Algorithmes et transparence des décisions automatisées

Ou la longue construction des Droits fondamentaux

Véronique RONDEAU-ABOULY

Avocat et Délégué à la protection des données (DPO)

Résumé : Le développement des techniques de traitement automatisés s'impose dans les organisations publiques ou privées, et appelle une nouvelle réflexion éthique pour préserver le principe fondamental du droit de l'Union Européenne qui repose sur le principe de dignité de la personne humaine. Parce que l'homme n'est pas une « machine » parce qu'il est doué de la faculté de penser et de parler en rapport avec ses émotions il doit pouvoir garder la main sur les décisions automatisées qui de plus en plus tendant à lui offrir l'image du monde qu'il observe. Le RGPD offre notamment par son article 22 qui définit les principes organisationnels de la décision individuelle automatisée de larges potentialités dont le juriste doit construire la « plasticité » de l'application car l'automaticité doit être régulée et les possibilités légales existent pour le faire indépendamment des codes de conduite interne des responsables de traitement et du droit souple.

Mots-clés : RGPD et article 22, traitement et prise de décision automatisée, transparence de l'information et article 12 du RGPD

Le RGPD[1] s'applique de manière obligatoire depuis le 25 mai 2018. Par cette nouvelle règlementation le législateur européen a rénové les droits précédemment accordés aux personnes concernées par les traitements de leurs données personnelles par l'ancienne Directive de 1995.[2] Si le RGPD a complété les « *droits des personnes concernées par les traitements* », il a contribué surtout, même si l'œuvre reste à parfaire, à *l'harmonisation des contraires* pour :

[1] *Règlement (UE) 2016/679* du Parlement européen et du conseil du 27/04/2016, 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.

[2] *Directive européenne N° 95/46/CE du 24/10/95* du Parlement européen et du conseil du 27/04/2016, 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

- ne pas entraver sur le territoire de l'UE le développement de l'innovation,
- et continuer à protéger efficacement les droits des individus au moment où commençait à « *s'industrialiser* » les effets de la *révolution de l'industrie 4.0* avec la mise en réseau et l'interconnexion permanente des supports numériques de toute nature (*capteurs, Internet des objets, automates et robots, Big Data et Cloud computing*), avec les produits et objets du monde réel.

On reproche au RGPD de ne pas contenir d'articles sur « *l'intelligence artificielle* », ce qui est à la fois vrai et faux. Le terme « *intelligence artificielle* » est souvent utilisé pour viser les technologies numériques, par exemple le Machine Learning ; alors qu'il s'agit « *d'un champ de recherche qui regroupe l'ensemble des technologies et méthodes qui tendent à comprendre et reproduire le fonctionnement d'un cerveau humain.*[3] »

C'est pourquoi le RGPD ne peut viser la réglementation de « *l'intelligence artificielle (IA) stricto sensu* ». Mais il réglemente l'utilisation des technologies associées à l'IA pour traiter des données à caractère personnel en visant :

- Art. 4(2) : le traitement des ensembles de données et leurs opérations d'écriture comme la structuration.
- Art. 4(4) : le traitement de profilage permettant les prises de décision (Machine Learning notamment).
- Art. 22 : pour le régime des prises de décision individuelle automatisée.

La technologie du « *Machine Learning* », et ses techniques *d'apprentissage supervisé* - dont le « *Deep Learning* » - et *non supervisé*, fonctionne avec des algorithmes qui permettent au programme de s'améliorer automatiquement par l'expérience et de prendre des décisions.

Par l'article 22 du RGPD c'est bien ce qui est réglementé par le prisme de l'appréciation des conséquences de la décision automatisée sur les personnes. La compréhension de l'article 22 est loin d'être évidente dans le contexte où pour la codification du RGPD dans la Loi informatique et libertés[4] (ci-après, « Loi Lil »), sa transcription dans l'article 47 (Loi Lil) a fixé dans un texte unique 2 régimes différents pour l'étendue de l'exercice des droits des personnes concernées, selon que la « décision algorithmique » est une décision administrative individuelle ou pas.

Cette « aridité textuelle » des dispositions de l'article 22 du RGPD, et de l'article 47 de la loi Lil, se conjugue avec le fait sociétal que la mise en œuvre par le Machine Learning de prises de décisions automatisées reste encore mal perçue par la société civile.

Cette « angoisse diffuse » à laquelle les autorités européennes sont très attentives n'est pas sans lien avec les difficultés pour les citoyens européens de s'approprier une

[3] Définition proposée par les dictionnaires « *Le Robert* ».

