



HAL
open science

L'identité à l'épreuve du numérique

Emmanuel Netter

► **To cite this version:**

Emmanuel Netter. L'identité à l'épreuve du numérique. L'identité numérique. Quelle définition pour quelle protection?, Larcier, 2020, 9782807919952. hal-03058699

HAL Id: hal-03058699

<https://hal.science/hal-03058699>

Submitted on 11 Dec 2020

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.

L'identité à l'épreuve du numérique

Emmanuel Netter

Professeur à l'Université d'Avignon, LBNC (EA 3788)

« (...) qu'est-ce que je vauX ? (...) la réponse était, plus qu'un chiffre, un déchiffrement de soi. Plus qu'un rang : une place dans l'ordre social. La réponse, c'était cette suite absurde de lettres, C-A-P-T-P qui indiquait que j'étais, en déclinant les lettres sagement, dans l'ordre alphabétique, le 1 437 205^e citoyen de cette société débile. Tous les deux ans, la même ineptie se produisait : les citoyens dociles, puisqu'ils acceptaient de changer de place, changeaient de nom. Mais les mêmes noms demeuraient pour désigner les mêmes places. Notre proviseur changeait de visage et de corps... mais il s'appelait toujours Tolg. (...) En un sens, c'était simple : il fallait s'en tenir, non aux êtres, mais aux fonctions, qui elles restaient immuables. La fonction définissait l'être, mieux que sa personnalité ».

Alain Damasio, *La Zone du dehors*, éd. la Volte, 2010, p. 138

Invité à se représenter « son identité » hors de tout contexte spécifique, chacun d'entre nous songera à peu près aux mêmes éléments. Les nom et prénom, date et lieu de naissance viendront rapidement à l'esprit¹. Ce sont les principaux éléments de l'état civil, dont l'État fait usage pour assurer le suivi individualisé de chacun de ses citoyens, du premier au dernier jour de leur vie². Pour compléter cette première approche, il est nécessaire d'évoquer des situations concrètes au cours desquelles le concept d'identité est mobilisé. « Qui suis-je » ? Cette question n'appelle pas la même réponse selon qu'elle est posée lors d'un contrôle douanier ou par une personne dont on fait la connaissance au cours d'un dîner amical. En présentant vos empreintes digitales, vous susciterez davantage d'intérêt chez votre premier interlocuteur que chez le second. Votre nouvelle relation sociale se préoccupera peut-être de vos goûts en matière cinématographique ou musicale, mais ils risquent de laisser froid le fonctionnaire de la police aux frontières.

Certains éléments d'identité, toutefois, paraissent pertinents en toute occasion. Le nom et le visage, en particulier, semblent constituer des interfaces sociales universelles. Pourtant, avec son roman dystopique *La Zone du dehors*, l'écrivain français Alain Damasio nous incite à pousser plus loin encore l'exercice de relativisme, en imaginant un monde dans lequel les citoyens disposent de noms jetables, renouvelés tous les deux ans. À chaque échéance, un traitement algorithmique opaque et sophistiqué dénommé « le Clastre » analyse une série d'indicateurs de performance sociale, politique et professionnelle. L'intéressé progresse ou régresse dans le classement général des citoyens et, avec son nouveau rang, embrasse un nouveau patronyme qui le représente avec précision. Il laisse derrière lui son ancien nom comme le serpent sa mue. Au sein des éléments susceptibles de le définir, l'accent est mis sur les plus mobiles. Les « *coordonnées sociales* » du héros, universitaire de profession, sont par exemple : « *apprécié des étudiants, 72 kilos, gestion honnête des conflits, 1m79, masculin, 169 avenue du Ministre C 2048, culture étendue,*

1 La présente contribution prolonge et approfondit des réflexions entamées dans l'ouvrage *Numérique et grandes notions du droit privé. La personne, la propriété, le contrat*, librement accessible sur www.enetter.fr, en particulier le premier chapitre « L'identité numérique » (n° 28 s.).

2 A.-M. Leroyer, « La notion d'état des personnes », in *Mélanges M. Gobert*, Economica, 2004, p. 253.

consciencieux, 31 ans, corpulence moyenne, Quotien de Sociabilité : 84, célibataire... »³. On devine aisément que le récit prend place dans une société totalitaire. Le procédé visant à couper les individus de leur propre histoire par le recours à des matricules vides de sens a été mis en œuvre au 20^e siècle dans les camps de la mort. Il visait alors à la destruction. Chez Damasio, il est l'instrument plus subtil d'un management des populations par la peur, la peur du déclassement. Puisqu'aucune forme de prestige – ni d'opprobre – n'est susceptible d'être durablement capitalisée sur une réputation personnelle, attachée à un nom, le concours entre citoyens ne connaît aucun répit.

Entre l'identité solide et durable gravée dans nos passeports et l'identité fluide, mouvante, fuyante produite par les traitements algorithmiques du Clastre, les points communs semblent rares. Est-il seulement possible d'enfermer l'identité dans une définition (I) ? Peut-on systématiser les différents usages, apparemment hétéroclites, de l'identité (II) ? Nous verrons si les technologies de traitement de l'information renouvellent ces questions classiques jusqu'à faire émerger un concept spécifique « d'identité numérique ».

