

LE DROIT A LA TRANSPARENCE, 30 ANS APRES

Noëlle Lenoir, 4 mai 2018

Lorsqu'a été publié en 1987 l'ouvrage collectif que j'ai écrit avec mes deux fidèles collègues et amis du Conseil d'Etat, Bruno Lasserre et Bernard Stirn, intitulé « *La Transparence administrative* », le concept visait alors uniquement les nouvelles procédures de contrôle citoyen sur le pouvoir : ces procédures étaient issues de trois lois, qui à l'époque bouleversait les habitudes de l'administration : la loi Informatique et Libertés du 6 janvier 1978 (qui a créé la Commission Nationale de l'Informatique et des Libertés, la CNIL), la loi du 17 juillet 1978 sur l'accès aux documents administratifs (qui a créé la Commission d'accès aux documents administratifs, la CADA) et enfin la loi du 11 juillet 1979 sur la motivation des actes administratifs (qui oblige l'administration à motiver en fait et en droit toutes décisions individuelles défavorables).

Il est un fait indéniable : la France était en retard en matière de transparence, notamment par rapport aux pays nordiques (la Finlande, par exemple, s'est dotée d'une loi d'accès aux documents administratifs en 1951) ou anglo-saxons (le *Freedom of Information Act* aux Etats-Unis qui donne un droit d'accès aux documents des agences du gouvernement fédéral date de 1967). Depuis, les réformes initiées par le Président Valéry Giscard-d'Estaing en matière de transparence, la France a comblé son retard. Notre pays a clairement opté en effet pour l'Open Data pour les données publiques en prévoyant leur libre réutilisation. En atteste le site internet data.gouv.fr piloté par Laure Lucchesi qui, sous l'autorité du Premier ministre, dirige la mission Etalab créée pour gérer la politique d'ouverture et de partage des données publiques en France.

Sur le plan philosophique, la notion de transparence, telle que traduite en droit, répond à une double inspiration. La première – libérale – est effectivement celle du contrôle du pouvoir par les citoyens. Pour Benjamin Constant, l'un des chantres du libéralisme, « *la meilleure garantie contre l'arbitraire, c'est la publicité* ». C'est aussi un idéal hérité des Lumières. En ce sens, la transparence – l'opposé même du secret d'Etat – a une forte charge démocratique. Mais la notion a également une autre connotation. C'est un concept que l'on dit lié au protestantisme qui veut que le salut dépende de soi et non d'une autorité supérieure, politique ou spirituelle. La transparence renvoie à l'idée que pour préserver l'intégrité morale des individus, il faut pouvoir connaître, et le cas échéant, dénoncer ce qu'ils sont et ce qu'ils font. Ainsi, par exemple, en Suède, tout citoyen est en droit d'obtenir la communication de la feuille d'impôts de quiconque et sans invoquer aucun motif particulier. La transparence est en ce sens la condition d'un contrôle social de tout un chacun sur toutes et tous, comme moyen de lutter contre les comportements déviants, et spécialement bien sûr la corruption. Ce n'est pas un hasard si l'ONG la plus connue dans la lutte contre la corruption s'appelle « Transparency International ».

