

Paris, le 17 décembre 2015

Avis du Défenseur des droits n°15-29

Le Défenseur des droits,

Vu l'article 71-1 de la Constitution du 4 octobre 1958 ;

Vu la loi organique n°2011-333 du 29 mars 2011 relative au Défenseur des droits ;

Le Défenseur des droits émet l'avis ci-joint concernant le projet de loi n°3318 pour une République numérique.

Le Défenseur des droits

Jacques TOUBON

A la demande des rapporteurs de la Commission des lois constitutionnelles, de la législation et de l'administration générale de la République, le Défenseur des droits a formulé ses observations et propositions d'amélioration sur le projet de loi pour une République numérique.

A mesure que s'inscrivent les nouvelles technologies dans le quotidien des français, le Défenseur des droits est de plus en plus régulièrement appelé à intervenir sur des sujets relatifs au numérique.

En matière de protection des droits, il est ainsi saisi de réclamations afférentes : au paiement dématérialisé imposé de certaines cotisations assorti d'une pénalité en cas de refus ; à l'automatisation des procédures à la Poste occasionnant des difficultés pour les personnes âgées ; à la dématérialisation de l'accès à l'information auprès des services publics, contraignant les usagers à se connecter à internet pour connaître l'avancement du traitement de leurs dossiers de prestations ou de remboursement (assurance maladie, Carsat) ; à la dématérialisation des procédures administratives, qu'il s'agisse de demandes de prestation ou d'obligations de déclaration par internet (Caf, services fiscaux).

Le Défenseur a également été alerté sur des questions relatives aux conséquences de la numérisation sur la protection de la confidentialité des données médicales et à la commercialisation de ces données. En matière de discriminations, le Défenseur des droits est saisi de réclamations portant sur le faible niveau d'équipements en télécommunications de certains territoires, ainsi que de réclamations relatives à l'accessibilité numérique pour les personnes sourdes, malentendantes, aveugles et malvoyantes, ou sur le recours à des critères de discrimination interdits pour procéder au *scoring* des clients, fondés sur l'âge, le lieu de résidence ou la nationalité, rendus possibles par les formulaires en ligne remplis pour avoir accès aux biens et services proposés sur internet.

Le numérique a également été investi par le Défenseur des droits sur le champ de la promotion des droits avec :

- la reprise par le Secrétariat général à la modernisation de l'action publique (SGMAP), parmi les 40 nouvelles propositions destinées à simplifier la vie des français, d'une proposition de réforme mise au jour par le Défenseur des droits, concernant la dématérialisation des échanges entre MDPH et CAF/CMSA, afin réduire de manière significative les délais de traitement des dossiers l'allocation aux adultes handicapés (AAH) et de l'allocation d'éducation de l'enfant handicapé (AEEH) ;
- la publication en 2012 d'un rapport intitulé : *Enfants et écrans : grandir dans le monde numérique*;
- la publication, le 3 décembre 2015, d'un guide pratique pour les professionnels du recrutement intitulé *Recruter avec des outils numériques sans discriminer*.

Partant de cette expérience, le Défenseur des droits formule les observations suivantes.

I. Observations générales

La diffusion des équipements mobiles, l'informatisation de la plupart des métiers ainsi que la progression continue des services administratifs en ligne, font de l'usage du numérique une exigence. En aucun cas celui-ci ne doit cependant venir renforcer des facteurs d'inégalité déjà existants, en devenant un vecteur supplémentaire de précarisation et de non recours.

Or, la question de l'accès au numérique ne se limite pas à une question de moyens techniques, ou de course au haut débit : s'il existe une fracture, les terminaux mobiles et les tablettes ouvrent progressivement à des publics économiquement défavorisés un accès à de multiples services. Une population connectée et équipée ne suffit pas à faire une population socialement incluse.