I – Les contours de l'identité

La nature profonde de l'identité sera pour toujours inaccessible au juriste. Telle est en tout cas l'opinion du professeur Daniel Gutmann : s'il a consacré sa thèse de doctorat au « sentiment d'identité », c'est parce qu'il estime que l'identité elle-même ne peut être approchée que par la philosophie, le droit devant se contenter d'en régir de simples émanations⁴. Et que disent les philosophes ? « *L'esprit a (...) naturellement tendance à se représenter, plutôt que des impressions successives et reliées entre elles, une identité (sameness). Cette illusion d'identité est le résultat d'opérations intellectuelles complexes, par lesquelles nous attribuons aux différents faits de l'expérience des propriétés de ressemblance, de contiguïté qui unifient et systématisent sa diversité* »⁵. Considérons-nous qu'une personne est toujours elle-même si elle a vieilli, changé de profession, de nom ? Si elle a été frappée d'amnésie, défigurée dans un incendie, si elle a subi une greffe de visage ? La réponse, rassurante, mais fruste, pourrait résider dans la permanence de l'enveloppe charnelle : c'est toujours son corps, c'est donc toujours elle. C'est là qu'intervient l'expérience de pensée de Locke : l'âme d'un prince ayant été transférée dans le corps d'un savetier, avons-nous toujours affaire au prince⁶ ?

Accepter la posture d'humilité proposée par M. Gutmann c'est, pour le juriste, renoncer à définir lui-même le *sameness* ou l'essence individuelle. Mais là s'arrête le renoncement : sitôt accepté le postulat qu'existent des entités singulières cohérentes, le droit retrouve une capacité d'action. Ces *indivisibles*, ces individus vont se présenter au monde dans toute leur complexité. Cette complexité, on pourra la réduire à des représentations susceptibles d'être manipulées par le système juridique à diverses fins. Qu'il s'agisse d'infliger une amende au bon contrevenant, d'autoriser le contribuable concerné et lui seul à consulter son avis d'imposition en ligne, de permettre à l'individu victime d'une campagne de dénigrement de défendre son honneur, le droit fera de l'identité au sens le plus large une matière première de tous les instants.

Ainsi conçue, l'identité se présente comme un vaste réservoir, dans lequel on puisera à diverses fins. Suivant cette hypothèse maximaliste, l'identité globale de l'individu pourrait

3 Op. cit., p. 139.

4 D. Gutmann, *Le sentiment d'identité : étude de droit des personnes et de la famille*, préf. F. Terré, LGDJ, 2000.

5 Op. cit., p. 9.

6 Ibid., p. 17, citant J. Locke, *Essai philosophique concernant l'entendement humain*, trad. P. Coste, Vrin, 1972, p. 269 s.

être bâtie à partir de l'ensemble des données à caractère personnel au sens du RGPD. Il s'agirait ainsi de « *toute information se rapportant à une personne physique identifiée ou identifiable (ci-après dénommée « personne concernée»); est réputée être une « personne physique identifiable» une personne physique qui peut être identifiée, directement ou indirectement, notamment par référence à un identifiant, tel qu'un nom, un numéro d'identification, des données de localisation, un identifiant en ligne, ou à un ou plusieurs éléments spécifiques propres à son identité physique, physiologique, génétique, psychique, économique, culturelle ou sociale* »⁷.

Représentons-nous un fruit. Au centre, le noyau est constitué d'une individualité, d'une entité dont la singularité n'est ni discutée ni démontrée – ces tâches étant abandonnées au philosophe – mais acceptée comme prémisse. L'ensemble des informations susceptibles d'être rattachées à cette personne, y compris sans qu'elle en ait conscience, ou même contre son gré, forment la chair du fruit. Ces informations peuvent être vraies ou fausses. L'individu peut se présenter lui-même ou être décrit par d'autres de manière imprécise, erronée ou mensongère : ces éléments inexacts n'en constituent pas moins des données à caractère personnel.

Par ailleurs, certains de ces éléments semblent fondamentaux (filiation, ADN, influence sur un milieu social ou professionnel...) quand d'autres paraissent anecdotiques (le fait d'avoir visité telle page web à trois reprises le mois dernier ou d'avoir été opéré des dents de sagesse). Pour cette raison, la conception maximaliste de l'identité pourrait faire l'objet d'un rejet guidé par l'intuition. On ne devrait pas pouvoir tout faire tomber sous le concept d'identité, nous opposera-t-on. En quelque sorte, accepter que des informations apparemment anecdotiques prennent place au sein de l'identité contribuerait à avilir l'individu par contamination. Personne ne souhaite être défini par l'historique de son navigateur, son relevé de notes de classe de terminale ni par ses préférences d'achat au supermarché local. Une telle réaction, cependant, est sous-tendue par une vision étriquée et romantique de l'identité, entendue comme l'essence de l'individu. C'est confondre la quête philosophique du noyau et les usages froidement pragmatiques que le droit peut faire de la chair. Aucun contrôle de police ni aucune procédure d'authentification en ligne ne vise à déterminer qui vous êtes *profondément*.

Pour révéler l'inanité d'une conception noble et stricte de l'identité, il suffit quoi qu'il en soit de s'essayer à l'opération de tri entre le fondamental et l'accessoire. Un premier critère, objectif, pourrait séparer le bon grain de l'ivraie : celui de la stabilité dans le temps. Ce qui compterait le plus, dans l'identité, serait ses éléments durables. À cette aune, l'individu serait représenté au premier chef par son NIR (numéro d'identification au répertoire des personnes physiques de l'INSEE : le « numéro de sécurité sociale »), attribué à chacun au jour de sa naissance et parfaitement invariant jusqu'à la mort, ainsi que par une partie de ses éléments biométriques (ADN, empreintes digitales...). Des éléments comme les nom et prénom ou même le genre n'occuperaient qu'un rang secondaire, car ils sont plus mobiles. Longtemps considérés comme intangibles, ils sont aujourd'hui partiellement soumis à la volonté de l'individu et participent de l'« identité choisie »⁸. La profession, les convictions philosophiques et religieuses ou les préférences en matière culturelle seraient

7 Article 4, 1 du Règlement (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 (règlement général sur la protection des données), ci-après RGPD.