A. ***Instrument de régulation économique, la transparence est devenue un des outils majeurs du contrôle démocratique***

La régulation du marché sous-tendue par une concurrence « libre et non faussée » a très tôt conduit à imposer un principe de transparence. L'exemple le plus achevé en est la procédure d'appels d'offres « ouverte, transparente et non discriminatoire » selon les termes de la jurisprudence européenne en matière d'attribution des marchés publics, des concessions et maintenant des autorisations d'occupation du domaine public. La Cour de Justice de l'Union européenne (CJUE) ¹justifie la nécessité d'une mise en concurrence préalable, publiée et donc transparente du fait que « ... le nombre d'autorisations disponibles pour une activité donnée est limité en raison de la rareté des ressources naturelles ou des capacités techniques utilisables », ce qui exige que « les États membres appliquent une procédure de sélection entre les candidats potentiels qui prévoit toutes les garanties d'impartialité et de transparence ». Clairement, la transparence est une garantie de moralisation de l'action publique. Les législations économiques européennes, notamment relatives aux marchés publics et concessions, posent en principe l'obligation de transparence des procédures publiques. Celle-ci en France a été consacrée, sous l'impulsion du droit européen, pour la première fois par la loi « Sapin I » du 29 janvier 1993 relative à « la prévention de la corruption et à la transparence de la vie économique et des procédures ». La loi comportait d'ailleurs, outre l'obligation de procédures ouvertes et transparentes pour l'attribution des délégations de service public (ou concessions), une série d'autres dispositions allant toutes dans le même sens de la moralisation, qu'il s'agisse du financement des campagnes électorales et des partis politiques, de l'urbanisme commercial, des prestations de publicité ou encore de la lutte contre le blanchiment de capitaux.

De même, c'est pour garantir un contrôle public des opérateurs économiques (avant tout les sociétés faisant appel public à l'épargne) que le législateur européen a prévu des **obligations de reporting financier et non financier**². La publication d'informations extra financières, imposée par une directive de 2014³, pèse sur un nombre très élevé de sociétés (les entreprises cotées de plus de 500 salariés ou plus de 40 millions d'euros de chiffre d'affaires, ainsi que les banques,

1 CJUE, 14 juillet 2016, *Promoimpresa*, C-458/14 et C-67/15.

2 En revanche, le législateur européen est resté longtemps bien moins prescriptif que la France en ce qui concerne la publicité donnée à la rémunération des dirigeants. Ce n'est que depuis une directive 2017/828/UE du 17 mai 2017 « en vue de promouvoir l'engagement à long terme des actionnaires » que sont imposées aux sociétés cotées une série d'exigences en matière de transparence : (i) la transparence des investisseurs institutionnels et des gestionnaires d'actifs (gérant les intérêts à long terme des investisseurs institutionnels) qui souvent ne sont pas transparents quant à leur stratégie d'investissement vis-à-vis des actionnaires ; (ii) la transparence des conseillers en vote qui formulent des recommandations sur la manière de voter lors des assemblées générales et dont le poids va croissant alors que leurs mode de conduite est opaque ; (iii) enfin la transparence de la rémunération des dirigeants car, indique la directive, les actionnaires ont leur mot à dire sur la politique de rémunération et doivent pouvoir procéder à un vote contraignant ou consultatif sur cette politique en se fondant sur une vue d'ensemble claire, compréhensible et complète de la politique de rémunération de la société.

assurances, mutuelles et coopératives) et un nombre non moins élevé d'informations sur l'impact environnemental et social de leurs activités, au respect des droits de l'homme et à la lutte contre la corruption ainsi que sur leur politique de diversité dans les organes de gouvernance. Transparence, éthique et moralisation sont là encore étroitement associées, et à cet égard l'Europe est en avance sur les Etats-Unis dont les sociétés n'ont pas les mêmes contraintes de publicité.

En dehors du marché, la transparence est nettement un instrument privilégié du contrôle de l'administration et du politique, dont l'importance est soulignée en filigrane de l'**article 15 de la déclaration des droits de l'homme et des citoyens** suivant lequel «**La Société a le droit de demander compte à tout Agent public de son administration** ». L'article 41 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne (la Charte) instaure de même un « droit à une bonne administration » comportant le droit d'être entendu avant toute mesure individuelle défavorable, le droit à la motivation des décisions administratives et le droit d'accès aux documents administratifs ; tous droits que consacrent de nos jours le code des relations entre le public et l'administration institué en 2015 pour regrouper les dispositions régissant les rapports administration/public (dont les lois de 1978 et 1979 visées plus haut)⁴.

