

COMPTE-RENDU DU SEMINAIRE PRIAM DU 16 OCTOBRE 2007 L'EFFICACITE DU DROIT

Joël Moret-Bailly, Daniel Le Métayer

Les travaux du projet PRIAM, qui vise à la construction de solutions viables à la fois informatiquement et juridiquement, nous ont amené à nous poser la question de « l'efficacité » des dispositifs juridiques : il s'agit d'analyser la manière dont le droit peut peser sur les actions, dans le but de construire un modèle de régulation juridique efficace en ce qui concerne les échanges entre objets communicants autonomes.

Nous avons décidé, pour ce faire, de faire appel à des compétences permettant de multiplier les types de regards disciplinaires autour de l'efficacité du droit : la technique juridique liée aux nouvelles technologies et aux droits d'auteur (Aurélien Bamdè, doctorant à Paris 2); la dimension juridique dans le cadre de l'évaluation des politiques publiques (Virginie Gautron, maître de conférences à Nantes) ; la théorie du droit (Joël Moret-Bailly, maître de conférences à Saint Etienne).

Ont participé à la réunion, outre les trois personnes précitées, trois membres de du projet PRIAM : Daniel Le Métayer, Marine Minier, Stéphane Ubeda.

La réunion a débuté par une présentation du projet par Daniel Le Métayer ; elle a continué par les trois exposés des intervenants, ponctués de débats. Elle s'est tenue de 10 heures à 17 heures.

À partir, tant des interventions que des débats, la journée a permis l'accord des participants sur le sens d'un certain nombre de concepts utiles à la recherche : pertinence, effectivité, efficience, efficacité. Elle a, en outre, permis de présenter un certain nombre de « modèles d'organisation juridique » des relations sociales. Le croisement entre les concepts et les modèles va permettre l'établissement d'une grille de classification utile dans le choix des modèles technologiques et juridiques à construire ou en construction dans le cadre du projet.

Les concepts

Les définitions suivantes ont fait l'objet d'un accord entre les participants à la réunion :

Pertinence (ou adéquation « a priori ») : adaptation des règles à l'obtention du but poursuivi (le port de la ceinture serait non pertinent si le but recherché était de limiter le nombre d'accidents).

Effectivité : application réelle des règles par les acteurs (le port de la ceinture de sécurité est effectif : les conducteurs la mettent).

Efficience : emploi de ressources (financières et humaines...) minimales pour mettre en œuvre de la règle ; il s'agit d'une sorte d'efficacité économique.

Efficacité : production réelle des effets recherchés (le port de la ceinture est inefficace si le but recherché est de limiter les conséquences des accidents les plus graves ; il est efficace si le

but porte plutôt sur les accidents légers ; la peine de mort n'est pas pertinente si le but visé est la baisse de la délinquance -- deux siècles d'histoire...).

Effets : conséquences, voulues ou non, des règles (par exemple effets pervers : la délinquance se réduit sur un territoire examiné, mais se déplace à côté).

À l'aide de ces concepts, on peut estimer que les dispositions légales actuelles en matière de protection des données personnelles sont :

- Partiellement pertinentes (et le deviennent de moins en moins, notamment dans la perspective du déploiement de l' « intelligence ambiante » qui impose la redéfinitions de notions de base comme les « données personnelles » ou le « contrôleur de données »).
- Très partiellement effectives (voir notamment les chiffres publiés par la CNIL concernant le nombre de requêtes d'accès en souffrance)
- Relativement efficaces (notamment, pour ce qui concerne la CNIL, si on met en regard le nombre important de demandes traitées chaque année et la faiblesse des moyens qui lui sont accordés).
- Assez inefficace si on en juge notamment par le pourcentage important d'erreurs constatées dans les fichiers de police (54% en 2006, toujours selon la CNIL).

On peut notamment se reporter à cet égard à la conférence « Reinventing data protection » qui vient de se tenir à Bruxelles les 12 et 13 octobre derniers :

<http://www.fidis.net/press-events/2007-fidis-events/reinventing-data-protection/>

Pour être efficace, il est nécessaire de (1) définir précisément les buts visés (ce que le projet PRIAM s'est attaché à faire lors du premier semestre, concernant la protection de la vie privée dans le contexte de l'intelligence ambiante) et (2) de faire le choix entre différents types de régulations destinés à peser sur les choix et les conduites des acteurs.

Les modèles d'organisation juridique

Toutes les règles ou ensembles de règles juridiques ne pèsent pas de la même manière sur le comportement des acteurs.

On peut schématiser un certain nombre des interventions de la manière suivante, après, toutefois, avoir précisé deux points : 1) les modèles utilisés appartiennent à la catégorie des « types idéaux » ; il s'ensuit que ceux-ci ne se trouvent jamais à l'état « pur » dans la réalité ; mais ils représentent des simplifications utiles pour saisir la réalité. 2) la régulation réelle d'un secteur social, emprunte systématiquement à ces différents modèles même si on peut penser qu'en général, l'un d'eux est dominant.