8 « La conception traditionnelle de l'identité juridique de la personne a évolué et continue aujourd'hui de se transformer. Le mouvement s'explique par l'influence de l'individualisme et des revendications de chacun de choisir les éléments de son identité juridique et de pouvoir les mettre en adéquation avec l'identité véritablement vécue » (J. Rochfeld, *Les grandes notions du droit privé*, PUF, 2013, 2e éd., n° 1.18).

reléguées plus loin encore à l'arrière-plan. Mais considérons à présent un autre critère, subjectif : celui de l'importance sociale de l'élément d'identité considéré. La hiérarchie est immédiatement bouleversée. Les éléments soumis à la volonté, par nature précaires et réversibles, et pour cette raison impropres à assurer un suivi de long terme des membres d'un groupe, sont pour les mêmes motifs les plus représentatifs des aspirations et de l'histoire personnelle. Ils sont donc facilement demandés ou spontanément brandis. « Ce que l'on fait dans la vie », même si c'est depuis un mois et peut-être pour un jour encore, est infiniment plus significatif socialement que l'aspect exact du réseau veineux de la main ou de l'iris.

L'importance des éléments d'identité est donc éminemment contextuelle. Or, il existe une infinité d'utilisations possibles des éléments du vaste réservoir que constituent les données à caractère personnel. Plusieurs utilisations du mot « identité » sont alors concevables. Première possibilité : considérer que, pour chaque usage, une « identité » distincte est créée, pour quelques millisecondes (le temps, par exemple, d'afficher une publicité ciblée en ligne), des années (pour une partie de carrière au sein d'une entreprise) ou toute une vie (dans les registres d'état civil). Chacun d'entre nous aurait alors, au cours de son existence, des milliers d'identités. Deuxième possibilité : considérer qu'à une entité singulière correspond un et un seul réservoir, rempli de l'ensemble de ses données à caractère personnel, qu'on appellera son identité, susceptible d'être mobilisé de multiples manières. Troisième possibilité, que nous retiendrons ici et qui réconcilie les deux précédentes : considérer qu'il existe une identité globale dont on extrait des identités contextuelles. Ces différentes options ne touchent pas au fond : le débat est sémantique.

De l'identité « numérique », qui est au cœur du présent ouvrage, il n'a pas encore été directement question. Constitue-t-elle un concept autonome ? Dans l'affirmative, quels liens entretient-elle avec l'identité traditionnelle ?

Observons tout d'abord que les forces de traitement numérique ont accru de manière exponentielle, au cours des dernières années, la taille du réservoir d'informations disponible sur chaque individu. C'est pour cette raison que le droit des données personnelles, qui est à l'origine un droit des fichiers, y compris manuscrits ou dactylographiés, est largement considéré comme une branche du droit de l'informatique. Le numérique a accru la possibilité de *générer* de l'information - en transformant des portions toujours plus larges du réel en variables mesurables -, de *stocker* de l'information - sur des mémoires peu coûteuses, assorties de processus d'écriture et de lectures rapides - et de faire *circuler* l'information sur des réseaux d'une efficacité redoutable. En amont, le numérique contribue donc à alimenter le grand réservoir de l'identité globale.

En aval, ensuite, il offre de nombreuses occasions nouvelles de puiser dans le réservoir de données à caractère personnel pour forger des identités contextuelles. L'identité comme matière première sera mise en œuvre par la personne concernée et par les tiers dans de nombreuses activités en ligne, pour commercer, débattre, jouer, travailler.

Il nous semble cependant difficile de caractériser des mises en scène proprement et exclusivement numériques de l'identité. Dans la plupart des situations, les mondes en ligne et hors ligne se mêlent. La création d'un compte chez Amazon relève-t-elle d'une identité contextuelle numérique, en ce qu'elle a lieu en ligne, alors même qu'elle sera associée à des moyens de paiement et adresses de livraison classiques ? La mise en scène de soi sur Facebook ou Instagram est de la même façon alimentée par des photographies et informations tirées du monde hors ligne. À supposer même qu'on identifie des identités contextuelles « purement » numériques, par exemple dans le

domaine des jeux vidéo multijoueurs, on voit mal en quoi cela suffirait à leur conférer une originalité suffisante pour justifier un traitement distinct. L'expression pseudonyme y est peut-être plus fréquente, mais elle ne leur est pas réservée. Et la capacité à endosser une personnalité de fantaisie, la plus éloignée possible des contingences du quotidien, n'est pas mieux distribuée sur *League of Legends* que dans les troupes de théâtre d'improvisation.

En somme, l'identité globale telle qu'elle est envisagée jusqu'ici est, par définition même, insusceptible de division entre ses canaux d'irrigation numériques et ceux qui ne le sont pas. Quant aux identités contextuelles, leur infinie diversité peut être ordonnée par toutes sortes de taxinomies, mais celle qui opposerait les mondes en ligne et hors ligne ne semble pas s'imposer.

Passons à présent en revue quelques grandes catégories d'identités contextuelles.

II – Les usages de l'identité

Reprenons les exemples précédemment employés d'une personne qui subit un « contrôle d'identité » par une autorité policière ou douanière, et d'une autre qui, débutant une interaction sociale nouvelle, est amenée au stade des présentations à proposer un condensé signifiant de qui elle est. On devine que ces situations, si elles puisent toutes deux des éléments dans le grand répertoire de l'identité globale, relèvent cependant de logiques bien distinctes.

