



Le cadre juridique de cette obligation repose sur l'articulation de plusieurs textes complémentaires visant à concilier IA (et, plus largement, traitements algorithmiques) et protection des droits des administrés : le règlement général sur la protection des données (RGPD) <sup>[2]</sup> et la loi « informatique et libertés » <sup>[3]</sup>, le code des relations entre le public et l'administration (CRPA) et, plus récemment, le règlement européen sur l'intelligence artificielle (RIA) <sup>[4]</sup>. Dans tous les cas, ce sont les contrats conclus avec les fournisseurs et les éditeurs de logiciels qui doivent impérativement être mis à niveau pour assurer le respect des obligations légales.

## **Décisions entièrement automatisées fondées sur des données personnelles**

Le RGPD et la loi « informatique et libertés » viennent encadrer la prise de décision automatisée lorsqu'elle se fonde exclusivement sur un traitement automatisé de données à caractère personnel.

L'article 22, alinéa 1 du RGPD <sup>[5]</sup> précise ainsi que « la personne concernée a le droit de ne pas faire l'objet d'une décision fondée exclusivement sur un traitement automatisé, y compris le profilage, produisant des effets juridiques la concernant ou l'affectant de manière significative de façon similaire ». Cette interdiction – à supposer même que cela en soit une – est assortie de trois dérogations : lorsque la décision est nécessaire à la conclusion ou à l'exécution d'un contrat entre la personne concernée et le responsable du traitement ; lorsqu'elle est - autorisée par le droit de l'Union ou par le droit de l'Etat membre (voir infra), ou lorsque la personne concernée y consent explicitement.

L'article 15, alinéa 1, h) du RGPD <sup>[6]</sup> prévoit que la personne concernée a le droit d'obtenir du responsable du traitement la confirmation que ses données sont traitées et d'être informée de « l'existence d'une prise de décision automatisée, y compris un profilage, visée à l'article 22 <sup>[5]</sup>, paragraphes 1 et 4 et, au moins en pareils cas, des informations utiles concernant la logique sous-jacente, ainsi que l'importance et les conséquences prévues de ce traitement pour la personne concernée ».

En substance, l'article 47 de la loi « informatique et libertés » <sup>[7]</sup> reprend assez largement ces règles. S'appuyant sur la possibilité introduite par le RGPD, le législateur est venu ajouter la possibilité de prendre des « décisions administratives individuelles », sous réserve de respecter le cadre juridique du CRPA et de ne pas fonder sa décision sur des données sensibles (origine raciale, opinions politiques, convictions religieuses, données biométriques...).

Ce faisant, le responsable du traitement doit s'assurer de la « maîtrise du traitement algorithmique et de ses évolutions afin de pouvoir expliquer, en détail et sous une forme intelligible, à la personne concernée la manière dont le traitement a été mis en œuvre à son égard ».

## **Mention explicite et droit à communication**

Sur ce point, rappelons que, depuis 2016, le CRPA impose une série d'obligations aux administrations lorsqu'elles s'appuient – en tout ou partie – sur un traitement algorithmique pour fonder une décision administrative individuelle.

La première obligation consiste à prévenir l'intéressé par une « mention explicite » chaque fois qu'une décision individuelle est prise sur le fondement d'un traitement algorithmique <sup>(1) [8]</sup>. Cette mention doit préciser la finalité poursuivie par le traitement et rappeler le droit d'obtenir la communication des règles définissant le traitement et les « principales caractéristiques de sa mise en œuvre » <sup>(2) [9]</sup>.

Les modalités d'exercice de ce droit et, le cas échéant, de saisine de la Commission d'accès aux documents administratifs, doivent également être rappelées.

Très concrètement, si l'intéressé en fait la demande, l'administration doit lui communiquer, « sous une forme intelligible » et sous réserve de ne pas porter atteinte à des secrets protégés, le « degré et le mode de contribution du traitement algorithmique à la prise de décision », « les données traitées et leurs sources », « les paramètres de traitement » (et, le cas échéant, leur pondération), ainsi que les « opérations effectuées par le traitement » (3) <sup>[10]</sup>.

Une nouvelle fois, nous ne ferons pas l'économie de rappeler que cette disposition est complétée par l'obligation – qui demeure aujourd'hui un rendez-vous manqué – pour les administrations employant plus de 50 agents (en équivalent - temps plein) (4) <sup>[11]</sup> de publier en ligne les « règles définissant les principaux traitements algorithmiques utilisés dans l'accomplissement de leurs missions lorsqu'ils fondent des décisions individuelles » (5) <sup>[12]</sup>.

## « Explication » des décisions individuelles

Enfin, plus récemment encore, le RIA est venu imposer des obligations qui varient selon la place de l'opérateur dans la chaîne de valeur (fournisseur, déployeur, etc.) et le niveau de risque du système d'IA envisagé (pratiques interdites, à haut risque, etc.). Bien sûr, plus le niveau de risque est élevé, plus les obligations imposées sont lourdes.