C'est la même idée de renforcement du contrôle citoyen dans une société démocratique et libérale qui a inspiré les **législations successives en matière de moralisation de la vie publique**, avec l'obligation de rendre publiques les déclarations d'intérêts et d'activité des élus et ministres, et même la déclaration patrimoniale des ministres, celle des parlementaires étant accessible à tout citoyen au niveau de la préfecture. Là encore, on retrouve l'exigence de transparence dont il appartient à la Haute Autorité pour la Transparence de la Vie Publique d'assurer le respect. Pour avoir exercé pendant quelques temps les fonctions de déontologue de l'Assemblée nationale, je puis vous assurer que la tâche consistant à demander des comptes aux Parlementaires, est loin d'être facile. Le secret est revendiqué en effet par les élus comme un moyen de se mettre à l'abri de la vindicte de leurs adversaires (souvent dans leurs propres partis) et donc de la presse considérée comme propageant trop souvent, dans la hâte du scoop, des informations malveillantes sans les avoir validées auparavant. Il n'est pas étonnant dans ces conditions qu'il ait fallu s'y reprendre à plusieurs reprises pour que, bon gré mal gré, la

3 La directive du 22 octobre 2014 n° 2014/95/UE en ce qui concerne la publication d'informations non financières et d'informations relatives à la diversité par certaines grandes entreprises et certains groupes, s'inscrit dans la ligne de la responsabilité sociale d'entreprise.

4 La motivation des décisions est une règle que le droit de l'Union a garantie depuis longtemps, et qui est aujourd'hui affirmé à l'article 296 du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne, le TFUE). Pour la Cour de justice européenne, l'obligation de motivation prévue dans les traités « *ne répond pas seulement à un souci formel mais vise à donner aux parties la possibilité de défendre leurs droits* » (arrêt du 4 juillet 1963, RFA c/ Commission, Aff. 24-62). Cet état du droit de l'Union n'a pas conduit le juge constitutionnel français à admettre cependant une généralisation de l'obligation de motivation (Conseil constitutionnel, 1er juillet 2004, déc. n° 2004-497 DC)

transparence des activités annexes des élus et de leurs collaborateurs ne devienne la norme. Il est illustratif qu'à propos de la dernière loi en date – loi du 15 septembre 2017 pour la confiance dans la vie politique - ait été évoqué un « choc de confiance », en allusion à la radicalité de certaines mesures de transparence à prendre pour rétablir le crédit des politiques dans l'opinion.

Dernier sous-produit de la transparence, la **communicabilité de certains éléments de la feuille d'impôt**. On se souvient du scandale provoqué par la publication en 1989 de la déclaration d'impôt de Jacques Calvet par le Canard Enchaîné, montrant que la PDG de Peugeot parvenait à réduire très sensiblement son imposition par le jeu des niches fiscales. Alors que le journal avait été condamné en appel pour recel de violation de secret fiscal, la Cour européenne des droits de l'homme a estimé en 1999 devoir faire primer la liberté de la presse, car « *si elle ne doit pas franchir certaines limites (...), il lui incombe néanmoins de communiquer, dans le respect de ses devoirs et de ses responsabilités, des informations et des idées sur toutes les questions d'intérêt général* ». En France, peu le savent, mais chaque citoyen est en droit de prendre des renseignements sur les revenus et l'impôt sur le revenu de n'importe quel autre contribuable du département, simplement en se rendant muni d'une pièce d'identité dans les locaux de la direction départementale des finances publiques.

Ce n'est pas le lieu d'évoquer ici la **question des lanceurs d'alerte** ; c'est un sujet à mon sens différent dès lors que la procédure en est principalement confidentielle. Je noterais seulement qu'avec les lanceurs d'alerte, invités à dénoncer par des voies internes comme externes, les comportements déviants qu'ils constatent, on assiste à un glissement du principe de transparence. Le lanceur d'alerte est différent de l'informateur qui joue le rôle de source pour des journalistes, bien qu'à titre ultime, le lanceur d'alerte puisse choisir de transmettre des informations à la presse, mais alors publiquement. Ce fut le cas d'Edward Snowden par exemple, ancien informaticien de la CIA et de la NSA aux Etats-Unis, qui a révélé les détails des programmes de surveillance de ces deux agences. Cette affaire a suscité un débat au plan mondial, dont le résultat a été notamment la consécration légale dans plusieurs pays européens de l'alerte professionnelle. En France, le statut des lanceurs d'alerte a été uniformisé par la loi Sapin II du 9 décembre 2016, tandis que la Commission européenne vient de proposer le 23 avril 2018 une directive pour doter l'alerte professionnelle d'un encadrement juridique dans l'ensemble de l'Union⁵. A travers le lanceur d'alerte, la transparence n'est plus un outil de contrôle des pouvoirs, mais un facteur de contrôle social généralisé face à l'impuissance des pouvoirs publics inaptes à détecter tous les comportements déviants. Le lanceur d'alerte est conçu comme pouvant remédier à cette incapacité, en se faisant le collaborateur du service public de la justice. Il révèle dans l'entreprise et auprès des autorités publiques compétentes