Une première série d'usages de l'identité (A) sert à isoler un individu du troupeau, afin qu'il soit admis à jouir des droits qui lui sont propres ou contraint d'assumer ses obligations. Pour que chacun puisse recevoir la juste contrepartie de ses actions méritoires ou néfastes, se fasse payer ses créances et honore ses dettes, il est nécessaire qu'un compte soit tenu pour lui par ses interlocuteurs privés et publics. C'est en ce sens que M. Gutmann relève que « l'identité personnelle est à l'évidence la condition de possibilité même du droit »⁹.

Une seconde série d'usages de l'identité (B) tient à la condition de l'Homme comme animal social : c'est la nécessité d'une mise en récit de soi et des autres. Nous présentons au monde, non pas la réalité de ce que nous sommes, à jamais inaccessible, et parfois indésirable, mais un ensemble de représentations simplifiées et orientées. Ces avatars seront plus ou moins honnêtes, approximatifs ou mensongers, impudiques ou secrets. L'écoulement du temps, les récits concurrents proposés par les autres pourront les embellir ou les mutiler. Le droit fixe des règles : tout n'est pas permis lorsqu'il s'agit de sculpter l'argile de l'identité.

A – Singulariser l'individu

Ici, l'objectif n'est pas de rendre compte de la richesse de la personnalité, mais plus prosaïquement de déterminer avec quel membre de l'espèce humaine on est en train d'interagir. L'approche sera donc essentiellement pragmatique : remplir un formulaire en indiquant un numéro d'étudiant, ou décliner son numéro de sécurité sociale au guichet peut suffire. L'unique objectif est l'efficacité.

9 D. Gutmann, op. cit., n° 4.

Toutefois, la logique n'est pas exactement la même selon que la singularisation de l'individu se fait à son initiative – c'est l'authentification – ou à l'initiative d'un tiers – c'est l'identification.

Il s'agit d'authentification lorsque c'est la personne concernée qui revendique l'accès à une situation, à un bien, à un service. Elle pourra pour cela faire appel classiquement à quelque chose qu'elle sait (une information secrète, un savoir-faire unique), quelque chose qu'elle détient (un objet), quelque chose qu'elle est (une caractéristique biométrique), qui sont autant d'éléments d'identité au sens large. Une identification à un seul facteur devrait inspirer une confiance limitée : un commerçant malhonnête peut reproduire discrètement les informations faciales de la carte bancaire d'un client puis les insérer ultérieurement dans un formulaire de paiement en ligne, alors même qu'il a restitué l'objet à son porteur ; un élève rusé peut imiter la signature de ses parents dans un carnet de correspondance. Quiconque a lu la fable « Le loup et les sept chevreaux » sait qu'une identification multifactorielle est préférable : la chèvre qui veut regagner son domicile fera entendre sa voix douce, mais montrera aussi « patte blanche ». Il n'est cependant pas exclu qu'un attaquant compétent usurpe son identité à l'aide d'un peu de miel et de farine...

En la matière, il y a donc un évident danger à se contenter de peu. Mais l'excès inverse est tout aussi redoutable. À l'heure actuelle, le « fournisseur d'identité numérique » public France Connect fonde principalement sa confiance en celui qui prétend créer un compte sur le fait qu'il a accès à la boîte aux lettres physique associée à son domicile. Les impôts, l'assurance-maladie... vous ont adressé un courrier postal à votre adresse habituelle et vous avez été en mesure de le consulter : vous êtes vraisemblablement celui que vous prétendez être. Mais le projet ALICEM souhaite se fonder sur une confiance plus profonde¹⁰. Une application pour ordiphone pourrait alors lire les données biométriques contenues sur un passeport, et les comparer à un « selfie » pris sur l'instant. Pour éviter que les données biométriques ne soient accessibles à une autre application lancée sur le même téléphone, le test de « matching » n'est pas effectué localement. Les données pertinentes – évidemment chiffrées – sont envoyées sur des serveurs de l'État. Le processus a certes été conçu par les services du ministère de l'Intérieur avec un grand sérieux. Aucune sécurité informatique n'étant absolue, il n'en demeure pas moins qu'il crée des risques pour la vie privée qui ne semblent pas en proportion avec l'intérêt que cela présente lorsqu'il s'agit d'octroyer ou de refuser un accès à des avis d'imposition ou à des relevés de sécurité sociale.

L'objectif d'efficacité doit par conséquent être tempéré par la recherche de la procédure d'authentification risquant le moins de compromettre les données personnelles de l'individu, en particulier ses données sensibles. Il s'agit tout simplement d'appliquer le principe de minimisation, actuellement consacré à l'article 5 du RGPD. Faire appel à des éléments d'identité trop puissants dans des situations qui ne l'imposent pas absolument, c'est s'exposer à des risques majeurs. En particulier, il faut manier d'une main tremblante les informations attachées irrévocablement à l'individu, comme le NIR ou la biométrie. Si elles échappent à la maîtrise de la personne concernée, elles ne pourront être renouvelées. Elles constituent par ailleurs des supports de choix pour des interconnexions excessivement puissantes de bases de données¹¹. Les identifiants catégoriels et jetables doivent être privilégiés. Le projet consistant à équiper deux lycées de la région PACA de dispositifs de reconnaissance faciale, auxquels aurait été asservi le portillon d'entrée à

10 Sur ce projet, V. not. M. Rees, « Jérôme Letier (ANTS) : "Il y a des contrevérités qui circulent sur Alicem" », article nextinpact.com du 18 octobre 2019.