Les « exclus du numérique » ne sauraient être caractérisés en fonction de critères simples que seraient l'âge, le lieu de résidence (les milieux ruraux notamment) ou la catégorie sociale. L'absence de connexion est certes majoritaire dans les trois populations que sont les retraités, les non-diplômés et ceux dont le revenu est inférieur à 900 euros par mois. Pourtant les catégories se croisent : les seniors peuvent être parfaitement socialisés mais peu attirés par le numérique ou au contraire socialement et géographiquement isolés, mais actifs sur les réseaux ; des femmes élevant seules leurs enfants peuvent trouver dans le numérique une opportunité pour ne pas se désocialiser ou au contraire le vivre comme une contrainte supplémentaire dans une vie déjà épuisante etc.

Mais au-delà de la capacité à accéder à internet, la lisibilité des formulaires et procédures de consultation des fichiers administratifs nécessite un degré de familiarité avec l'outil informatique que plusieurs internautes n'ont pas, exigeant de ce fait la nécessité de penser le support à l'usager dans le recours à l'outil numérique mis en place par l'administration.

II. Observations sur certains articles

1° Sur la circulation des données

Le Défenseur des droits constate le développement de la *M-santé* et du *quantified-self* par le biais d'applications mobiles et d'objets connectés. Ces objets connectés et applications mobiles induisent la circulation de grandes masses de données de santé, dont on ne définit pas clairement le statut. Aussi le Défenseur des droits recommande-t-il qu'un cadre de « bon usage » de la santé mobile soit défini.

Le Défenseur des droits recommande par ailleurs la consécration d'un droit d'accès numérique à l'information. Il relève toutefois qu'en l'état actuel de sa rédaction, le projet de loi décline différents dispositifs qui tendent, au moins implicitement, à la consécration de ce principe. Ainsi en va-t-il de :

- l'obligation de communiquer les documents détenus par une personne publique à une autre administration, sur demande de cette dernière, et dont la liste est arrêtée à l'article L. 300-2 du même code (cf. art. 1er) ;
- du droit d'accès aux règles définissant les traitements algorithmiques utilisés par les administrations publiques, lorsque ces traitements débouchent sur des décisions individuelles (cf. art. 2) ;
- de l'élargissement du champ d'application de la publication des documents administratifs par les personnes publiques ou les personnes morales de droit privé chargées d'une mission de service public (cf. art. 4)
- de la publication en ligne des bases de données publiques (cf. art. 7) ;
- de la création d'une obligation pour un délégataire de mission de service public de permettre à l'autorité délégante de publier les données principales de l'activité gérée (cf. art. 10).

Il préconise toutefois de compléter plus avant la rédaction de l'article 1er afin que l'article L. 300-2 du code des relations entre le public et l'administration (CRPA) mentionne non seulement l'Etat, les collectivités territoriales ainsi que les autres personnes de droit public ou de droit privé chargées d'une mission de service public, mais également les autorités administratives indépendantes qui ne disposent pas nécessairement de la personnalité juridique.

De même, le dispositif d'élargissement du champ d'application de la publication des documents administratifs prévu à l'article 4 pourrait être utilement complété par l'adoption d'une charte d'engagement et de bonnes pratiques signée par l'Etat, les associations de collectivités territoriales et les représentants des utilisateurs des données publiques. Cela permettrait de définir des standards d'anonymisation pour lutter plus avant contre les risques de ré-identification.

Le Défenseur des droits s'interroge enfin sur les raisons qui conduisent le législateur à n'appliquer le nouveau dispositif prévu à l'article 10 qu'aux contrats à venir, alors même qu'il ne semble pas remettre en cause l'économie générale des contrats. Bien que leurs durées d'exécution doivent être limitées dans le temps (cf. art. L. 1411-2 du code général des collectivités territoriales), afin de satisfaire aux obligations fixées par le droit de la concurrence, les délégations de service public peuvent cependant être appelées à s'exécuter sur plus de dix ans (jusqu'à vingt ans pour les délégations de service public dans le domaine de l'eau potable, de l'assainissement, des ordures ménagères et autres déchets). Aussi, l'exploitation des données implique-t-elle un traitement ultérieur qui soit compatible avec la finalité initiale d'extraction.