Les modèles proposés sont au nombre de six :

1. Le modèle « administratif ». Il s'agit, dans ce modèle, d'effectuer un contrôle sur les actes ou les personnes à leur entrée dans le système. Par exemple, les autorisations administratives d'exercer une profession (médecins, avocats) ou une activité (installations classées), ou encore les simples déclarations, mais qui permettent de repérer les acteurs censés appliquer les règles, par exemple les responsables « privés » de traitements automatisés d'informations nominatives. Ce système a l'avantage d'une relative efficacité, mais présente l'inconvénient d'une certaine lourdeur (inefficacité au sens précédent): la régularité de l'action dépend de l'autorisation administrative, à moins que cette lourdeur ne soit tournée par le système de la seule déclaration.

2. La responsabilité. Les différents systèmes de responsabilité ont pour point commun le fait d'organiser la compensation (pécuniaire ou symbolique, sous la forme d'une peine) d'un dommage. L'une de leurs caractéristiques est l'intervention *a posteriori*. Si ces règles pèsent sur les actions, ce ne peut être que dans le cadre d'une « anticipation raisonnable » (Max Weber) des acteurs quant à l'application éventuelle des règles postérieurement à leur action.
3. La déontologie. Le modèle de la régulation déontologique réside dans le fait de faire peser sur l'acteur qui détient le pouvoir dans une relation (par exemple le médecin ou l'avocat) un certain nombre de règles dont le respect semble nécessaire au bon déroulement de la relation. Nous sommes, ici, dans une logique opposée à celle de la responsabilité : il ne s'agit pas de tirer, *a posteriori*, les conséquences d'une situation qui a généré un dommage, mais, *a priori*, de l'éviter.
4. Le contrat. Le modèle du contrat réside dans la liberté reconnue aux acteurs d'organiser leurs relations (avec la limite de l'ordre public, par exemple la loi informatique et liberté, à laquelle on ne peut déroger par contrat). Soulignons, cependant, que ce modèle nécessite, pour être efficace, une autorité de régulation destinée à garantir l'exécution du contrat ou, au moins, la sanction de son irrespect. L'avantage du système réside dans sa simplicité pour l'organisateur du système (les membres s'arrangent eux-mêmes) ; sa limite réside d'une part dans la possibilité de l'absence d'accord, d'autre part dans le caractère illusoire de l'accord si le pouvoir des parties est déséquilibré (les classiques « contrats d'adhésion »).
5. La régulation par le marché. Il s'agit, ici, d'organiser la liberté de la concurrence, l'exercice de cette dernière étant censée permettre d'atteindre le but de la législation, ici le « prix du marché ». Il s'agit, par exemple, de l'organisation des marchés des télécoms de l'énergie.
6. L'absence de régulation. Il s'agit, ici, de considérer que la régulation juridique n'a pas sa place dans les relations concernées, et de laisser la place à la « régulation sociale ». Ce modèle n'est, à l'évidence, pas utilisable dans PRIAM, dans la mesure où des règles, notamment la loi informatique et liberté, existent déjà (sauf à considérer que cette loi ne s'applique pas dans certains cas – échanges de pairs à pairs par exemple).

Encore quatre points doivent-ils être précisés.

D'une part, quelle que soit la modalité de l'organisation, celle-ci ne se fera pas dans un espace juridiquement clos, dans la mesure où il ne sera pas dans le pouvoir des acteurs d'écarter les règles de responsabilité, notamment pénale, susceptibles de saisir leurs activités.

On peut se demander, d'autre part, s'il est possible, dans un système organisé *a minima*, de se passer d'un « juge » interne, et notamment d'un « juge disciplinaire » destiné à sanctionner la violation des règles du groupe (quel que soit leur modèle).

Le modèle le plus pertinent a, en outre, semblé, à l'issue de la journée, le modèle contractuel, dans la mesure où les situations factuelles saisies dans le cadre du projet PRIAM renvoient, justement, en grande partie à des relations éphémères (notamment, personnes qui se croisent et dont les objets communicants peuvent échanger des données, par exemple dans un train ou dans un campus). Encore semble-t-il nécessaire de préciser que le contrat n'est pas un écrit et qu'il ne nécessite pas de signature, puisque le contrat se définit, en droit français, comme un simple « accord de volonté ». Encore cet accord doit-il être « non équivoque » quant à l'objet du contrat, c'est-à-dire que la personne doit savoir à quoi elle s'engage en contractant ; de même l'accord ne peut-il résulter de l'inaction, en aucun cas le silence ne pouvant valoir acceptation (sauf évidemment, contrat prévoyant lui-même, par exemple de « tacite reconduction »).

Enfin, le contrat dont nous parlons ici désigne un « contenant », qui peut contenir des règles ou des ensembles de règles qui obéissent aux différentes logiques évoquées dans le cadre des six modèles analytiques proposés.

Grille de classification

Sur le fondement de ses analyses, il nous paraît pertinent de valider la pertinence des solutions proposées dans le projet à l'aide de la grille suivante :

	Administration	Responsabilité	Déontologie	Contrat	Marché	Absence
Pertinence						
Effectivité						
Efficienc						
Efficacité						
Effets						