11 Le refus de ce projet d'interconnexion des fichiers de l'administration française autour du NIR, dénommé SAFARI, est à l'origine de la création de la CNIL

l'établissement, a été à juste titre considéré par la CNIL comme contraire au principe de minimisation¹². On ne peut pas exposer l'empreinte du visage de jeunes mineurs à des risques de fuite ou de détournement, même réduits, dans l'unique but d'ouvrir la porte d'une école aux élèves inscrits. Une carte d'élève et une équipe de surveillants y suffisent amplement. Ce n'est pas parce qu'il existe une technologie puissante qu'il faut nécessairement l'employer pour résoudre un problème : on n'ouvre pas les noix avec un marteau-pilon.

Remarquons par ailleurs que de multiples chemins peuvent mener à l'identité singulière. Le nom n'est que l'un d'entre eux. Pour s'en convaincre, il suffit de créer un compte email sous un nom de fantaisie. Le prestataire, à moins de procéder à des recoupements, ne connaîtra jamais l'état civil de son utilisateur. Il sait pourtant, d'une semaine à l'autre, que c'est bien lui qui se connecte, parce que le cookie déposé sur son terminal y est toujours présent, ou parce qu'il est en mesure de taper le mot de passe défini à la création du compte¹³.

L'identification, contrairement à l'authentification, ne résulte pas d'une initiative de la personne concernée. C'est cette fois-ci un tiers, personne publique ou privée, qui cherche à découvrir l'identité d'une personne ayant attiré son attention. Par défaut, les individus évoluant dans l'espace public ou naviguant sur internet ne peuvent être rattachés à une identité complète par les observateurs. Mais toute activité laisse des traces. Celui qui déambule dans l'espace physique expose une silhouette, un poids, une taille, un choix de vêtements et d'accessoires. Surtout : en France, dans l'espace public – hors période de pandémie - il est forcé de révéler son visage¹⁴. Ces éléments, stockés dans la mémoire humaine de témoins ou dans la mémoire informatique des systèmes de vidéosurveillance urbaine, pourront être exploités dans le cadre d'une enquête pour tenter de déterminer qui il est, lorsqu'il n'a pas été possible de s'assurer directement de sa personne et de le forcer à présenter des documents d'identité. La biométrie en général, et les traits du visage en particulier, jouent une fois de plus un rôle important. Mais le recours à des procédés d'identification plus vils n'est pas à exclure : comme en matière d'authentification, pragmatisme et efficacité constituent les valeurs cardinales. Imaginons un criminel en fuite qui, après avoir assassiné toute sa famille, aurait changé de visage et laissé derrière lui son patronyme de naissance, « Xavier Dupont ». Si un individu retirait tout à coup des espèces en utilisant la carte bancaire et le code secret du fuyard, la police n'hésiterait certainement pas à l'arrêter, quand bien même il serait d'apparence méconnaissable, pour procéder à des vérifications approfondies.

En ligne, l'état par défaut est également l'anonymat¹⁵ : chaque internaute laisse seulement apparaître une adresse IP, que les connaisseurs peuvent cependant déguiser avec plus ou moins d'habileté, comme ils se colleraient une fausse moustache ou chausseraient des lunettes de soleil. À ce stade, cette IP n'est pas davantage porteuse d'une identité précise que le visage d'un inconnu croisé dans une avenue passante. Pour en savoir davantage, l'autorité publique pourra requérir du fournisseur d'accès qu'il divulgue lequel de ses

12 <https://www.cnil.fr/fr/experimentation-de-la-reconnaissance-faciale-dans-deux-lycees-la-cnil-precise-sa-position>.

Adde le jugement du TA de Marseille du 27 février 2020, n° 1901249.

13 Cette affirmation a pour corollaire qu'un tel utilisateur, s'il exerçait son droit d'accéder à ses données personnelles, ne pourrait se voir réclamer automatiquement la présentation d'une pièce d'identité. S'il formule sa demande dans son interface utilisateur après authentification, il faut, sauf cas particulier, considérer que cela est suffisant pour s'assurer que la demande émane de lui : <https://www.cnil.fr/fr/le-droit-dacces-connaître-les-données-quun-organisme-detient-sur-vous>.

14 Loi n° 2010-1192 du 11 octobre 2010 interdisant la dissimulation du visage dans l'espace public.

15 Le terme « anonymat » est ici utilisé dans son sens courant (« qui n'a pas de nom »). Il ne s'agit pas de l'anonymat technique du RGPD : disposer d'un jeu de données susceptible de conduire à l'individu, même à l'issue d'une phase d'investigation, c'est déjà manipuler des informations pseudonymes au sens de ce texte (art. 4).

abonnés avait l'usage de l'adresse IP considérée à un instant donné. Quant aux acteurs privés, ils sont loin d'être démunis. Relevons au préalable que, dans de nombreux cas, l'état civil précis des internautes ne les intéresse pas. Les régies publicitaires numériques souhaitent, à chaque fois que vous visitez la page web d'un partenaire, reconnaître en vous ce célibataire ou ce chef de famille, aux revenus modestes ou confortables, dont les centres d'intérêt susceptibles de conduire à un achat à court terme sont les musiques urbaines, les voyages vers le Canada et les chaussures de sport. Comment vous appelez-vous, quel est votre lieu de naissance : autant de questions sans intérêt pour elles. Pour savoir qu'il s'agit de vous à chaque rencontre, l'adresse IP n'est qu'un moyen parmi les formulaires de jeux-concours, l'identifiant publicitaire du terminal, les cookies de tiers ou l'empreinte unique du navigateur.