⁵ Voir Noëlle Lenoir, Alizée Dill, Hélène Bérion « Alerte professionnelle et protection des données personnelles » in JCP Edition Générale, n°19-20, 7 mai 2018.

(autorités administratives et judiciaires)⁶ des pratiques qui, sans cela, seraient restées couvertes du manteau de l'omerta, fruit tout autant de scrupules moraux que de la crainte de représailles. Il reste que la légalisation valant encouragement de l'alerte professionnelle constitue un bouleversement sans précédent dans des pays comme la France, où la dénonciation pour des raisons culturelles et historiques a été jusqu'ici assimilée à la délation plutôt qu'à une œuvre de salut public.

Le Conseil constitutionnel fait au demeurant écho à l'ambivalence de la transparence en relevant le conflit de valeurs auquel donne lieu la transparence. Le Conseil met en balance le droit à la vie privée issu de l'article 2 de la déclaration des droits de l'homme et du citoyen sur la liberté individuelle, et l'intérêt général de la transparence des informations, par exemple pour garantir la probité et l'intégrité de l'action publique, s'agissant des élus et ministres. A la lumière de cet équilibre à respecter, il a estimé que « *l'obligation de dépôt auprès d'une autorité administrative indépendante des déclarations d'intérêts et d'activités et des déclarations de situation patrimoniale des membres du Parlement a pour objectif de renforcer les garanties de probité et d'intégrité de ces personnes, de prévention des conflits d'intérêts et de lutte contre ceux-ci* » tout en censurant obligation de déclarer les activités professionnelles exercées par les enfants et les parents du déclarant comme portant une atteinte disproportionnée au droit au respect de la vie privée⁷. Il a en revanche admis la constitutionnalité de l'obligation faite aux parlementaires de publier des informations relatives à leur détention de participations dans des sociétés de conseil⁸. Jusqu'où le citoyen peut-il s'ingérer dans la vie privée des dirigeants politiques et des élus au nom du contrôle démocratique ?

L'équilibre entre transparence et droit à la vie privée n'est certainement pas définitif, de même que c'est en fonction d'abus éventuels de l'usage de l'alerte professionnelle que se dessinera la jurisprudence encadrant la pratique. Le contrôle social de chaque citoyen sur ses concitoyens ne peut être un progrès de civilisation qu'encadré strictement pour éviter les débordements que la haine ou la jalousie peuvent générer. Pour l'instant, on n'en est pas là ; le fléau de la balance étant plutôt en défaveur des lanceurs d'alerte qui ont payé de leur carrière et de leur tranquillité les dénonciations qu'ils eurent le courage de faire.

6 Selon la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme, l'alerte professionnelle doit respecter une procédure de signalement graduée : le lanceur d'alerte doit en principe d'abord prévenir son supérieur hiérarchique ou un collègue, puis en cas d'inertie une autorité publique, puis en dernier recours et de manière publique la presse. *CEDH, gr. ch., 12 févr. 2008, n° 14277/04, Guja c/ Moldova : JurisData n° 2008-010477. - CEDH, 19 févr. 2009, n° 4063/04, Marchenko c/ Ukraine. - CEDH, 21 juill. 2001, n 2874/08, Heinisch c/ Allemagne. - CEDH, 8 janv. 2013, n° 40238/02, Bucur et Toma c/ Roumanie.*

7 Déc. Conseil constitutionnel n°2013-675 DC et 2013-676 DC du 9 octobre 2013 sur les lois relatives à la transparence de la vie publique.