[4] *Loi numéro 78-17 du 06/01/78*, réécrite par *L'ord. N° 2018-11 25* du 12/12/2018, entrée en vigueur en même temps que le décret *N° 2019-536* du 29/05/2019 pris pour son application (loi Lil).

Published in : DELTORN, Jean-Marc ; PICHENOT, Evelyne (dir.), *Algorithmes et Société*, Editions des archives contemporaines, ISBN : 9782813003928, doi : 10.17184/eac.9782813003928

connaissance en « *data literacy* ». En 2019, Gartner a défini cette notion comme étant « *la capacité à lire, écrire et communiquer autour des données dans leur contexte, y compris la compréhension des sources et des constructions de données, des méthodes et des techniques analytiques appliquées et la capacité à décrire le cas d'utilisation, l'application et la valeur qui en résulte* ».

Cette publication étant destinée à un ouvrage collectif, la contrainte de la rédaction oblige à choisir un angle de discussion sur un sujet qui mérite de plus amples développements. L'article propose un bref focus sur les réelles potentialités de l'article 22 du RGPD, qui à terme peut devenir un formidable vecteur pour la protection des droits individuels, et ne traite par choix *que la problématique de l'exercice des droits des personnes*. Il ne sera donc pas discuté du critère de *la nature de la décision* issue d'un traitement automatisé, y compris le profilage, qui doit *produire des effets juridiques la concernant ou l'affectant de manière significative de façon similaire.*

L'article 22 du RGPD consacre bien un droit fondamental pour les personnes concernées par des décisions individuelles automatisées :

Le 1 de cet article confirme pour les personnes concernées un « *droit personnel* » à ne pas faire l'objet *d'une décision fondée exclusivement sur un traitement automatisé »*. Mais la consécration de ce droit est assortie de 3 exceptions prévues au 2 de ce même article, alinéas a, b, c :

- nécessité de la conclusion ou exécution d'un contrat,
- autorisation par le droit de l'union avec des mesures appropriées en faveur de la personne concernée,
- consentement explicite de la personne.

C'est en contrepartie de ces 3 exceptions au droit fondamental précité que le 3 impose au « *responsable de traitement* » des mesures appropriées pour la sauvegarde des droits et intérêts légitimes de la personne concernée avec au moins :

- d'obtenir une intervention humaine de la part du responsable du traitement,
- d'exprimer son point de vue,
- de contester la décision.

La CNIL a souligné cette « *faille de compréhension originelle* » lors de la transcription du RGPD dans la loi informatique et libertés.

Dans sa délibération 2018-349 du 15/11/18 portant « *Avis sur le projet d'ordonnance visant à organiser en droit interne français la codification du RGPD* » en page 3, elle attirait l'attention du gouvernement sur l'impérieuse nécessité : « Que le titre I de la future loi informatique et libertés modifiée soit complétée *pour y rassembler d'autres règles transversales d'importance particulière en faisant mieux ressortir leur importance et appartenance à la sphère des droits fondamentaux,* ce qui était le cas pour le

Published in : DELTORN, Jean-Marc ; PICHENOT, Evelyne (dir.), *Algorithmes et Société*, Editions des archives contemporaines, ISBN : 9782813003928, doi : 10.17184/eac.9782813003928

principe d'interdiction des décisions entièrement automatisées *considéré comme ayant un « caractère universel ».*

Malgré les remarques de la CNIL, la transposition dans l'article 47 de l'article 22 du RGPD n'identifie pas expressément l'interdiction de la décision automatisée[5] comme un *droit fondamental*. Les responsables de traitement ne perçoivent donc pas toujours que lorsqu'elle est légalement permise, la prise de décision automatisée *reste bien une exception au droit fondamental*, pour la personne concernée de la refuser. Avec la conséquence pour eux de prendre la mesure du poids de leur réelle obligation de *garantir au profit des personnes concernées* par leur politique de traitement de données à caractère personnel :

> des modalités expresses permettant aux personnes d'exercer les droits et recours octroyés par le RGPD. (Article 22(3) ; article 47 loi Lil 1 et conditions particulières du 2 pour les décisions administratives individuelles.)

À très court terme, et la lecture attentive des récentes décisions de sanction prononcée par la CNIL à l'encontre de 2 des sociétés du groupe Carrefour en novembre 2020,[6] le confirme, la *transparence des informations sur les traitements et leurs conséquences pour les droits des personnes* dans la rédaction de la police d'information va devenir un élément intrinsèque de la légalité des traitements.