Ainsi, hors ligne comme en ligne, les individus ne sèment autour d'eux que des fragments d'identité, et des investigations plus ou moins difficiles, plus ou moins longues sont généralement nécessaires pour rattacher fermement ces indices à une entité singulière. Cette situation, éminemment protectrice de la vie privée et des données personnelles, pourrait n'être que transitoire. Des voix de plus en plus puissantes s'élèvent, exigeant que chacun se promène avec son identité en sautoir. Hors ligne, ce discours prend appui sur la lutte contre le terrorisme, ou même sur le simple maintien de l'ordre public, et promeut l'usage de technologies de reconnaissance faciale sur la voie publique¹⁶. Elles sont déjà couramment utilisées en Chine, mais aussi par certains services de police américains¹⁷. S'agissant des activités en ligne, le Président de la République lui-même a appelé à une « levée progressive de toute forme d'anonymat »¹⁸. Il s'agirait cette fois-ci de lutter plus efficacement contre la diffusion de fausses nouvelles ou la propagation des discours « de haine ». La formule « levée de l'anonymat » est équivoque. Il pourrait s'agir de forcer les utilisateurs de services de communication électronique à prouver leur identité au moment de l'ouverture d'un compte. Le réseau social, ou l'exploitant du forum conserverait ces informations à disposition des services de police ou de justice. Une fois Twitter ou Facebook en possession de millions de passeports numérisés, il faudrait croiser les doigts pour qu'ils assurent efficacement la sécurité de ces données, et qu'ils ne soient pas tentés d'en exploiter le contenu pour leur propre profit. Dans ce modèle, l'internaute peut cependant continuer à s'exprimer sous un nom d'emprunt : ce n'est que s'il commet un délit qu'on pourra faire tomber son masque en s'adressant directement à la plateforme, sans avoir à rapprocher une adresse IP du répertoire d'abonnés d'un fournisseur d'accès. Les gains d'efficacité sont limités, les périls immenses. L'autre solution envisageable est encore plus inquiétante: il s'agirait d'obliger toute personne s'exprimant sur des forums ou réseaux sociaux à assumer la paternité de ses propos sous son nom véritable. Cela suppose de procéder aux mêmes vérifications d'identité que dans la formule précédente, mais de surcroît les résultats de cette procédure seraient jetés en pâture à d'autres utilisateurs – ou, en fonction des paramètres de confidentialité, au monde entier.

Ces différents projets sont préoccupants. Si les procédures permettant de percer anonymat ou pseudonymat manquent réellement d'efficacité, alors il faut travailler à améliorer leurs performances, plutôt que de s'en dispenser radicalement par un affichage permanent des identités. Lorsqu'il contemple la masse de ses citoyens, l'État doit accepter

16 Parmi les nombreuses prises de position publiques de l'actuel secrétaire d'État au numérique, V. par ex. M. Untersinger, « Cédric O : "Expérimenter la reconnaissance faciale est nécessaire pour que nos industriels progressent" », article lemonde.fr du 14 octobre 2019.

17 Sur l'utilisation de l'application Clearview, utilisée par des polices américaines pour comparer l'image de suspects aux images et vidéos glanées partout sur internet, en particulier sur les réseaux sociaux : K. Hill, « The Secretive Company That Might End Privacy as We Know It », article nytimes.com du 18 janvier 2020.

18 <https://twitter.com/BFMTV/status/1086361987871899651>.

qu'ils soient pour partie plongés dans l'ombre. Le grand soleil de l'identification perpétuelle n'éclaire pas : il aveugle. Il n'illumine pas : il brûle.

À propos de la première grande série d'usages de l'identité, celle qui vise à singulariser l'individu, retenons donc qu'elle est gouvernée par un principe d'efficacité : sont considérés les éléments d'identité – nobles ou vils, durables ou fugaces - permettant, dans une situation donnée, de remonter à l'entité singulière. Ce principe d'efficacité doit être tempéré par une logique de minimisation, qui conduit à adopter les procédures d'authentification ou d'identification les moins susceptibles de compromettre durablement les données personnelles de l'individu. Un corollaire de cette règle oblige à proscrire toutes les solutions reposant sur une identification permanente et obligatoire de tout un chacun, aussi bien hors ligne qu'en ligne.

B – Raconter l'individu

Reconnaître les personnes qui nous entourent comme des entités singulières puis faire en sorte de les distinguer les unes des autres, cela ne constitue heureusement que le point de départ de la vie sociale et, partant, de la vie juridique. L'histoire ne peut s'arrêter là. L'identité ne se cantonne pas à l'identification. Elle n'est pas exclusivement constituée de passeports, de mots de passe, d'adresses IP et d'empreintes digitales. Se reconnaître comme différent des autres, et distinguer les autres entre eux est un préalable à la possibilité de *tenir un discours* sur soi et sur autrui¹⁹. La mise en récit des individus constitue une part importante des activités humaines. Il n'y a pas de vie professionnelle ni culturelle, amicale ni amoureuse, pas de collaborations ni d'affrontements sans cette possibilité. Mettre les autres en mots, c'est mobiliser des éléments de leur identité. Des règles juridiques seront applicables, tout ne sera pas permis : c'est un autre droit de l'identité.