8 Déc. Conseil constitutionnel n° 2017-752 DC et 2017-753 DC du 8 septembre 2017 sur les lois pour la confiance dans la vie politique.

B. **Expression de l'aspiration à la transparence, le principe du droit à l'algorithme s'est imposé en France avant les autres pays**

Le droit à l'algorithme, c'est-à-dire celui de connaître les processus et instructions sur la base desquels un traitement informatisé a été mis en œuvre, paraît être **une spécificité française**. Des débats ont lieu dans des enceintes internationales (UNESCO par exemple) sur la problématique de la « transparence algorithmique », mais la France est apparemment le seul ou l'un des rares pays à avoir franchi le pas. La CADA a d'ailleurs été précurseur quand en 2015 – plus d'un an avant la loi pour une République numérique du 7 décembre 2016 – elle a décidé que les algorithmes étaient des documents administratifs communicables : le chercheur qui l'avait demandé a ainsi pu prendre connaissance du code source (défini par la CADA comme « *un ensemble de fichiers informatiques qui contient les instructions devant être exécutées par un microprocesseur* ») de la direction générale des finances publiques du ministère des finances simulant le calcul de l'IRPP⁹. L'administration des finances invoquait le fait que « *le code source de l'application de calcul de l'impôt sur le revenu des personnes physiques se composait de nombreux fichiers nécessitant un lourd traitement pour être rendus exploitables, de sorte que le document sollicité devait être regardé comme inexistant, en l'absence de traitement automatisé d'usage courant susceptible d'en produire une version compréhensible* ». Tout en relevant que la loi sur l'accès aux documents administratifs « *ne fait pas obligation à l'administration d'élaborer un nouveau document, notamment un document qui n'existerait pas en l'état et ne pourrait être obtenu que par une opération excédant un simple traitement automatisé d'usage courant* », la CADA n'en considère pas moins que « *l'appréciation de l'administration selon laquelle la réutilisation envisagée se heurterait à des difficultés techniques, voire à une impossibilité matérielle, ne saurait fonder le refus de communiquer le document sollicité dans l'état où l'administration le détient* » et qu'ainsi le code source doit être communiqué tel qu'utilisé par l'administration. L'avis de la commission sur le code source APB est tout aussi net¹⁰. La commission indique tout d'abord que « *les fichiers informatiques constituant le code source ou algorithme sollicité, produits par l'Institut national polytechnique de Toulouse pour le ministère de l'éducation nationale, de l'enseignement supérieur et de la recherche dans le cadre de leurs missions de service public respectives, revêtent le caractère de documents administratifs* » ; puis elle considère que « *ce code est, de ce fait, communicable à toute personne qui le demande* », précisant que « *il doit être communiqué, au choix du demandeur et dans la limite des possibilités techniques de l'administration, par la délivrance d'une copie sur un support compatible avec celui qu'elle utilise, aux frais du demandeur, ou par courrier électronique et sans frais*. Elle fait également valoir que « *en vertu de l'article L321-1 [du code des relations entre le public et*

9 Avis 20144578, 8 janvier 2015

10 Avis 20161989, 23 juin 2016.

l'administration]¹¹ *relatif à la réutilisation des informations publiques, et à moins que des tiers à l'administration détiennent des droits de propriété intellectuelle sur ce code, il peut être utilisé par toute personne qui le souhaite à d'autres fins que celles de la mission de service public de l'administration fiscale* ».