2° Sur la protection des données

Afin de garantir la protection de la vie privée et de protéger contre les risques de discriminations et d'inégalités résultant de l'exploitation des données personnelles de l'individu par les algorithmes prédictifs, le Défenseur des droits recommande d'impliquer plus avant les plateformes. Aussi propose-t-il :

- de les soumettre à un principe de loyauté de l'usage des données personnelles, l'information délivrée devant être loyale, claire et transparente sur les modalités de référencement et de classement des contenus ou services qu'ils hébergent ;
- de former et de responsabiliser les utilisateurs, qui doivent être en mesure de prendre connaissance plus avant des conditions générales des sites afin de renforcer le droit à l'auto-détermination de l'individu.

Les articles 22 et 23 portant respectivement sur l'obligation de délivrer une information loyale s'agissant des conditions générales d'utilisation du service ainsi que sur l'obligation de diffusion des bonnes pratiques visant à renforcer les obligations de transparence y concourent.

Le Défenseur des droits relève cependant que le texte ne couvre pas la responsabilité des plateformes. Certes, celle-ci demeure prévue par un autre texte (cf. loi n° 2004-575 du 21 juin 2004 *pour la confiance dans l'économie numérique*). Ce dernier ne manque toutefois pas de poser des difficultés, de nombreuses sociétés d'origines étrangères ne s'estimant pas tenues par les dispositions de la loi. En l'état du projet de loi, les plateformes seront libres quant au choix des contenus et modalités d'information à l'intention des internautes. Aussi, bien qu'il faille tenir compte des résultats à venir de la consultation qui a été lancée par la Commission européenne sur les plateformes en septembre dernier, l'article 19 pourrait d'ores et déjà imposer aux plateformes de rappeler les dispositions de l'article 6 de la loi n° 2004-575 du 21 juin 2004 *pour la confiance dans l'économie numérique* ainsi que de celles du décret n°2011-219 du 25 février 2011. Ces dernières imposent aux hébergeurs de transmettre à l'autorité judiciaire les données «*de nature à permettre l'identification de quiconque a contribué à la création du contenu ou de l'un des contenus des services dont elles sont prestataires*», dans le but d'identifier les auteurs d'infractions pénales.

Le Défenseur des droits salue également la consécration, par l'article 32, d'un droit pour la personne, adulte ou non, de demander sans motif l'effacement des données lorsque celles-ci ont été collectées alors qu'elle était mineure. Il observe toutefois que :

- cette disposition apparaît en retrait par rapport au projet de règlement européen sur la protection des données dont la finalisation est en cours. Celui-ci vise notamment l'utilisation de données à caractère personnel relatives aux enfants à des fins de marketing ou la création de profils de personnalité ou d'utilisateur, et la collecte de données relatives aux enfants lors de l'utilisation de services fournis directement à un enfant ;
- les modalités d'exercice de ce nouveau droit et de recours, présentées comme une avancée avec des délais contraints, apparaissent en décalage avec la rapidité de propagation des données sur internet (délai d'un mois pour répondre à la demande d'effacement à l'issue duquel la personne peut saisir la CNIL qui se prononce sur la demande dans les 15 jours) ;
- l'on peut également s'interroger, dans le silence du texte, sur les conséquences du manquement à une telle demande d'effacement. Est-elle passible de la contravention de 5ème classe, prévue à l'article R. 625-12 du code pénal qui punit le non-respect des demandes formulées dans le cadre de l'article 40 dans sa rédaction actuelle ?

3° Sur l'accès au numérique

Le numérique ne contribuera à une société solidaire que s'il devient le vecteur d'un pouvoir d'agir du citoyen, à la fois individuel et collectif.