Une nouvelle fois, il est impossible de distinguer par avance, au sein du grand réservoir des données à caractère personnel, lesquelles seront utiles et lesquelles seront à jamais délaissées. Le principe qui déterminera ces choix, cependant, aura changé. Ce ne sera plus, comme en matière d'identification et d'authentification, le règne de l'efficacité, mais celui de la *subjectivité* : constitue un élément d'identité utile à la mise en récit ce que le conteur considère comme tel. Une manière de raconter M. Joachim Sauer est de le présenter comme l'un des récipiendaires de la médaille Kolos, un prestigieux prix universitaire de chimie. Une autre façon de le décrire consiste à faire de lui « le mari d'Angela Merkel ». Aucune de ces deux possibilités n'est intrinsèquement meilleure : tout dépend du locuteur, de l'auditeur et de leurs centres d'intérêt respectifs.

Les règles qui sont applicables quand l'individu est objet de discours – soi ou un autre – sont nombreuses et disparates. On peut en fournir quelques exemples, sans prétendre en rien à l'exhaustivité.

Certaines règles servent à aménager le secret, autrement dit à contrôler l'aptitude d'une information à circuler dans le discours collectif. On y trouve évidemment l'article 9 du Code civil, relatif au droit au respect de la vie privée, mais aussi les textes qui sanctionnent la violation du secret des correspondances ou d'un secret professionnel²⁰. Cette finalité est également poursuivie par le RGPD dans son ensemble, mais aussi par plusieurs règles

19 Le terme « discours » doit être pris dans un sens large, qui inclut le recours à l'image et plus largement à la communication non-verbale, tant qu'elle est porteuse de sens.

20 Sur le secret des correspondances, V. not. art. 226-15 C. pén. Sur le secret professionnel, l'art. 226-13 du même code.s

particulières. Ainsi, l'un de ses principes directeurs, celui ayant trait à la confidentialité du traitement, vise à garantir que l'information ne circulera pas au-delà d'un petit cercle de destinataires légitimes²¹. Par ailleurs, l'article 9 du règlement considère que certaines données sont plus intrusives que d'autres : les données de santé, les opinions religieuses, l'orientation sexuelle... ne peuvent, sauf exception, être traitées.

D'autres règles ont trait à la véracité du discours. Un mensonge sur autrui pourra notamment être appréhendé par diverses règles de droit de la presse : celles relatives à la diffamation bien sûr, lorsque l'information porte atteinte à l'honneur et à la considération de la personne, mais aussi, dans certains contextes, celles qui incriminent la diffusion de fausses nouvelles. Un mensonge sur soi peut provoquer un vice du consentement en matière de mariage ou dans certains contrats. Dans tous les cas, une action en responsabilité civile est envisageable si le propos volontairement inexact a causé un préjudice.

D'autres règles encore aménagent une durée de vie maximale pour les informations portant sur des personnes. Le temps doit faire son œuvre, et certains éléments trop anciens ne peuvent plus être objets de discours : ainsi de certaines condamnations pénales amnistiées. La mémoire informatique étant – sauf défaillance technique – plus durable que la mémoire organique, le droit des données à caractère personnel organise, de manière beaucoup plus générale, une péremption artificielle de l'information. Des durées de conservation doivent être fixées dès l'origine, et ne peuvent dépasser ce qui est strictement nécessaire à l'accomplissement de la finalité du traitement²². Les personnes concernées, à certaines conditions, jouissent d'un droit à l'effacement²³. De là, la Cour de justice de l'Union européenne a fait dériver un droit au déréférencement, parfois dénommé « droit à l'oubli », qui permet d'obtenir d'un moteur de recherche généraliste comme Google Search qu'il retire de ses résultats certains contenus dont la publication est certes licite, mais qui sont obsolètes et ne doivent pas enfermer indéfiniment la personne concernée dans une image qui ne lui correspond plus²⁴.

Envisageons enfin les discours visant à ramener la complexité de l'individu à quelques indicateurs de performance, sous la forme d'un score ou du rattachement à une catégorie. Ainsi de cette femme « emprunteuse fiable » pour sa banque, « troisième meilleure commerciale de l'année » pour son employeur, « 312 points » au test destiné à évaluer les risques de maladie cardio-vasculaire que lui a fait passer son médecin. Lorsque ces discours produisent des conséquences juridiques pour la personne, ou « l'affecte[nt] de manière significative de façon similaire », le RGPD interdit en principe qu'ils soient produits de manière totalement automatisée²⁵. Transformer la richesse foisonnante d'une

21 Art. 6, f).

22 Art. 5, e) du RGPD.

23 Art. 17 du RGPD.

24 Cela n'est possible que lorsque la requête porte sur les nom et prénom de la personne. C'est le fameux arrêt CJUE, 13 mai 2014, Google Spain SL, Google Inc. c./ Agencia Española de Protección de Datos (AEPD), Mario Costeja González, C-131/12 : RLDI, août 2014, n° 107, p. 32, note O. Pignatari ; RJPF, juill. 2014, n° 7, p. 19, note S. Mauclair ; JCP G, juin 2014, n° 26, p. 1300, note L. Marino. Adde not. J.-M. Bruguière, « Droit à l'oubli numérique des internautes ou... responsabilité civile des moteurs de recherche du fait du référencement ? », CCE, mai 2015, n° 5, p. 15 ; R. Perray et P. Salen, « La Cour de justice, les moteurs de recherche et le droit "à l'oubli numérique" : une fausse innovation, de vraies questions », RLDI, nov. 2014, n° 109, p. 35 ; V.-L. Bénabou et J. Rochfeld, « Les moteurs de recherche, maîtres ou esclaves du droit à l'oubli numérique ? Acte I : Le moteur, facilitateur d'accès, agrégateur d'informations et responsable de traitement autonome », D., 2014, p. 1476 ; N. Martial-Braz et J. Rochfeld, « Les moteurs de recherche, maîtres ou esclaves du droit à l'oubli numérique ? Acte II : le droit à l'oubli numérique, l'éléphant et la vie privée », D., 2014, p. 1481 ; L. Marino, « Comment mettre en œuvre le "droit à l'oubli" numérique ? », D., 2014, p. 1680.