Parmi ces garanties à mettre en œuvre la notion du droit pour la personne concernée « d'obtenir une intervention humaine de la part du responsable de traitement » devra s'interpréter dans le contexte des technologies du *Machine Learning*. Il faut comprendre cette notion comme l'obligation pour le responsable de traitement de justifier des *conditions de gouvernance* dans lesquelles *il organise* :

- d'abord, la sélection préalable des données qui vont permettre à l'algorithme de calcul d'apprendre ;
- ensuite, la constitution des sets de données d'apprentissage ;
- enfin, la vérification des sets de données de test des premiers résultats,
- avec des engagements précis du responsable de traitement sur la vérification constante des conditions de l'amélioration de l'apprentissage.

À la lumière de l'article 12 du RGPD qui fixe les conditions de la *transparence* des informations délivrées aux personnes (*Ex Ante* articles 13(2)(f) ; et 14(2)(g)) et (*Ex Post* article 15(1)(h)) ; cette obligation à « rendre des comptes » sur la « *loyauté des traitements et du fonctionnement de la technologie d'apprentissage et de prise de décision* » ne devrait donc être paralysée ni par l'opposabilité des problématiques de propriété intellectuelle, ni par le *secret des affaires*.

[5] L'article 22 du RGPD mentionne « exclusivement automatisé », nuance qui à terme suscitera débat.

[6] CNIL délibération formation restreinte N° SAN 2020-008 du 18/11/2020 *58 à 81*, voir notamment *65,79, 80*

Published in : DELTORN, Jean-Marc ; PICHENOT, Evelyne (dir.), *Algorithmes et Société*, Editions des archives contemporaines, ISBN : 9782813003928, doi : 10.17184/eac.9782813003928

Mais il n'est pas inintéressant de préciser que pour la décision administrative individuelle prise sur le fondement d'un traitement algorithmique, le Conseil Constitutionnel s'est prononcé par une décision du *12 juin 2018*.[7] Le 70 de cette décision vise les problématiques des « *secrets* » ou « *intérêts de propriété intellectuelle* » qui empêcheraient de communiquer à la personne qui en formulerait la demande les principales caractéristiques de la mise en œuvre d'une décision adoptée sur le fondement d'un algorithme. Le conseil constitutionnel en a tiré comme conséquence qu'Il en résulte que : « Lorsque les principes de fonctionnement d'un algorithme ne peuvent être communiqués sans porter atteinte à l'un des secrets ou intérêts énoncés au 2° de l'article L. 311-5 du code des relations entre le public et l'administration, *aucune décision individuelle ne peut être prise sur le fondement exclusif de cet algorithme.* »

Il sera intéressant de vérifier si ce principe important pour l'exercice général du droit des personnes ne peut *par porosité* se trouver « *accepté par un juge* » saisi par une personne aux prises avec un refus de communication issue du secret des affaires ou de propriété intellectuelle pour la décision non administrative. Au-delà de l'écueil d'une possible évolution sur la réduction des possibilités d'opposer un *refus de communication* sur les éléments de la prise de décision algorithmique du fait de l'atteinte au droit de propriété intellectuelle ou de tout autre réservation liée à la « confidentialité », ; les responsables de traitement devront apprendre à rédiger des politiques d'information plus transparentes en s'inspirant du concept de loyauté développé par le Droit de l'Union en matière de concurrence et de Droit de la consommation.

Le droit de la consommation a permis une avancée importante en matière contractuelle concernant la loyauté de l'information à délivrer au cocontractant vu sous le prisme de la définition de la clause abusive.

C'est la *CJUE* qui, saisie d'une question préjudicielle sur l'interprétation de la notion de *clause abusive en matière contractuelle* par *l'arrêt N° C-26/13 du 30/04/14 : Kasler et Kaslerré Rabal*, a donné à destination des juges nationaux la méthodologie du contrôle des éléments susceptibles de constituer dans un contrat *une clause abusive.* Pour la CJUE par sa décision de 2014, il s'agissait de répondre à la question : *« oui ou non le cocontractant avant de s'engager avait-il pu recevoir avec précision des éléments d'information lui permettant de comprendre les conséquences de l'intégralité de son engagement contractuel ».*

La Cour ayant constaté que non, avait déclaré la clause abusive nulle.

En matière de transparence des informations ramenées au contexte d'un traitement pouvant déboucher sur une décision automatisée, l'interprétation conjointe des dispositions des articles 12 et 22 du RGPD devront amener à vérifier si le responsable de traitement dans sa politique d'information s'est expliqué avec concision mais expressément et avec intelligibilité.