Si le projet de loi vise à répondre à cette problématique et donc à favoriser l'*e-inclusion* des publics fragiles, il se limite pourtant à traiter de l'accessibilité des personnes handicapées aux services téléphoniques et aux sites internet publics (cf art. 43 et 44), et à protéger les personnes les plus démunies de la coupure de leur connexion internet en cas de non-paiement des factures en étendant le dispositif existant pour le service téléphonique au service d'accès à internet (cf. art. 45). Cette dernière mesure s'inscrit dans la lignée de la résolution du conseil de l'Europe de 2014 qui prévoit que « *les Etats membres devraient intensifier leur action visant à garantir l'accès à internet pour les personnes ayant des besoins spéciaux et les usagers d'internet défavorisés* ». Si le Défenseur des droits se réjouit de cette disposition, qui vise à limiter l'exclusion et la fracture numérique vis-à-vis des personnes qui ont des difficultés financières, il s'interroge toutefois sur la possibilité offerte aux fournisseurs d'accès à internet (FAI) de maintenir un accès restreint à leurs services, ainsi que sur la mise en œuvre effective de cette disposition qui pourrait générer des différences de traitement en fonction du FAI de la personne concernée. A n'en pas douter, les FAI du marché français n'auront pas tous la même pratique en la matière, avec un risque de différences de traitements entre les personnes, selon leur FAI, en fonction des infrastructures et politiques commerciales de ces derniers.

Ce projet de loi n'envisage pas toutefois la protection de l'ensemble des publics les plus exposés à des risques de marginalisation sociale, culturelle et économique et qui appellent d'autant plus à des actions spécifiques, tels que les personnes âgées, les chômeurs de longue durée, les personnes ayant un faible niveau d'instruction ou en situation d'illettrisme et les personnes détenues.

Il n'est par ailleurs pas tenu compte de la situation de certains publics, parfois jeunes, qui n'ont qu'un « smartphone » mais pas de poste internet « fixe » ou de portable qui soit doté d'une capacité d'archivage et de transfert de documents « joints ».

Plus encore, il n'est pas tenu compte de la population qui n'a pas d'imprimante ou de scanner pour imprimer ou transmettre une pièce. Si le projet de loi prévoit un recommandé électronique et un paiement par sms pour faciliter les usages du numérique (cf. art. 40), il est important d'aborder cette question du point de vu des publics « non-connectés »

Le Défenseur des droits salue toutefois le dispositif proposé à l'article 35, qui attribue aux conseils départementaux ou aux conseils régionaux la faculté d'établir une stratégie de développement des usages et services numériques. Cette stratégie pourra contribuer au développement d'une offre de services de médiation numérique de nature à répondre aux besoins d'accompagnement de la population à l'utilisation des services et technologies numériques. C'est d'ailleurs dans cette perspective qu'ont été mis en place les Espaces publics numériques. Ce dispositif semble cependant aujourd'hui s'être essoufflé, du fait notamment, de la grande diversité des structures et des moyens dont elles disposent. Aussi, la mise en réseau de ces structures locales afin d'assurer la couverture de l'ensemble du territoire national, tout particulièrement des territoires ruraux, et de mieux adapter les formations proposées aux besoins des publics, contribuera certainement à renforcer la médiation numérique. De même, l'article 36 qui facilite le regroupement des syndicats mixtes

ouverts favorisera probablement la mise en place de grands projets d'implantation de réseau de communication.

Le Défenseur des droits recommande toutefois :

- que soit instaurée une clause de protection des usagers vulnérables pour toute procédure de dématérialisation d'un service public, en prévoyant l'obligation d'offrir une voie alternative au service numérique ;
- que soit consacré un droit à l'accès au numérique, tout en recommandant qu'une réflexion soit préalablement engagée sur les conditions de mise en œuvre effective de ce droit ;
- qu'une partie des économies procurées par la dématérialisation des services publics soit redéployée, par le biais d'un fonds dédié, au financement de l'accompagnement au numérique. Si l'on considère que 20 % de personnes sont victimes de la fracture numérique, pourquoi ne pas préempter 20 % des gains à l'accompagnement dans les maisons de services publics ou point d'accès aux droits ? Les technologies numériques évoluant en permanence, elles appellent un effort d'apprentissage récurrent pour chacun, tout au long de la vie.