La loi sur la République numérique du 7 octobre 2016 n'a donc fait que consacrer ce droit en précisant la portée. Selon son décret d'application du 14 mars 2017, chaque individu peut d'obtenir sous une forme « *intelligible* » (i) le degré et le mode de contribution du traitement algorithmique à la prise de décision le concernant ; (ii) les données traitées et leurs sources ; (iii) les paramètres de traitement et leur pondération appliqués à sa situation et enfin (iv) les opérations effectuées par le traitement. Dans sa délibération sur le projet de décret¹², la CNIL ne manque pas de souligner que ce droit nouveau contribue « *à assurer la transparence publique* », un objectif qu'elle partage tout en rappelant le rôle éminent joué par la CADA pour la concrétisation de ce droit.

La CNIL ne manque pas de rappeler cependant, comme à chaque fois qu'elle en a l'occasion, qu'aucune décision ne doit uniquement reposer sur un traitement automatisé. Ce qui peut paraître quelque peu contradictoire avec l'idée que, pour garantir l'impartialité des décisions de l'administration et ainsi l'information des citoyens sur les critères retenus dans la décision prise les concernant, la connaissance de l'algorithme est la forme modernisée et renforcée de la motivation des décisions administratives. Elle est modernisée car, loin d'ajouter de l'opacité, l'informatique permet aux administrés d'avoir accès à des processus administratifs même s'ils sont complexes. Elle est renforcée, car comme on l'a vu, l'exigence de motivation ne concerne en principe que les décisions individuelles défavorables ; ici, ce sont toutes les décisions – favorables comme défavorables - qui font l'objet du nouveau droit à l'algorithme.

Il reste qu'en Europe l'informatique est sous haute surveillance, dans l'idée que Big Data et Big Brother n'est peut-être pas aussi loin qu'on ne l'imagine. D'où l'affirmation que **l'être humain ne se réduit pas à un algorithme** ! Le nouveau règlement général européen sur la protection des données (RGPD) ; destiné à entrer en vigueur le 25 mai 2018, érige ainsi en « *droit* » fondamental celui « *d'obtenir une intervention humaine, d'exprimer son point de vue, d'obtenir une explication quant à la décision prise à l'issue de ce type d'évaluation et de contester la décision* » (considérant 71 du règlement). Rappelons que c'est l'absence d'intervention humaine qui avait conduit à la CNIL à adresser en août 2017¹³ concernant APB au gouvernement une mise en demeure, sous un délai de trois mois, de « *cesser de prendre des décisions concernant des*

11 Selon cet article, "*les informations figurant dans des documents produits ou reçus par les administrations..., quel que soit le support, peuvent être utilisées par toute personne qui le souhaite à d'autres fins que celles de la mission de service public pour les besoins de laquelle les documents ont été produits ou reçus.*"

12 Délibération n°2017-023 du 16 février 2017.

personnes sur le seul fondement d'un algorithme destiné à définir le profil de l'intéressé ; en particulier, prévoir une intervention humaine permettant de tenir compte des observations des personnes ;» et, entre autres, prescriptions « *mettre en œuvre une procédure effective de traitement des demandes de droit d'accès garantissant la transmission aux personnes des informations permettant de connaître et de contester la logique qui sous-tend le traitement APB* ».

Leçon reçue cinq sur cinq par le législateur à propos de Parcoursup qui remplace APB ; la CNIL relevant dans sa délibération du 22 mars 2018 sur le projet d'arrêté autorisant la mise en œuvre du traitement Parcoursup¹⁴ que le nouveau dispositif « *permet une forme d'intervention humaine à deux égards, dans la mesure où, d'une part, il est prévu la possibilité pour un candidat de faire valoir, sous certaines conditions, des circonstances exceptionnelles tenant à son état de santé, à son handicap, à son inscription en tant que sportif de haut niveau ou à ses charges de famille et pouvant conduire au réexamen de sa candidature et, d'autre part, d'engager un dialogue avec le recteur en cas d'absence de proposition d'affectation afin de se voir proposer une inscription dans une formation la plus proche possible des vœux formulés* ». On retrouve cette même préoccupation d'humanisation et de personnalisation des décisions dans le texte dont sera issue la nouvelle loi Informatique et Libertés, dont l'article 10 prévoit que l'administration qui prend des décisions à partir de traitements automatisés « *s'assure de la maîtrise du traitement algorithmique et de ses évolutions afin de pouvoir expliquer, en détail et sous une forme intelligible, à la personne concernée la manière dont le traitement a été mis en œuvre à son égard* ».