Camilla Tabarrini[8], récompensée par le prix de la « *Convention 108 +* » lors de la journée mondiale de la protection des données le 28 janvier 2020, pour son article sur

[7] Décision numéro 2018-765 DC du 12/06/2018

[8] Prix *Stéfano Rodota* du comité de la Convention 108+ en 2020 pour le titre « *Comprendre le grand esprit, le RGPD comble-t-il le fossé entre l'homme et la machine en matière d'intelligibilité* ».

Published in : DELTORN, Jean-Marc ; PICHENOT, Evelyne (dir.), *Algorithmes et Société*, Editions des archives contemporaines, ISBN : 9782813003928, doi : 10.17184/eac.9782813003928

« *l'intelligibilité* » de l'article 22 du RGPD, est l'une des premières à avoir proposé de substituer pour l'exercice des droits des personnes la notion d'une vérification de « *l'intelligibilité de la transparence des informations* » préalable à la décision algorithmique plutôt que de formuler une demande par rapport à « *l'explicabilité* » de la décision algorithmique.

Si effectivement en *Machine Learning* l'explicabilité « *Ex Post* » de la prise de décision peut rapidement poser des problèmes. Par contre le contrôle de la délivrance d'une *information transparente répondant aux critères de l'intelligibilité* « contextualisée » par rapport aux finalités du traitement et aux technologies employées, est beaucoup plus favorable pour la personne puisque la charge de la preuve s'inverse pour reposer sur le responsable de traitement. L'apport du raisonnement issu de la jurisprudence *Kasler* sur « *l'abus* » en matière contractuelle pourrait conforter l'exercice des droits des personnes concernées par une information manquant d'intelligibilité qui amènerait à vérifier le critère suivant :

> « A-t-elle eu au titre de cette police d'information sur le traitement de ces données des explications claires et intelligibles sur les conséquences induites du traitement de ses données pouvant déboucher sur une prise de décision automatisée ? »

Dans la négative l'information ne serait pas transparente.

Ainsi au sens des dispositions de l'article 12 du RGPD, un renouveau du concept de l'appréciation de la licéité du traitement prévu par son article 6 devrait amener le responsable de traitement à prouver comment au moment de la collecte de ses informations personnelles « la personne concernée à pu grâce à la teneur de l'information délivrée « évaluer » les conséquences potentielles significatives la concernant induites par un traitement de ses données débouchant sur une prise de décision.

Et pour répondre parfaitement à l'exigence de transparence pour un traitement relevant de l'article 22, l'information sur le traitement des données devrait contenir aussi l'énoncé par le responsable du traitement de son organisation pour garantir des droits de la personne concernée à pouvoir contester la décision dans le respect des 3 alternatives prévues par le 3 de l'article 22 du RGPD.

Cette obligation pour le responsable de traitement n'étant que la conséquence directe de ce qu'il doit protéger au profit de la personne concernée les conséquences d'une exception à un droit à valeur universelle.

À défaut pour le responsable de traitement de prouver que sa police d'information sur le traitement des données contient ces éléments, il devrait être possible alors de lui opposer qu'il n'a pas respecté le critère de la transparence des informations et des communications prévues par l'article 12 du RGPD et que les droits de la personne concernée n'ont pas été respectés.

La personne concernée par la prise de décision automatisée serait en droit de demander la constatation :

Published in : DELTORN, Jean-Marc ; PICHENOT, Evelyne (dir.), *Algorithmes et Société*, Editions des archives contemporaines, ISBN : 9782813003928, doi : 10.17184/eac.9782813003928

– *de l'illicéité du traitement* ;
– *et de la nullité de la décision automatisée ou de l'impossibilité en tout cas pour le responsable de traitement de s'en prévaloir.*

Les nouveaux Droits fondamentaux d'une humanité en interaction constante avec la technologie sont encore en construction et le juriste doit prendre sa place aux côtés des équipes de « data scientists » qui entraînent les algorithmes ! Ainsi tout n'est pas perdu pour que les algorithmes restent nos amis et puissent ainsi respecter l'objectif du Considérant 4 du RGPD rappelant que « *le traitement des données à caractère personnel devrait être conçu pour servir l'humanité* ». Cette notion générale de *traitement* englobe bien sûr les outils technologiques « auto-apprenants » et « prédictifs » qui y participent.

Published in : DELTORN, Jean-Marc ; PICHENOT, Evelyne (dir.), *Algorithmes et Société*, Editions des archives contemporaines, ISBN : 9782813003928, doi : 10.17184/eac.9782813003928