Les administrations sont directement concernées par ce règlement et peuvent être qualifiées de « fournisseurs » lorsqu'elles développent ou font développer un système d'IA, ou de « déployeurs » lorsqu'elles utilisent de tels systèmes. Dans les deux cas, des obligations leur incombent. Parmi elles, l'article 86 du RIA <sup>[13]</sup> est venu poser un « droit à l'explication des décisions individuelles » lorsque la décision est prise par un déployeur sur la « base des sorties d'un système d'IA à haut risque » (6) <sup>[14]</sup> et qu'elle « produit des effets juridiques ou affecte significativement cette personne de façon similaire d'une manière qu'elle considère comme ayant des conséquences négatives sur sa santé, sa sécurité ou ses droits fondamentaux ».

Le contenu de l'annexe III du RIA est riche, et nombreux sont les cas d'usage des collectivités susceptibles d'appartenir aux catégories listées. Pour n'en citer que quelques-uns : ceux qui déterminent l'accès, l'admission ou l'affectation de personnes physiques à des établissements d'enseignement ; qui sont utilisés dans le recrutement ; qui sont utilisés pour évaluer l'éligibilité (7) <sup>[15]</sup> aux prestations sociales essentielles et aux services publics.

Reprenant très largement les textes précités, le RIA pose ainsi un droit à obtenir du déployeur des « explications claires et pertinentes sur le rôle du système d'IA dans la procédure décisionnelle et sur les principaux éléments de la décision prise ». L'articulation de ce droit avec les autres textes applicables obéit à un principe de subsidiarité : il ne trouve à s'appliquer que dans la mesure où aucun autre fondement juridique n'est mobilisable.

## « Informations utiles » et secrets protégés

En pratique, le responsable du traitement sera très souvent tenté d'invoquer la protection d'un secret protégé par la loi pour s'exonérer de son devoir d'explication. Sur ce point, la jurisprudence Dun & Bradstreet Austria <sup>[16]</sup> apporte un éclairage important.

Dans un premier temps, elle est venue préciser qu'en cas de décision automatisée (au sens de l'article 22 du RGPD <sup>[5]</sup>), la personne concernée peut exiger, au titre des « informations utiles concernant la logique sous-jacente », que le responsable du traitement lui explique, au moyen d'informations pertinentes et d'une façon concise, transparente et compréhensible, la procédure et les principes concrètement appliqués. Cette explication devra permettre à la personne concernée de comprendre « dans quelle mesure une variation, au niveau des données prises en compte, aurait conduit à un résultat différent » (8) <sup>[17]</sup>.

En résumé, c'est un véritable effort de pédagogie qui est imposé au responsable du traitement. La mise à disposition d'informations techniques ne permettra pas de satisfaire à l'obligation d'explication. Même si elle peut être perçue comme une volonté de transparence, la communication du code source d'un algorithme est en réalité largement inintelligible. La conclusion est claire : le responsable du traitement devra faire preuve d'une démarche active de vulgarisation et d'adaptation du discours technique pour rendre intelligible le processus ayant conduit à la décision.

Dans un second temps, la décision de la cour de justice précise que, bien que le droit à la protection des données personnelles doive être mis en balance avec d'autres droits – notamment, le secret des affaires et les droits de propriété intellectuelle –, cette conciliation ne doit pas aboutir à refuser toute communication d'informations aux personnes concernées. Le responsable du traitement est ainsi tenu de communiquer ces « informations prétendument protégées » à l'autorité de contrôle ou à la juridiction compétente, qui sera chargée de pondérer les droits et intérêts en présence pour déterminer l'étendue du droit d'accès.

## En pratique, l'obligation d'adapter les contrats

Au regard de l'ensemble de ces contraintes, il faut se rendre à l'évidence : l'administration utilisatrice ne sera que rarement en mesure de définir elle-même, de façon à la fois rigoureuse et intelligible, la contribution des traitements algorithmiques à la prise de décision. Une évolution progressive vers une définition préalable rigoureuse du besoin, combinée à une formation approfondie des agents permettra peut-être de dépasser cette situation à terme.

Mais force est de constater que le plus efficace, dans l'immédiat et dans un proche avenir, sera de reporter cette obligation d'explication sur l'éditeur de la solution logicielle. La solution opérationnelle est d'exiger que les clauses pertinentes soient insérées dans les marchés (car il s'agit bien de marchés publics, même si les montants sont faibles...). Il ne suffira évidemment pas de reproduire un discours commercial approximatif et il faut que les dispositions soient calibrées pour répondre aux obligations légales. Les obligations de « maîtrise », de transparence et d'explicabilité demeureront de simples déclarations d'intention si elles ne sont pas traduites en clauses contractuelles précises, assorties de mécanismes de contrôle et de sanctions appropriées. Une bonne nouvelle pour conclure : cette démarche est à la portée des collectivités !

### POUR ALLER PLUS LOIN

- La passation des contrats d'achats d'IA : les clefs à connaître
- Faut-il désigner un référent IA dans les collectivités ?
- Le régime juridique des logiciels d'IA créés par les agents publics
- Comment choisir une IA juridique ?