25 Art. 22 du RGPD.

personnalité en quelques étiquettes frustes est certainement nécessaire, ponctuellement, aux prises de décision, mais cette conversion doit avoir lieu selon des procédures claires et accessibles à la critique, si l'on veut repousser le spectre du « Clastre » de Damasio.

Conclusion

À la fin de l'année 2019, l'Assemblée nationale a mis sur pied une Mission d'information sur l'identité numérique²⁶. À une phase d'échange avec des experts de différents champs (informatique, science politique, philosophie, droit...) a succédé une « consultation citoyenne »²⁷. Au cours des deux phases, les députés ont manifesté leur désir d'approcher la notion « d'identité numérique » comme un tout cohérent. Ils se sont interrogés, en particulier, sur l'utilité qu'il y aurait à légiférer sur cette question appréhendée globalement.

Au regard des développements précédents, cette utilité apparaît douteuse. La démarche se heurte à d'importants obstacles, tant au stade de la définition des notions qu'au moment de fixer un régime juridique. Au stade de la définition des notions, il n'apparaît ni possible ni utile d'isoler totalement une « identité numérique » ou même une « identité en ligne » au sein de l'identité globale de l'individu. Au moment de fixer un régime juridique, le législateur risque de se heurter à la forte hétérogénéité des identités contextuelles et de leurs utilisations.

Cette hétérogénéité est apparue avec un éclat particulier lorsqu'il s'est agi de « raconter l'individu ». Les corps de règles susceptibles d'être mobilisés existent déjà, et sont particulièrement hétéroclites. Il n'y aurait pas grand intérêt à faire figurer côte à côte, dans une forme quelconque de codification, la confidentialité des correspondances et le droit au déréférencement. Les meilleurs dénominateurs communs entre ces questions, même s'ils ne les épuisent pas, sont probablement le droit à la vie privée et le droit à la protection des données à caractère personnel. On voit mal, à ce stade, quel bénéfice ils pourraient tirer d'une nouvelle intervention législative.

Les usages de l'identité visant à « singulariser l'individu » peuvent sembler au premier abord plus cohérents, mais ici encore une approche englobante révélera rapidement ses limites. Déterminer si une carte bancaire est bien utilisée par son porteur légitime, ou si une personne se présentant comme lycéen a le droit de pénétrer dans un établissement scolaire sont des questions relevant, au moins pour partie, de corps de règles distincts. S'il fallait ici encore rechercher un dénominateur commun, le RGPD devrait à nouveau être cité. S'agissant spécifiquement des authentifications en ligne, c'est évidemment le règlement eIDAS qui constituera le texte central²⁸.

On s'approche alors insensiblement des questions qui préoccupent véritablement le législateur à l'heure actuelle, à savoir l'application ALICEM déjà citée, et l'arlésienne de l'identification française : la carte d'identité électronique. S'ajoute cependant à cette liste la reconnaissance faciale sur la voie publique, dont les questions posées par les députés aux experts montrent qu'elle les préoccupe beaucoup – à juste titre. Une cohérence peut être trouvée entre les deux premiers éléments, qui relèvent de l'authentification en ligne. Mais la reconnaissance faciale sur la voie publique est d'un autre ordre. Photographier

26 [http://www2.assemblee-nationale.fr/15/commissions-permanentes/commission-des-lois/missions-d-information/identite-numerique/\(block\)/64051](http://www2.assemblee-nationale.fr/15/commissions-permanentes/commission-des-lois/missions-d-information/identite-numerique/(block)/64051). Cette mission est composée de Mme Marietta Karamanli (présidente), de Mme Christine Hennion et de M. Jean-Michel Mis (rapporteurs). Le siège de M. Mis était initialement occupé par Mme Paula Forteza.

27 <https://consultation.democratie-numerique.assemblee-nationale.fr/identitenumérique>

28 Règlement européen N° 910/2014 du 23 juillet 2014 sur l'identification électronique et les services de confiance pour les transactions électroniques au sein du marché intérieur et abrogeant la directive 1999/93/CE.

volontairement son visage avec son téléphone, afin de lancer une comparaison purement locale avec les données contenues sur un passeport, en disposant d'alternatives si on ne souhaite pas procéder ainsi, cela n'a rien à avoir avec un système susceptible de reconnaître chaque citoyen déambulant dans l'espace public contre son gré.

Observer le droit au prisme très large de l'identité est certainement utile au théoricien et produit des rapprochements intellectuellement stimulants. Cela ne signifie pas que l'approche holistique soit également souhaitable en matière de législation. Le premier écueil est technique : un texte relatif à l'identité numérique interférerait avec de nombreux corpus de règles préexistants, dans toutes sortes de branches du droit, mobilisant des droits et libertés de natures très différentes, et la cohérence ne serait que de façade. Le second écueil est symbolique : en traitant dans un même mouvement des questions dont la gravité est très variable, on risque de noyer les sujets les plus dangereux – au premier rang desquels la reconnaissance faciale sur la voie publique – au milieu des questions anodines, abaissant ainsi la vigilance des citoyens et de leurs représentants²⁹.

29 Les optimistes renverseront la proposition et imagineront que la Mission d'information a souhaité dissimuler au Gouvernement, pour ne pas lui déplaire, son inquiétude sur quelques dossiers très précis derrière une réflexion générale sur l'identité numérique. L'avenir dira laquelle de ces hypothèses était la bonne.