Il est vrai que, sans contrôle de leur utilisation, les algorithmes d'aide à la décision, de par leur puissance et leur capacité d'adaptation en fonction du *machine learning*, peuvent déboucher sur une forme nouvelle de déterminisme au travers de la prédictibilité des comportements humains. Or cette prédictibilité des conduites humaines va directement à l'encontre des présupposés de la tradition humaniste libérale qui veut que chaque femme et chaque homme soit responsable de ses actes et ait la possibilité – et le devoir- de choisir le bien plutôt que le mal¹⁵. Aussi est-il logique que, vu l'importance du numérique pour l'orientation scolaire, universitaire ou professionnelle, son utilisation fasse l'objet d'une attention particulière de la

13 Décision n° MED-2017-053 du 30 août 2017 mettant en demeure le ministère de l'Enseignement Supérieur, de la Recherche et de l'Innovation.

14 Délibération n°2018-119 du 22 mars 2018.

15 Voir le très intéressant article paru sur le site de Project Syndicate de Mark Maccarthy « the Politics of Machine Learning Algorithms », 3 mai 2018
<https://www.project-syndicate.org/commentary/algorithms-lead-to-chinese-style-communitarianism-by-mark-maccarthy-2018-05>

part de la CNIL dans son dernier rapport d'activité pour 2017¹⁶. La CNIL y relève que si, comme les algorithmes eux-mêmes, les *learning analytics* ou « analyses de l'apprentissage » sont légitimes dans leur principe, ils requièrent une certaine prudence au regard des modèles de comportements qu'ils peuvent être amenés à établir pour prédire des situations d'échecs, des abandons dans certaines formations en ligne, pour détecter des élèves à risque, pour les affecter dans une filière « adaptée à leur profil ».

Cette mise en garde est bien la preuve qu'en réalité la technique ne soulève pas de questions éthiques – en l'occurrence celles de la dialectique entre liberté et facteurs de déterminisme – sensiblement différentes de celles soulevées par les philosophes ou les juristes de l'ancien temps !

Pour conclure :

La transparence est un impératif démocratique, qui ne doit cependant pas devenir totalitaire. Les citoyens, comme les entreprises (secret des affaires), ont aussi droit à la protection de leur vie privée pour protéger leur liberté de choix et de mouvement, l'individu dans la société, l'entreprise sur le marché. La transparence, qui est d'intérêt public, doit être mise en balance avec l'intérêt privé du quant à soi.

Quant à la transparence algorithmique, elle ne devrait pas non plus faire obstacle au mandat qu'ont les responsables politiques de conduire les affaires de la nation, et qu'a l'administration pour exécuter les choix politiques. Cela étant rappelé, le droit à l'algorithme, introduit dans le droit français, pourrait utilement devenir un principe du droit européen, car il est une des conditions du contrôle démocratique. Il est un antidote à l'arbitraire. Comme tout droit cependant, il ne vaut que s'il est effectif. Or il ne sera effectivement protecteur que si les citoyens sont à même de tirer les enseignements de la connaissance des algorithmes qui leur seront opposés. On ne peut donc que souhaiter une sérieuse réforme de l'enseignement pour que l'apprentissage de la lecture et de l'écriture dès le plus jeune âge inclue le langage informatique. A défaut, l'éducation du citoyen ne serait pas complète, car ce serait obliger les moins formés et les moins bien informés à s'en remettre à des officines pour l'interprétation des algorithmes les concernant.

Le second impératif est la formation des juges qui en dernière analyse feront vivre le droit à l'algorithme. Là encore, il y a du chemin à parcourir. La France est certainement en avance en ayant adopté le principe la transparence algorithmique. Il lui reste à adapter son système d'enseignement et de formation pour rendre effectif ce droit nouveau.

¹⁶ https://www.cnil.fr/sites/default/files/atoms/files/cnil-38e_rapport_annuel_2017.pdf