des entreprises du numérique consiste donc à gérer ces risques tout en influençant les pouvoirs publics sur l'élaboration des normes⁴². Mais le code reste moral, et il n'est pas sûr qu'elle soit toujours ce que désire la société dans sa gouvernance algorithmique. Est-ce une fatalité technique ou

41. J.P. BARLOW, préc., note 10 : des journalistes ont découvert que l'entreprise de livraison de repas à domicile Deliveroo avait utilisé les possibilités techniques de sa plateforme pour traquer des livreurs manifestant pour une augmentation de salaire avant de les défavoriser dans leurs choix de quart de travail (*shifts* soit heure à laquelle ils signalent à l'application qu'ils sont disponibles pour livrer) ou de les licencier. Deliveroo s'est toujours défendu de « collaborations » respectueuses des coursiers. Cet exemple illustre le décalage entre la communication policée d'une entreprise autour des droits, et la réalité brute des possibilités de l'algorithme pour l'emploi d'un raisonnement utilitariste.

42. L'instauration d'un « droit voisin » au profit des éditeurs de presse par la Directive droit d'auteur du 26 mars 2019 a vu Google entrer dans une séquence de lobbying d'une rare intensité, allant jusqu'à afficher sur ses pages des fiches expliquant le danger d'un tel droit : *Droit d'auteur dans le marché unique numérique*, Parlement européen, 2019, en ligne : <[https://oeil.secure.europarl.europa.eu/oeil/popups/fichprocedure.do?lang=fr&reference=2016/0280\(COD\)](https://oeil.secure.europarl.europa.eu/oeil/popups/fichprocedure.do?lang=fr&reference=2016/0280(COD))>.

existe-t-il des moyens que la puissance publique peut exploiter pour faire au mieux respecter les droits ? La réponse se situe sûrement entre les deux, et nécessitera l'optimisation de deux valeurs en conflit, tout en prenant en compte qu'il paraît difficile de rogner sur les droits dans un contexte de méconnaissance de la technologie.

III. VERS UNE ACTION PUBLIQUE EFFICACE ET RAISONNÉE

Dans le schéma tel qu'esquissé, l'action publique devrait s'articuler autour de quatre niveaux : celui des algorithmes, celui des données, celui de la formation, et celui de la puissance publique même.

Il conviendrait premièrement de développer l'explainabilité des algorithmes afin de mettre en évidence les vices d'un raisonnement exclusivement utilitariste. À partir de ce constat, les modèles algorithmiques pourraient être corrigés en codant des exceptions déontologiques sur des enjeux cernés pour les droits par l'étude des finalités et variables de l'algorithme. Une partie de la solution serait donc de prendre les devants en « codant » une morale par approche contextuelle, selon les valeurs constitutionnellement consacrées⁴³.

à Dans un troisième temps, la formation serait un levier que la puissance publique possède pour limiter le développement de raisonnements utilitaristes au sein des entreprises du numérique. Former les développeurs en éthique et en droit est une solution qui commence à être mise en œuvre dans l'enseignement supérieur. Plus encore, il faudrait que les directions juridiques soient considérées comme des moteurs d'innovation par la structure managériale plus qu'une simple entité vouée à gérer des risques. Des solutions nouvelles pourraient se faire jour, mais celles-ci devront se fonder sur des droits au risque

43. Dans le cas de l'algorithme d'évaluation des risques médicaux pour les besoins de soin complémentaires, la valeur « égalité » à partir de laquelle est tirée le principe de discrimination impliquerait d'apporter un soin particulier aux populations montrées comme fragiles dans le domaine par les enquêtes socio-économiques, en corrigeant artificiellement l'équation ou en prenant réellement en compte toutes les valeurs de l'équation.

d'être considérées comme de simples contraintes dans le prolongement d'une théorie économique des droits⁴⁴.

Dans un dernier temps, la puissance publique doit opérer une gestion des risques efficace en amont du développement technologique pour empêcher le recours systématique au raisonnement utilitariste par défaut. À l'instar du RGPD, il serait bon de revaloriser une approche de « rights by default » en faisant peser plus de risques sur les entreprises en cas de violation des droits. L'utilisation combinée de principes directeurs, de sanctions pécuniaires élevées et de la confiance en un pouvoir judiciaire avisé permettrait de remplir un tel objectif.



Dans un contexte où elle a longtemps voulu faire appliquer un droit étatique traditionnel, l'action publique doit se réinventer pour réaffirmer les droits de chacun face au raisonnement utilitariste des grandes entreprises du numérique. L'utilitarisme est certes une morale que l'on partage tous, d'une rare praticité lorsqu'il s'agit de prendre des décisions quotidiennes ; mais il ne peut s'agir d'une réponse unique dans un environnement où la normativité est élaborée en réseau. Face à cela, il s'agirait pour la puissance publique de prendre les droits au sérieux. En somme, d'élaborer une nouvelle morale numérique.

44. Sur ce sujet, voir Ronald H. COASE, « The problem of social cost », (1960) 3 *The Journal of Law and Economics* 1.

